

sur

revista internacional
de direitos humanos

1

2004
Ano 1 • Número 1 • 1º Semestre
Edição em Português

- **Emilio García Méndez**
Origem, sentido e futuro dos direitos humanos:
Reflexões para uma nova agenda
- **Flavia Piovesan**
Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos
- **Oscar Vilhena Vieira e A. Scott DuPree**
Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos
- **Jeremy Sarkin**
O advento das ações movidas no Sul para reparação
por abusos dos direitos humanos
- **Vinodh Jaichand**
Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos
direitos humanos em sistemas domésticos de direito
- **Paul Chevigny**
A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro
- **Sergio Vieira de Mello**
Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU funcionar
Cinco questões no campo dos direitos humanos



REDE UNIVERSITÁRIA DE
DIREITOS HUMANOS

SUR

ISSN 1806-6445

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

É uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Está disponível na internet em <<http://www.surjournal.org>>

CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidade de Pretória, África do Sul

Emílio García Méndez

Universidade de Buenos Aires, Argentina

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia, Portugal

Fiona Macaulay

Universidade de Oxford, Reino Unido

Flavia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

J. Paul Martin

Universidade de Columbia, Estados Unidos

Kwame Karikari

Universidade de Gana, Gana

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidade do Cairo, Egito

Richard Pierre Claude

Universidade de Maryland, Estados Unidos

Roberto Garretón

Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, Chile

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COORDENADOR EDITORIAL

Andre Degenszajn

PRÓJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO DE TEXTO

Elzira Arantes

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

Cássio de Arantes Leite, José Roberto Miney, Noêmia de A. Ramos

TRADUTORES

Angela Tijiwa, Cássio de Arantes Leite, Flor Maria Vidaurre da Silva, Francis Aubert, Regina de Barros Carvalho e Jonathan Morris, Vera Guarnieri

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

CIRCULAÇÃO

Andrea de Lima

Camila Lissa Asano

IMPRESSÃO

Prol Editora Gráfica Ltda.

COLABORAÇÕES

Esta revista aceita contribuições de autores interessados em publicar seus trabalhos. Os artigos devem obedecer aos padrões editoriais da publicação, que podem ser consultados no site da revista na internet. Todos os artigos não encomendados serão encaminhados ao Conselho Editorial, a quem cabe a decisão final sobre sua publicação. As afirmações expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores e não refletem, necessariamente, a opinião da Sur ou do Conselho Editorial da revista.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP: 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail: surjournal@surjournal.org

Internet: <<http://www.surjournal.org>>

SUR – REDE UNIVERSITÁRIA DE DIREITOS HUMANOS

É uma rede de acadêmicos com a missão de fortalecer a voz das universidades do hemisfério sul em direitos humanos e justiça social e promover uma maior cooperação entre estas e as Nações Unidas.

Internet: <<http://www.surnet.org>>

APRESENTAÇÃO



A **Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos** – foi criada em 2002, com o objetivo de aproximar acadêmicos do hemisfério sul que atuam no campo dos direitos humanos e de promover a cooperação destes com agências da ONU. A rede conta hoje com mais de 130 associados de 36 países, incluindo professores e integrantes de organismos internacionais e de agências das Nações Unidas.

A iniciativa surgiu de uma série de encontros entre professores e funcionários das Nações Unidas interessados na questão. A motivação principal foi a constatação de que, principalmente no hemisfério sul, os acadêmicos desenvolvem seu trabalho de forma isolada, sendo pequeno o intercâmbio entre os pesquisadores dos diversos países.

A Sur pretende aprofundar e fortalecer os vínculos entre acadêmicos preocupados com a temática dos direitos humanos, ampliando sua voz e sua participação diante de órgãos das Nações Unidas, organizações internacionais e universidades. Nesse contexto, está produzindo a *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, com o objetivo de consolidar um canal de comunicação e de promoção de pesquisas inovadoras. A revista está aberta a contribuições de acadêmicos e pesquisadores interessados em participar desse diálogo. Os artigos recebidos serão encaminhados ao Conselho Editorial.

A revista *Sur*, que pretende acrescentar um outro olhar às questões que envolvem tal debate, utilizou como referência publicações já existentes nessa área, com as quais busca estabelecer constante diálogo. Sua peculiaridade, no entanto, decorre de sua abrangência, de sua pluralidade e da perspectiva adotada.

Abrangência. O idioma com frequência representa uma grande barreira para o estabelecimento de laços de cooperação mais duradouros entre os pesquisadores dos diversos países. O inglês, apesar de sua crescente universalização, não atende à necessidade efetiva que organizações e acadêmicos têm de realizar discussões e reflexões em sua língua original. Por isso, a *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos* é publicada em três idiomas (inglês, português e espanhol) e disponibilizada integralmente na internet – <<http://www.surjournal.org>>. Busca-se assim facilitar o acesso ao maior número possível de pessoas.

Pluralidade. Outro diferencial da revista diz respeito à instituição que promove sua publicação. Por ser uma rede, a Sur conta com a colaboração de pesquisadores de diversos países, buscando identificar questões pertinentes a realidades diversas, com a preocupação constante de explorar novas fronteiras do debate sobre direitos humanos. Em vez de refletir as preocupações e perspectivas de uma instituição fechada, a revista se abre a uma pluralidade de contextos e visões, que estarão presentes em cada uma das futuras edições.

Perspectiva. Com o intuito de assegurar a coerência interna e assumindo sua devida dimensão política, e não apenas acadêmica, a publicação pretende abrir um espaço privilegiado para discussões que tenham foco principal nos países do sul. Não se trata de fazer uma oposição ideológica à produção científica dos países do norte, mas sim de inserir nos principais foros globais uma agenda pautada pelas demandas e prioridades identificadas pelos países do sul na discussão dos direitos humanos.

Esta edição tem o intuito de apresentar a revista aos leitores e introduzir alguns debates suscitados a partir do II Colóquio Internacional de Direitos Humanos, realizado em São Paulo, Brasil, em maio de 2002. Sua publicação não teria sido possível sem a confiança e a contribuição da Fundação das Nações Unidas e da Fundação Ford. Agradecemos ainda o trabalho *pro bono* de nosso editor, Pedro Paulo Poppovic.

SUMÁRIO

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	7	Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda
FLAVIA PIOVESAN	21	Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos
OSCAR VILHENA VIEIRA e A. SCOTT DUPREE	49	Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos
JEREMY SARKIN	71	O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos
VINODH JAICHAND	135	Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de direito
PAUL CHEVIGNY	151	A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro
SERGIO VIEIRA DE MELLO	169	Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU funcionar
	173	Cinco questões no campo dos direitos humanos

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Professor de Criminologia na Faculdade de Psicologia da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

RESENHA

A proposta deste artigo é reabrir o debate em torno de algumas questões conceituais dos direitos humanos, com o intuito de relançar e revitalizar uma agenda politicamente mobilizadora para a América Latina.

O autor defende a prioridade dos direitos civis e políticos sobre os econômicos e sociais ao reformular, por exemplo, o direito à educação, tradicionalmente entendido como parte dos direitos econômicos e sociais.

Para ele, é também urgente e necessário assumir a partir da política, e não dos direitos humanos, temas que provocam controvérsias de caráter moral na sociedade. O caso do aborto, tratado ainda hoje como questão de direitos humanos nos Estados Unidos, é bastante ilustrativo.

ORIGEM, SENTIDO E FUTURO DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES PARA UMA NOVA AGENDA*

Emilio García Méndez

A linguagem dos direitos humanos existe para nos lembrar de que alguns abusos são realmente intoleráveis e que algumas desculpas para tais abusos são realmente insuportáveis.

Michael Ignatieff



Os direitos humanos: entre a história e a política

Para quem assume uma postura crítica diante do mundo da produção intelectual sobre os direitos humanos, dois aspectos específicos devem chamar a atenção: a enorme dimensão quantitativa e o caráter predominantemente pacífico de sua evolução conceitual.

Enquanto a primeira característica pode ser explicada pelo aumento constante das violações aos direitos dos indivíduos por parte dos Estados, a segunda parece se referir à gênese mesma do conceito de direitos humanos. Nascidos como resposta política, contingente e concreta a um acontecimento monstruoso, impensável *a priori*, tal como o Holocausto, seu desenvolvimento teórico esteve marcado por um extraordinário consenso universal baseado no repúdio mundial ao plano insano de aniquilação em massa de um povo. O enorme consenso político promoveu amplo consenso teórico e este último, objetivamente, o empobrecimento intelectual de seu desenvolvimento.

O debate posterior acerca do fundamento dos direitos humanos orientou-se, inicialmente, com muita força para um plano filosófico-metafísico que permitisse afirmar sua existência e sua legitimidade, independentemente não só do reconhecimento dos governos, mas também da própria

* Gostaria de agradecer especialmente a Roberto Saba pela paciência e pelo interesse ao discutir comigo uma versão preliminar deste texto. No entanto, não seria demais dizer que as muitas imperfeições e, por que não, excessos, são de minha total responsabilidade.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 19.

1. Um exemplo representativo dessa conhecida perspectiva filosófico-metafísica, tributária, entre outros, do pensamento do filósofo argentino Carlos Nino, pode ser encontrado em Pedro Nikken (p. 21): “O reconhecimento dos direitos humanos como atributos inerentes à pessoa, que não são uma concessão da sociedade nem dependem do reconhecimento de um governo [...]”. Por outro lado, argumentos decisivos para demonstrar a fragilidade do conceito de “natureza humana” com relação ao fundamento dos direitos humanos são apresentados por Norberto Bobbio (pp. 118 e ss.).

2. Para uma visão radicalmente crítica da associação entre o pensamento humanista e a idéia de progresso e, em consequência, para uma visão que trate da crise profunda do pensamento humanista, ver o recente trabalho de J. Gray (2002, sobretudo pp. 3-4).

sociedade.¹ Nesse contexto, a concepção dos direitos humanos como inerente à condição humana, embora tenha permitido, por um lado, neutralizar as tendências negativas provenientes de posições ligadas a um conceito exacerbado da soberania, por outro lado agiu prejudicialmente, considerando herética qualquer postura que reconduzisse a origem e a existência dos direitos humanos à história e à política. A forte hegemonia do humanismo em suas diversas versões apoiou essa perspectiva de fundamentação metafísica dos direitos humanos. Paradoxalmente, foi a associação plena do pensamento humanista com a idéia de progresso e a crise profunda de tal idéia² que permitiu a abertura de uma brecha antifundacional no pensamento dominante sobre os direitos humanos.

Não há dúvidas de que a concepção dos direitos humanos como direitos inerentes à pessoa humana tenha contribuído, decisivamente, para uma visão idolátrica³ e anistórica de direitos que, de forma evidente, são históricos e contingentes. Contraposta à visão metafísica de Carlos Nino, Eduardo Rabossi rejeita a idéia de qualquer fundamentação que pretenda transcender a normativa que, em matéria de proteção internacional de direitos humanos, vem se desenvolvendo desde a Segunda Guerra Mundial até nossos dias.⁴ Essas idéias foram retomadas com muita força pelo filósofo americano Richard Rorty (pp. 120-1), em uma palestra da qual me parece pertinente citar um parágrafo realmente significativo:

Meu argumento básico é que o mundo mudou e que o fenômeno dos direitos humanos torna irrelevante e anacrônico o fundacionalismo em matéria de direitos humanos. A tese de Rabossi, segundo a qual o fundacionalismo dos direitos humanos é anacrônico, parece-me, ao mesmo tempo, verdadeira e importante, e será, portanto, o tema central desta palestra. Ampliarei e defenderei a idéia de Rabossi de que não vale a pena questionar se os seres humanos realmente têm seus direitos listados na Declaração de Helsinque. Em particular, defenderei que nada relevante para a decisão moral separa os seres humanos dos animais, exceto fatos históricos, continentes e naturais.

A idéia central que quero defender aqui se refere ao fato de estar convencido de que o desenvolvimento de uma agenda vigorosa e confiável em matéria de direitos humanos, que

para sua efetiva vigência recupere a capacidade de mobilização social, depende em boa parte de recuperar seu sentido político original, presente em sua origem histórica. Essa perspectiva parece-me especialmente pertinente para a realidade concreta daquilo que, sem ignorar os aspectos problemáticos dessa definição, pode ser entendido como o Sul político-geográfico de nossa aldeia global. Nesse Sul, não só de um ponto de vista factual, mas também de um outro, que pode ser entendido como cultural, o caráter absolutamente intolerável da violação aos direitos civis e políticos está muito longe de constituir um debate politicamente fechado. As discussões em torno do binômio garantias/eficiência policial nos assuntos relativos à segurança do cidadão são os melhores exemplos, embora, obviamente, não sejam os únicos.

É claro que os caminhos da legitimidade dos direitos humanos, condição imprescindível para sua vigência efetiva, remetem à metafísica ou à política. A história e a experiência estão aí para nos lembrar da solidez apenas aparente de qualquer legitimidade metafísica. Ao contrário, e paradoxalmente, parece existir muito mais força na fragilidade da legitimidade política. Vejamos algumas das razões para isso.

Se a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, é justamente porque os homens não são iguais por natureza, pois, se assim fosse, o conteúdo dessa declaração seria, no mínimo, supérfluo. Nesse sentido, parece-me bastante ilustrativo o conteúdo das seguintes citações:

A esfera pública, sempre inseparável dos conceitos de liberdade e de distinção, caracteriza-se pela igualdade: por natureza os homens não são iguais, precisam de uma instituição política para chegar a ser iguais, ou seja, das leis. Só o ato político pode gerar igualdade [grifo meu]. (Fina Birules, p. 22)

*A Declaração [Universal dos Direitos Humanos] conserva um eco de tudo isso porque os homens, **de fato**, não nascem livres nem iguais [...] a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, porém um ideal que deve ser perseguido; não uma existência, porém um valor; não um ser, mas um dever [...]. (Norberto Bobbio, p. 134)*

3. Tanto essa caracterização quanto essa crítica à visão idolátrica dos direitos humanos estão muito bem explicadas no livro de Michael Ignatieff (2001, sobretudo p. 83).

4. Uma breve porém clara reconstrução desse debate entre Nino e Rabossi pode ser encontrada em G. Carriò. Embora o assunto da fundamentação dos direitos humanos esteja presente e disperso em muitos lugares da vasta e brilhante obra de Carlos Nino, permito-me fazer referência, especificamente neste ponto, a sua obra *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Quanto à perspectiva de Rabossi, permito-me também fazer referência direta a seu texto “La teoría de los derechos humanos naturalizada”.

Essa perspectiva abre as portas para uma fundamentação positiva e não-transcendente dos direitos humanos como instrumento político da igualdade. Perspectiva que, por outro lado, permitiria superar os impasses a que o prolongado debate antes mencionado tem levado a agenda internacional dos direitos humanos. Parece-me que ninguém a formulou melhor que Michael Ignatieff (p. 83), quando afirma: “[Os] direitos humanos são a linguagem mediante a qual os indivíduos criaram uma defesa de sua autonomia contra a opressão da religião, do Estado, da família e do grupo”.

O problema da relação entre direitos civis e políticos e direitos econômicos e sociais

A situação de guerra fria que se seguiu à Segunda Guerra Mundial condicionou de forma direta o debate político e acadêmico. Dois focos de tensão centrais surgiram a partir desse momento: (a) o debate a respeito da preeminência dos direitos civis e políticos ou dos direitos econômicos e sociais – que pôs em confronto os países ocidentais industrializados e os países do bloco socialista; (b) o debate sobre o caráter universal dos direitos humanos, que pôs em confronto, de modo geral, os países desenvolvidos e boa parte do mundo árabe e dos países asiáticos.

Curiosamente, se o segundo debate permanece aberto, em grande medida pelo impulso permanente que as diversas variantes do relativismo cultural e do imperialismo moral lhe deram, o primeiro foi encerrado antes que se esgotasse.

A abrupta e patética queda do bloco socialista em 1989 deixou a descoberto o caráter superficial e grosseiramente demagógico do “debate” sobre os direitos humanos que acompanhou todo o período da guerra fria. O interessante é que, com o triunfo do “Ocidente”, venceu, de alguma forma, a posição do bloco socialista. O tão mencionado e tão superficial e pouco analisado caráter “indivisível” e “interdependente” dos direitos humanos funcionou, de fato, conforme tentarei demonstrar, como um elemento relativizador da prioridade dos direitos políticos. Segundo nos lembra Bobbio (pp. 150 e ss.), nunca é demais insistir no fato de que os direitos humanos não são absolutos, nem constituem uma categoria homogênea (contrariamente ao que pareceria indicar seu suposto caráter indivisível). O valor

absoluto de alguns poucos direitos, ou seja, seu status privilegiado, provém do fato de sua violação ser condenada universalmente. Mesmo assim, por exemplo, o direito a não ser submetido à escravidão implica a eliminação do direito de possuir escravos e o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Nesse contexto, cabe perguntar, além da retórica e da ironia, qual é o conteúdo ou o significado do conceito de indivisibilidade.

Essa superficialidade no tratamento do assunto revelou que a preeminência dos direitos civis e políticos sustentada pelo Ocidente durante o período da guerra fria, longe de ser produto de um imperativo ético ou moral, constituiu uma forma nada sutil de enfraquecer a já frágil legitimidade do bloco socialista.

Mas, onde se situa hoje o problema da relação entre os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais? Paradoxalmente, em um mundo cheio de problemas, o problema dessa relação parece ser o de não constituir problema algum. De maneira semelhante ao caráter mágico da indivisibilidade, o caráter interdependente dos direitos humanos, afirmando igual importância e homogeneidade para ambos os tipos de direito, tem servido para suprimir qualquer debate sobre a eventual prioridade de um ou outro tipo, geralmente sob o rótulo de anacrônico.⁵

Adiante, por motivos e com argumentos que exporei depois, uma clara posição a favor de priorizar hoje os direitos políticos nos países do Sul, em qualquer estratégia de reconstrução de uma agenda confiável e mobilizadora dos direitos humanos.

Nesse sentido, o posicionamento a que me refiro parte do reconhecimento do caráter contingente do conteúdo dos direitos políticos e dos direitos econômicos e sociais. Nada há na “natureza das coisas” que torne um direito inerente a uma ou outra categoria. Além disso, não se trata, de forma alguma, de negar a importância do conteúdo dos direitos econômicos e sociais. Trata-se, na verdade, de defender a necessidade de um debate público sobre a conveniência de priorizar algum tipo de direito e subtrair, ou não, da política (confiando-os exclusivamente ao direito) alguns aspectos da vida social pertencentes àquilo que, em sentido amplo, pode ser denominado desenvolvimento econômico e social. Ao mesmo tempo, trata-se também de realizar uma operação que poderia ser entendida como contrária a essa tendência. Refiro-

5. O suposto caráter indivisível e interdependente dos direitos humanos não deriva de outro lugar que não seja de sua própria declaração. Assim o consagra a declaração da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de junho de 1993. Nesse ponto, parece-me importante não confundir o caráter não discutido (por algum tempo) de um conceito com o caráter indiscutível de um conceito. Esta última característica só pode pertencer a alguma variável do fundamentalismo. O documento mais completo e profundo sobre o tipo de relacionamento entre os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais, que inclui uma identificação das causas mais determinantes de suas violações, assim como recomendações específicas para seu cumprimento, é o Relatório Final do Relator das Nações Unidas para os Direitos Econômicos e Sociais, Danilo Turk.

me à necessidade de considerar como um direito político (e, por conseguinte, não sujeito à tolerância nem à negociação com uso da cláusula de “até o limite dos recursos disponíveis”, que caracteriza os direitos econômicos e sociais) alguns direitos que até agora eram considerados como típicos do campo dos direitos econômicos e sociais. Aludo aqui, concretamente, ao direito à educação.

Na atual etapa do desenvolvimento tecnológico, em que o acesso ao conhecimento constitui a variável decisiva e fundamental de uma existência humana digna, que constitui a finalidade última dos direitos humanos, o direito à educação não pode ser submetido a qualquer tipo de negociação, devendo ser entendido como prioridade tão absoluta quanto a abolição da escravidão ou da tortura. Exatamente o mesmo pode e deve ser afirmado com relação à saúde básica. Mais adiante, voltarei a tratar desse ponto.

Uma postura tal como a que defendo se explica, principalmente, a partir de uma profunda insatisfação com o estado de coisas existente. Na verdade, trata-se de expor novos problemas e novas questões em um mundo no qual a guerra no Iraque detonou a já fragilizada e questionável institucionalidade dos direitos humanos, implantada após a Segunda Guerra Mundial. Parafraseando Ignatieff (p. 81) em uma referência ao Holocausto, a guerra do Iraque atualiza tanto a consciência acerca da fragilidade dos direitos humanos quanto, simultaneamente, sua imperiosa necessidade.

Essa insistência na necessidade de revisão crítica da agenda dos direitos humanos não é um exercício cego de mera onipotência intelectual que pretenda apagar os fatos com palavras. Trata-se, ao contrário, de se negar a continuar com o *business as usual* nesse mutante cenário de transformações profundas e incertas.

Para ser ainda mais claro, gostaria de deixar explícita minha suspeita, da qual surge minha insatisfação e minha argumentação alternativa, de que a recusa em aceitar hoje a prioridade dos direitos políticos, mediante a afirmação de que todos os direitos são igualmente prioritários, tem provocado, principalmente nos países do Sul, um aumento nas violações aos direitos políticos, ao mesmo tempo que não tem provocado qualquer avanço significativo no campo dos direitos econômicos e sociais.

Considerando o caráter política e culturalmente hege-

mônico que assumiu a dimensão dos direitos humanos que mais adiante caracterizarei como “programática”, estabelecer que todos os direitos são igualmente importantes e, em conseqüência, igualmente prioritários, constitui uma forma sutil de confirmar a prioridade real daqueles direitos cujo não-cumprimento não chega a gerar fortes tensões políticas com os Estados. A possibilidade de estabelecer um relacionamento de constante cooperação não-conflitante com o Estado, se a prioridade real são os direitos econômicos e sociais, explica, em boa medida, o caráter hegemônico dessa tendência.

Direitos humanos: dimensões política, acadêmica e programática

Particularmente nestes últimos anos, aquilo que poderia ser denominado “a questão dos direitos humanos” pode ser dividido, especialmente para fins analíticos, em três dimensões, às quais farei menção um pouco mais adiante.

O que pode ser caracterizado como dimensão propriamente **política** dos direitos humanos se desenvolveu, fundamentalmente, em estreito vínculo com as lutas de caráter nacional, em resposta concreta às violações dos direitos dos indivíduos por parte do Estado. A militância ativa não-profissional, seu caráter essencialmente conflituoso e a ausência de reflexões teóricas significativas (em particular quando medida em proporção ao tamanho das lutas) marcou profundamente a dimensão política dos direitos humanos.

Por sua vez, a dimensão que poderia ser denominada **acadêmica** em geral tem ficado circunscrita ao mundo universitário e a centros específicos de conhecimento. A relação entre o direito interno e o direito internacional e, mais especialmente, a aplicabilidade no contexto nacional dos tratados internacionais ocuparam o centro desse debate. Em outras palavras, o desenvolvimento acadêmico dos direitos humanos se tornou em boa parte sinônimo de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Mas a dimensão que apresenta mais arestas de complexidade e, ao mesmo tempo, talvez resulte a mais rica em implicações político-conceituais, é a dimensão que aqui se denomina **programática**. Essa dimensão faz referência à incorporação, por parte de organismos internacionais de

diferentes âmbitos geográficos e de competência temática muito diversificada, das formas e da semântica dos desenvolvimentos políticos e acadêmicos em matéria de direitos humanos. No entanto, engana-se completamente quem acha que esse processo se consumou com a incorporação passiva e a mera assimilação das duas dimensões antes mencionadas. A dimensão programática dos direitos humanos, na forma em que efetivamente está acontecendo, supõe uma profunda reformulação da teoria e da prática, tanto acadêmica quanto política, dos direitos humanos, cujas conseqüências (algumas delas) me proponho a identificar e começar a analisar nas linhas restantes.

Uma perspectiva politicamente não-conflitante em relação ao Estado e ambígua em relação aos aspectos mais ásperos do debate acadêmico caracteriza a dimensão programática dos direitos humanos. Uma incorporação anistórica, ritualista, pragmática, indiscutível (*mainstream*) e totalizadora esvaziou lentamente o conteúdo da proposta política e acadêmica original dos direitos humanos. Da mesma forma, visto que quando tudo é prioritário na verdade nada é prioritário, quando tudo é direitos humanos (a começar por situações que não implicam responsabilidade alguma por parte do Estado), nada é direitos humanos.

Essa colonização burocrática do discurso dos direitos humanos teve um profundo e desigual impacto na prática e nos desdobramentos conceituais, especialmente nos países do Sul do planeta. Neste último caso, a fragilidade, quando não a inexistência, de centros autônomos de conhecimento aumentou a eventual dependência teórico-cultural de organismos internacionais, principalmente daqueles que, especificamente, mais contribuíram para a reformulação conceitual da questão dos direitos humanos. Como resultado, nada que pudesse parecer uma perspectiva crítica surgiu nos últimos anos.

Quase invariavelmente, os “consensos” nessa dimensão foram obtidos por agregação. A conseqüência prática consiste em que toda agenda **completa e integral** de direitos humanos acabou se constituindo, na verdade, muitas vezes em um eufemismo para designar uma agenda tão politicamente inócua quanto imóvel e intranscendente.

Paradoxalmente, enquanto cresce o caráter conflituoso da política em torno de temas críticos de direitos humanos, ou

seja, enquanto se multiplicam as violações flagrantes aos direitos humanos mais elementares, se expande incessantemente a lista de direitos humanos referentes ao desenvolvimento econômico e social. Parece que uma parte importante dos atuais avanços conceituais só foi capaz de refletir a aridez e a superficialidade de um mundo unipolar.

Esse é o contexto no qual me proponho a fazer uma análise crítica tanto das conseqüências práticas de algumas suposições (não demonstradas) sobre as quais se baseiam o discurso e as ações atuais dos direitos humanos (universalidade, interdependência e indivisibilidade) quanto das relações entre a política e o campo dos direitos humanos.

Na concepção ritualista que domina hoje o discurso sobre os direitos humanos, e que se expressa com total clareza em sua dimensão programática, as suposições às quais aludi acima parecem constituir verdades evidentes que não precisam – mas, principalmente, não admitem – de debate e, muito menos, de crítica.

Tal debate, ou mais precisamente a ausência dele, se estrutura, basicamente, em torno do tipo de relação, tanto a existente quanto a desejável, entre os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais.

A concepção programática estruturada metodologicamente em torno do consenso por agregação constitui, na verdade, uma concepção acumulativa dos direitos humanos. Desse modo, os direitos econômicos e sociais são um tipo de camada geológica posterior, que se encaixa harmoniosa e naturalmente nos direitos políticos. Torna-se interessante observar um certo parentesco dessa concepção linear e acumulativa com o desenvolvimento, não desprovido de um certo economicismo, da teoria de T. W. Marshall sobre o processo histórico de expansão dos direitos.⁶

Os direitos humanos: entre o direito e a política

Por tudo que foi mencionado anteriormente, parece-me importante começar a questionar a idéia “politicamente correta” de que a expansão incessante do conteúdo dos direitos humanos, ou seja, daquelas áreas da vida social que se subtraem à contingência e à negociação política, fortalece diretamente a agenda e as lutas pelos direitos humanos. Para tanto é preciso, entre outras coisas, entender o caráter

6. Refiro-me especificamente ao conhecido ensaio de 1950, *Ciudadanía y clase social*. Ver T. H. Marshall & Tom Botommere.

7. A insistência no vínculo entre estabilidade política e vigência efetiva dos direitos humanos está presente, com muita força, no trabalho de Ignatieff.

8. Esse alerta específico pode ser encontrado, inclusive, no excelente trabalho de Vitor Abramovich & Christian Courtis (p. 42) que defendem, contrariamente ao que sustento aqui, uma concepção expandida dos direitos humanos.

complexo do relacionamento entre estes últimos e a paz social.⁷

É verdade que o maior acolhimento dos direitos humanos contribui para a paz social. No entanto, não é menos verdade que a paz social e a estabilidade democrática são o único ambiente em que os direitos humanos podem se desenvolver de forma genuína e sustentável.

Costuma-se argumentar que, no plano dos direitos, a incorporação de aspectos anteriormente considerados exclusivos da política social possui a extraordinária vantagem de sua “justiciabilidade”. Sendo essa afirmação estritamente correta, não é menos correto dizer que a ação individual da justiça para prestar de fato os benefícios da política social pode se tornar não apenas fonte de reprodução ampliada de desigualdades sociais, mediante a desigualdade no acesso à justiça,⁸ mas também uma concessão indesejada de legitimidade a governos que utilizam essa via para atender a bem poucos.

Mas o problema mais importante e preocupante dessa concepção expandida dos direitos humanos não se encontra, na minha opinião, no exemplo anterior. O problema mais grave surge, especificamente, da transformação em tema de direitos humanos daqueles assuntos políticos que, ao mesmo tempo, se tornam altamente conflitantes do ponto de vista moral.

Nas palavras do filósofo inglês John Gray (1997, p. 22):

Converter um assunto político profundamente conflituoso do ponto de vista moral em assunto de direitos fundamentais é convertê-lo em não-negociável. Os direitos, ao menos como são entendidos na escola contemporânea dominante da jurisprudência anglo-americana, geram adjudicações incondicionais, não suscetíveis de discussão. É justamente por essa razão que o direito não permite que assuntos altamente conflituosos possam ser objeto de compromissos legislativos. [No campo do direito] as possibilidades são só de vitória ou rendição incondicional. A questão do aborto nos Estados Unidos, onde o assunto é tratado como objeto de direito constitucional em vez de ser tratado como problema de [política] legislativa, constitui o mais claro exemplo de um assunto conflituoso que se transformou em maior perigo para a paz social, desde que foi elevado a problema de direito constitucional e da teoria dos direitos.

Efetivamente, o tratamento dado ao tema do aborto, em termos comparativos entre Europa e Estados Unidos, ilustra bem o que vem a ser o veio central do pensamento que tento aqui expor.

Surgido praticamente de forma simultânea na Europa e nos Estados Unidos, no início da década de 70, o tema do aborto rompeu literalmente o tecido social europeu, sendo provavelmente o caso italiano o mais claro desses exemplos. Foram anos de intensos e agitados debates, nos quais a Igreja Católica, de um lado, e o movimento feminista, de outro, lideraram e arregimentaram uma sociedade profundamente dividida pela questão moral. Os primeiros vislumbres de consenso não chegaram pelo lado do conteúdo do debate, e sim pelo lado de um procedimento para dirimir o conflito. Esgotada a sociedade por anos de debate, houve finalmente acordo para entender a dimensão política de um problema de profunda raiz moral. Plebiscitos e leis resolveram politicamente a questão, de forma pacífica e duradoura.

Concomitantemente, o rumo tomado nos Estados Unidos foi totalmente diferente. Pouco tempo depois do início de um debate que prometia virulência ainda maior do que a ocorrida na Europa, a Corte Suprema dos Estados Unidos, no conhecido caso *Roe vs Wade*, truncou o debate político declarando o aborto um direito constitucional.⁹ Exatamente trinta anos depois, a sociedade americana encontra-se mais dividida e a paz social mais ameaçada, justamente por ter pretendido solucionar dentro do campo dos direitos humanos, e não dentro do campo da política, um problema que moralmente dividia (e até hoje divide) profundamente essa sociedade.

Palavras finais

Por último, sem nenhuma pretensão conclusiva, mas principalmente com o intuito de estimular o debate, gostaria de enfrentar o tema da relação entre política e direitos humanos. O problema é complexo em aparência e muito mais em essência.

Sob a perspectiva de uma democracia ser levada a sério, existe um amplo consenso no sentido de exigir e aceitar a necessidade de vedar à política algumas áreas da vida social e institucional, como condição necessária para o funcionamento

9. Uma excelente descrição e uma análise desse processo foram publicadas em um relatório especial da revista inglesa *The Economist*: "The War that Never Ends" (Special Report Abortion in America), 18-24 jan. 2003, pp. 24-6.

do Estado de direito. No entanto, isso não deveria ser confundido com o fato de se pensar os direitos humanos à margem ou acima da política. Em geral, o consenso de vedar determinados assuntos à política não é resultado de outra coisa senão de acordos políticos, cuja solidez e durabilidade estão em relação direta com o grau de consenso moral em que se apóiam. Segundo afirma Ignatieff (p. 22), “a linguagem dos direitos humanos existe para que nos lembremos que alguns abusos são realmente intoleráveis e que algumas desculpas por esses abusos são realmente insuportáveis”.

Se concordarmos com a citação anterior, deveremos estar dispostos a admitir então a possibilidade de que a falta de prioridade explícita dos direitos políticos contribuiu para esvaziar o conteúdo e relativizar a existência de um núcleo resistente dos direitos humanos.

A insistência em expandir incessantemente as áreas da vida econômica e social que devem ser entendidas como direitos humanos debilita de forma considerável qualquer agenda política confiável e sobretudo mobilizadora em matéria de direitos humanos. Não me parece que seja expandindo a lista dos direitos humanos, como uma espécie de fuga para o futuro, que se recupere a credibilidade perdida.

Aos partidários da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos, principalmente àqueles com responsabilidades no desenvolvimento da dimensão programática dos direitos humanos, convém lembrar que não se conserva indefinidamente uma hegemonia cultural fugindo sempre do debate e demonizando as posturas críticas nessa matéria, consideradas inconvenientes ou anacrônicas.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.
- BIRULES, Fina. *Introducción a Hanna Arendt “¿Qué es la política?”*. Barcelona: Paidós, 1997.
- BOBBIO, Norberto. “Presente y futuro de los derechos del hombre”. In: _____. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.
- CARRIO, Genaro. “Los derechos humanos y su protección”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- GRAY, John. *Enlightenment’s Wake. Politics and Culture at the Close of the Modern Age*. Londres/Nova York: Routledge, 1997.
- _____. *Straw Dogs. Thoughts on Humans and Other Animals*. Londres: Granta Books, 2002.
- IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- MARSHALL, T. H. & BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Madri: Alianza, 1998. [Edição original: 1950]
- NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. (Serie Estudios de Derechos Humanos)
- NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos: um ensaio de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- ONU. “The Realization of Economic, Social and Cultural Rigths”. Final Report submitted by Mr. Danilo Turk.
- RABOSI, Eduardo. “La teoría de los derechos humanos naturalizada”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, jan.-mar. 1990, pp.159-75.
- RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. In: S. Shute & S. Hurley (eds.). *De los derechos humanos*. Madri: Trotta, 1998.

FLAVIA PIOVESAN

Professora de Direitos Humanos dos programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

RESENHA

Este artigo aborda os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos civis e políticos, sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Analisa a concepção contemporânea dessa questão à luz do sistema internacional de proteção, desvendando seu perfil, seus objetivos, sua lógica e sua principiologia e questionando a plausibilidade de uma visão integral dos direitos humanos. Em um segundo momento, analisa os principais desafios e perspectivas para sua implementação, sustentando que esse enfrentamento é essencial para que os direitos humanos assumam seu papel central na ordem contemporânea.

DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS E DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS*

Flavia Piovesan



Como compreender a concepção contemporânea de direitos humanos?

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.¹ Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Entre estes, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.

Tal concepção é fruto de um movimento extremamente recente de internacionalização dos direitos humanos, surgido no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana – que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas,

*Este texto baseia-se na palestra “Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos”, proferida em São Paulo, em 27 de maio de 2003, no 3º Colóquio Internacional de Direitos Humanos, que teve como tema central “Estado de direito e a construção da paz”.

Ver as notas deste texto a partir da página 40.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 45.

homossexuais, ciganos... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs (1998, p. 149), o século 20 foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou uma ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. Como marco maior desse esforço, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é aprovada em 10 de dezembro de 1948. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos. Universalidade, porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais – e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Consagra-se, desse modo, a visão integral dos direitos humanos.

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, explica Hector Gros Espiell (1986, pp. 16-7):

Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Essa idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à

realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, amplia e sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976; na Proclamação de Teerã, de 1968; e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130).

A Declaração Universal de 1948, na qualidade de marco maior do movimento de internacionalização dos direitos humanos, fomentou a inclusão desse tema no legítimo interesse da comunidade internacional. Como observa Kathryn Sikkink (p. 413): “O direito internacional dos direitos humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não-estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados”.²

Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se limitar ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta para duas importantes conseqüências: (1) A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal.³ (2) A cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

O processo de universalização dos direitos humanos

permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção. Na lição de André G. Pereira & Fausto de Quadros (p. 661): “Em termos de ciência política, tratou-se apenas de transpor e adaptar ao direito internacional a evolução que no direito interno já se dera, no início do século, do Estado-polícia para o Estado-providência. Mas foi o suficiente para o direito internacional abandonar a fase clássica, como o direito da paz e da guerra, para passar à era nova ou moderna da sua evolução, como direito internacional da cooperação e da solidariedade”.⁴

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948, e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o direito internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados para a proteção de direitos fundamentais. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do direito, com ênfase na universalidade, na indivisibilidade e na interdependência dos direitos humanos. Como afirma Norberto Bobbio (p. 30), os direitos humanos nascem como direitos naturais universais e desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora declarações de direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de parâmetros mínimos de proteção (o “mínimo ético irreduzível”). Nesse sentido, cabe destacar que, até agosto de 2002, conforme dados do *Human Development Report* (UNDP, 2002), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 148 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com 145 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura, com 130 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, com 162 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, com 170 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes.

Ao lado do sistema normativo global surgem os sistemas

regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, na América e na África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Sob essa ótica, os diversos sistemas interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada a norma que ofereça melhor proteção à vítima, em cada caso concreto. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e na promoção de direitos fundamentais. Essas são inclusive a lógica e a principiologia próprias do direito internacional dos direitos humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade.⁵ Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Logo, a Declaração de Viena, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que enquanto consenso do pós-guerra, a Declaração de 1948 foi adotada por 48

Estados, com oito abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, e afirma a interdependência entre os valores dos direitos humanos, da democracia e do desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados – dos quase duzentos que integram a ordem internacional – realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 deles (representando 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, esse percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados.⁶ O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis e o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas também centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas (2003).

Além disso, ante a indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito e outra (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao contrário, não. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como frisam Asbjorn Eide & Allan Rosas (pp. 17-8): “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, abrangendo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central

a proteção aos grupos vulneráveis. [...] As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas sim definidas como direitos”.

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer (1999), que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos Estados Unidos) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então União Soviética). Nesse cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo em elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”.

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (Estados Unidos) e oito abstenções. Para Allan Rosas (1995, pp. 254-5): “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. [...] Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. [...] Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional [...]”. O artigo 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, consagra: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa, participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”. Acrescenta o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individual ou coletivamente, voltadas à formulação de políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que incentivem o direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed

Bedjaoui (p. 1.182): “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base na pobreza deles”. As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial (UNDP, p. 19).

Joseph E. Stiglitz (p. 6) registra: “O número de pessoas vivendo na pobreza na verdade aumentou para quase 100 milhões. Isso aconteceu quase ao mesmo tempo em que a renda total do mundo cresceu a uma média anual de 2,5%”.⁷ Para a Organização Mundial de Saúde: “a pobreza é a maior assassina do mundo. Ela impõe sua influência destrutiva em todos os estágios da vida humana, da concepção à sepultura. Conspira com as doenças mais mortíferas e dolorosas para desgravar a existência de todos que dela padecem” (Farmer, p. 50).⁸

O desenvolvimento, por sua vez, há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen.⁹ Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993 enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Desse modo, passamos à reflexão final.

Quais os desafios e as perspectivas para a implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea?

O enfrentamento dessa questão remete a seis desafios:

1. Consolidar e fortalecer o processo de afirmação da visão integral e indivisível dos direitos humanos, mediante a conjugação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais

Os direitos humanos, enquanto “adquirido axiológico”, estão em constante processo de elaboração e redefinição.

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Esse processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades dessa região.

São, assim, necessários avanços na expansão contínua do alcance conceitual de direitos humanos, contemplando as necessidades básicas de justiça social. Nesse cenário, é fundamental consolidar e fortalecer o processo de afirmação dos direitos humanos, sob essa perspectiva integral, indivisível e interdependente.

2. Incorporar o enfoque de gênero, raça e etnia na concepção dos direitos humanos, e criar políticas específicas para a tutela de grupos socialmente vulneráveis

A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade.

Ao processo de expansão dos direitos humanos soma-se o processo de especificação de sujeitos de direitos.

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e em sua particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Em tal cenário, as mulheres, as crianças, a população afro-descendente, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à

igualdade surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Nas lições de Paul Farmer (p. 212): “O conceito de direitos humanos às vezes pode ser empunhado como uma panacéia universal, mas ele foi criado para proteger pessoas vulneráveis. O verdadeiro valor dos principais documentos do movimento de direitos humanos se revela apenas quando eles servem para proteger os direitos daqueles com maiores probabilidades de terem seus direitos violados. Os beneficiários mais adequados da Declaração Universal dos Direitos Humanos [...] são os pobres e aqueles que são de alguma forma despossuídos”.

Para Nancy Fraser (pp. 55-6), a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não consegue um táxi. Nesse caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente do status. Por exemplo, um trabalhador industrial especializado fica desempregado após o fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento”. Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos (2003, pp. 56 e 429-61) afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade.

Boaventura (p. 458) ainda acrescenta: “temos o direito a ser iguais quando nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Considerando os processos de “feminização” e “etnicização” da pobreza, percebe-se que as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, na experiência

brasileira, são as mulheres e as populações afro-descendentes (consultar, a respeito, Piovesan & Pimentel). Daí a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando o pleno exercício do direito à inclusão social.

Acrescente-se, ainda, o componente democrático a orientar a formulação de tais políticas públicas. Isto é, há que se assegurar o direito à efetiva participação de grupos sociais no que tange à formulação de políticas que diretamente lhes afetem. A sociedade civil clama por maior transparência, democratização e *accountability* na gestão do orçamento público e na construção e implementação de políticas públicas.

3. Otimizar a justiciabilidade e a acionabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais

Como recomenda a Declaração de Viena de 1993, é fundamental adotar medidas para assegurar a maior justiciabilidade e a maior exigibilidade aos direitos econômicos, sociais e culturais, tais como a elaboração de um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que introduza a sistemática de petições individuais) e a elaboração de indicadores técnico-científicos capazes de mensurar os avanços na implementação desses direitos.

No sistema global, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas contempla o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados, como forma de monitoramento dos direitos que enuncia. Já no sistema regional interamericano há a previsão do sistema de petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a denúncia de violação do direito à educação e dos direitos sindicais, enunciados no Protocolo de San Salvador. Além de instituir a sistemática de petição no âmbito global, mediante a adoção de Protocolo Facultativo, é também essencial otimizar o uso desse mecanismo regional, qual seja, o direito de petição, para a proteção de direitos à educação e direitos sindicais. Ademais, há que se potencializar a litigância dos demais direitos econômicos, sociais e culturais, por meio, inclusive, da

violação de direitos civis como “porta de entrada” para demandas afetas aos direitos econômicos, sociais e culturais. A título ilustrativo, merecem destaque os casos: (a) fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV (com fundamento na violação ao artigo 4º da Convenção Americana – direito à vida); e (b) demissão sumária de trabalhadores (com fundamento na violação do devido processo legal – caso Baena Ricardo vs Panamá).

Percebe-se a potencialidade da litigância internacional em propiciar avanços internos no regime de proteção dos direitos humanos. Esta é a maior contribuição que o uso do sistema internacional de proteção pode oferecer: fomentar progressos e avanços internos na proteção dos direitos humanos em um determinado Estado.

A incorporação da sistemática de petição individual, ademais, é reflexo do processo de reconhecimento de novos atores na ordem internacional, com a conseqüente democratização dos instrumentos internacionais. Se os Estados foram ao longo de muito tempo os protagonistas centrais da ordem internacional, vive-se hoje a emergência de novos atores internacionais, como as organizações internacionais, os blocos regionais econômicos, os indivíduos e a sociedade civil internacional. O fortalecimento da sociedade civil internacional, mediante uma *network* que alia e fomenta uma rede de interlocução entre entidades locais, regionais e globais,¹⁰ bem como a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional, demandam a democratização dos instrumentos internacionais. Demandam, ainda, o acesso aos mecanismos internacionais e à própria justiça internacional.

O surgimento de novos atores internacionais requer a democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A título de exemplo, merece destaque o Protocolo n. 11 do sistema regional europeu, que permitiu o acesso direto do indivíduo à Corte Européia de Direitos Humanos. Acrescente-se ainda a recente aprovação do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 1999, que incorpora a sistemática de petição individual. Nesse mesmo sentido, cabe menção ao projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, do mesmo modo, introduz o direito de petição individual.

Contudo, vale ressaltar a resistência de muitos Estados em admitir a democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente no que tange à aceitação da sistemática de petição individual.¹¹ Essa sistemática cristaliza a capacidade processual do indivíduo no plano internacional, “constituindo um mecanismo de proteção de marcante significação, além de conquista de transcendência histórica”, como ensina Antônio Augusto Cançado Trindade (p. 8).

Mostra-se ainda fundamental que os tratados de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais possam contar com uma eficaz sistemática de monitoramento, prevendo os relatórios, as petições individuais e as comunicações interestatais. Seria importante acrescentar ainda a sistemática das investigações *in loco*, apenas prevista na Convenção contra a Tortura e no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Nesse cenário, é fundamental encorajar os Estados a aceitar tais mecanismos. Não é mais admissível que Estados aceitem direitos e neguem as garantias de sua proteção.

Além desses mecanismos, é crucial que se fomente a elaboração de indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no que tange às suas necessárias progressividade e proibição de retrocesso social.

Outra estratégia é propiciar a visita de relatores especiais da ONU ou da OEA sobre temas afetos aos direitos econômicos, sociais e culturais. As relatorias temáticas constituem um meio eficaz de catalisar as atenções e dar visibilidade a determinada violação de direitos humanos, bem como propor recomendações. Mais que simbolizar um diagnóstico sobre a situação dos direitos humanos, a maior contribuição dos relatores, ao elaborar esses documentos, é fazer com que sirvam de instrumento para a obtenção de avanços internos no regime de proteção dos direitos humanos em determinado país. A respeito, vide o impacto positivo da visita ao Brasil do relator da ONU para a tortura, em 2000. Acrescente-se ainda o impacto da visita do relator sobre o direito à alimentação no Brasil, em 2002.

Destaca-se, ainda, a inédita experiência no Brasil de adoção de relatorias temáticas sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, sob inspiração das relatorias da ONU.

Foram, assim, criadas as relatorias para: (a) saúde; (b) moradia; (c) educação; (d) alimentação; (e) trabalho e (f) meio ambiente. Tal como no sistema da ONU, propõe-se que tais relatorias formulem um diagnóstico da situação de cada área e façam recomendações para assegurar o pleno exercício de tais direitos.

Em suma, são necessários esforços para otimizar a justiciabilidade e a acionabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, fortalecendo a efetivação do direito à inclusão social.

4. Incorporar a pauta social de direitos humanos na agenda das instituições financeiras internacionais, das organizações regionais econômicas e do setor privado

Para enfrentar os desafios da implementação dos direitos humanos, não basta apenas focar o Estado. A própria Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enfatizam a necessidade tanto da adoção de programas e políticas nacionais como da cooperação internacional. O artigo 4º da Declaração ressalta que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios de encorajar o direito ao desenvolvimento.

No contexto da globalização econômica, faz-se premente a incorporação da agenda de direitos humanos por atores não-estatais. Nesse sentido, surgem três atores fundamentais: (a) agências financeiras internacionais; (b) blocos regionais econômicos; e (c) setor privado.

Em relação às agências financeiras internacionais, há o desafio de que os direitos humanos possam permear a política macroeconômica, de forma a envolver as políticas fiscal, monetária e cambial. As instituições econômicas internacionais devem considerar cuidadosamente a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas podem ter nas economias locais, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado (ver Mary Robinson).¹²

Embora as agências financeiras internacionais estejam vinculadas ao sistema das Nações Unidas, na qualidade de agências especializadas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, por exemplo, carecem da

formulação de uma política voltada para os direitos humanos. Tal política é medida imperativa para o alcance dos propósitos da ONU e, sobretudo, para a coerência ética e principiológica que há de pautar sua atuação. A agenda de direitos humanos deve ser, assim, incorporada ao mandato de atuação dessas agências.

Há que se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre, por um lado, a tônica inclusiva voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro, a tônica excludente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.¹³ Além disso, há que se fortalecer a democratização, a transparência e a *accountability* dessas instituições.¹⁴ Note-se que 48% do poder de voto no FMI está nas mãos de sete Estados (Estados Unidos, Japão, França, Inglaterra, Arábia Saudita, China e Rússia) e que no Banco Mundial 46% do poder de voto se concentra nas mãos desses mesmos Estados (ver UNDP, 2002). Na percepção crítica de Joseph E. Stiglitz: “[...] temos um sistema que pode ser chamado de controle global sem um governo global, em que poucas instituições – o Banco Mundial, o FMI, a OMC – e uns poucos jogadores – os ministérios da fazenda e do comércio, estreitamente vinculados a determinados interesses financeiros e econômicos – dominam o cenário, mas no qual muitos dos que são afetados por suas decisões acabam ficando quase sem voz de representação. É chegada a hora de mudar algumas regras que regem a ordem econômica internacional [...]” (p. 21-2).

Quanto aos blocos regionais econômicos, vislumbram-se, do mesmo modo, os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica excludente do processo de globalização econômica e os movimentos que intentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros para conferir lastro ético e moral à criação de uma nova ordem internacional. De um lado, portanto, lança-se a tônica excludente do processo de globalização econômica; de outro, emerge a tônica inclusiva do processo de internacionalização

dos direitos humanos, somada ao processo de incorporação das cláusulas democráticas e de direitos humanos pelos blocos econômicos regionais. Embora a formação de blocos econômicos de alcance regional, tanto na União Européia como no Mercosul, tenha buscado não apenas a integração e a cooperação de natureza econômica, mas também, posterior e paulatinamente, a consolidação da democracia e a implementação dos direitos humanos nas respectivas regiões (o que se constata com maior evidência na União Européia e de forma ainda bastante incipiente no Mercosul), observa-se que as cláusulas democráticas e de direitos humanos não foram incorporadas na agenda do processo de globalização econômica.

No que se refere ao setor privado, há também a necessidade de acentuar sua responsabilidade social, especialmente a das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que das cem maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49, Estados nacionais. É importante, por exemplo, incentivar empresas a adotar códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; demandar sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais; adotar a “taxa Tobin” sobre os investimentos financeiros internacionais, dentre outras medidas.

5. Reforçar a responsabilidade do Estado na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à inclusão social, bem como no reconhecimento da pobreza como violação de direitos humanos

Considerando os graves riscos do processo de desmantelamento das políticas públicas estatais na esfera social, há que se redefinir o papel do Estado sob o impacto da globalização econômica e reforçar sua responsabilidade no tocante à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como adverte Asbjorn Eide (p. 383): “Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades

sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar”.¹⁵

No mesmo sentido, pontua Jack Donnelly (1998, p. 160): “Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem contudo a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob essa perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica. [...] Os mercados buscam eficiência e não justiça social ou direitos humanos para todos”.¹⁶

Acrescente-se ainda que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Estados têm, assim, o dever de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto. Esse Pacto, que conta atualmente com a adesão de 145 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, incluindo o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar sindicatos e filiar-se a eles, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde etc. Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, esses direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis,¹⁷ com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto).¹⁸ Como afirma David Trubek: “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights*, implicam a visão de que o governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos”.

Reitere-se que, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. No dizer de Amartya Sen (1999, p. 8): “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade. [...] A

negação da liberdade econômica implica a negação da liberdade social e política”.

Se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. Mercados e eleições, por si só, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos (Donnelly, 1998, p. 160).

6. Fortalecer o Estado de Direito e a construção da paz nas esferas global, regional e local, mediante uma cultura de direitos humanos

Por fim, cabe enfatizar que, no contexto pós-11 de setembro e pós-guerra no Iraque, emerge o desafio de prosseguir no esforço de construção de um “Estado de direito internacional”, em uma arena que está por privilegiar o “Estado-polícia” no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema da força e da segurança internacional. O risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima. Basta atentar à nova doutrina de segurança adotada nos Estados Unidos, pautada por: (a) unilateralismo; (b) ataques preventivos; e (c) hegemonia do poderio militar norteamericano. Atente-se às nefastas conseqüências para a ordem internacional da hipótese de cada um dos quase duzentos Estados invocar para si o direito de cometer “ataques preventivos”, com base no unilateralismo. Seria lançar o próprio atestado de óbito do direito internacional, celebrando o mais puro hobbesiano “Estado da natureza”, em que a guerra é o termo forte e a paz se limita a ser a ausência da guerra.

A escusa de combater o chamado “império do mal” tem propagado, sobretudo, o “mal do império”. Pesquisas demonstram o perverso impacto do pós-11 de setembro na composição de uma agenda global tendencialmente restritiva de direitos e liberdades. A título de exemplo, cite-se a pesquisa publicada por *The Economist*¹⁹ referente à legislação aprovada, nos mais diversos países, para entre outras coisas: ampliar a aplicação da pena de morte e demais penas; tecer discriminações insustentáveis; afrontar o devido processo legal e o direito a julgamento público e justo; admitir a extradição sem a garantia de direitos; e restringir direitos, como a liberdade de reunião e de expressão.

Contra o risco do terrorismo de Estado e do enfrentamento do terror com instrumentos do próprio terror, só resta uma via – a via construtiva de consolidação dos delineamentos de um “Estado de direito” no plano internacional. Só haverá um efetivo Estado de direito internacional sob o primado da legalidade, com o “império do direito”, com o poder da palavra e a legitimidade do consenso.

À luz desse contexto, marcado pelo fim das bipolaridades definidas (desde o término da guerra fria), pela incerteza do destino de organismos internacionais e pelo poderio de uma única superpotência mundial, o equilíbrio da ordem internacional exigirá o avivamento do multilateralismo e o fortalecimento da sociedade civil internacional, a partir de um solidarismo cosmopolita. São essas as únicas forças capazes de deter o amplo grau de discricionariedade do poder do império, civilizar esse temerário “Estado da natureza” e permitir que, de alguma forma, o império do direito possa domar a força do império.

Diante desses desafios, resta concluir pela crença na implementação dos direitos humanos como sendo a racionalidade de resistência e única plataforma emancipatória de nosso tempo. Hoje, mais do que nunca, há que se inventar uma nova ordem, mais democrática e igualitária, capaz de celebrar a interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos e que, sobretudo, esteja centrada em valorizar a absoluta prevalência da dignidade humana.

NOTAS

1. A respeito, ver também Lafer (1988, p. 134). No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs (1998, p. 156): “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta, antes de serem reconhecidos como direitos”. Para Allan Rosas (1995, p. 243), “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [...] O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte integrante de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”.
2. Acrescenta ainda a autora (p. 441): “Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional”.
3. Para Celso Lafer (1999, p. 145), de uma visão *ex parte principe*, fundada nos deveres dos súditos em relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão.
4. Acrescentam os autores: “As novas matérias que o direito internacional tem vindo a absorver, nas condições referidas, são de índole variada: política, econômica, social, cultural, científica, técnica etc. Mas dentre elas o livro mostrou que há que se destacar três: a proteção e a garantia dos direitos do homem, o desenvolvimento e a integração econômica e política”. Na visão de Hector Fix-Zamudio (p. 184): “[...] o estabelecimento de organismos internacionais de tutela dos direitos humanos, que o destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti tem qualificado como jurisdição constitucional transnacional, enquanto controle judicial da constitucionalidade das disposições legislativas e de atos concretos de autoridade, tem alcançado o direito interno, particularmente a esfera dos direitos humanos, e tem se projetado no âmbito internacional e inclusive comunitário”.
5. Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.
6. Ver “Deepening Democracy in a Fragmented World”, in *Human Development Report*, UNDP, 2002.
7. Acrescenta o autor: “O desenvolvimento diz respeito à transformação das sociedades, à melhoria das condições de vida dos pobres, à capacitação de

todos para que tenham chances de sucesso e de acesso ao sistema de saúde e à educação” (p. 252).

8. De acordo com dados do relatório “Sinais vitais”, do Worldwatch Institute (2003), a desigualdade de renda se reflete nos indicadores de saúde: a mortalidade infantil nos países pobres é treze vezes superior à dos países ricos; a mortalidade materna é 150 vezes maior nos países menos desenvolvidos do que nos industrializados. A falta de água limpa e de saneamento básico mata 1,7 milhão de pessoas por ano (90% crianças), ao passo que 1,6 milhão de pessoas morrem de doenças decorrentes da utilização de combustíveis fósseis para aquecimento e preparo de alimentos. O relatório ainda atenta para o fato de que a quase totalidade dos conflitos armados se concentra no mundo em desenvolvimento, que produziu 86% de refugiados na última década.

9. Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen (pp. 35-6 e 297): “Nesse sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como: (1) uma finalidade em si mesma; e (2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, de função constitutiva e função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura [...]. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nessa visão, é o processo de expansão das liberdades humanas”. Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Vasak.

10. Quanto à sociedade civil internacional, atente-se que das 738 ONGs acreditadas na conferência de Seattle, nos Estados Unidos, em 1999, 87% eram de países industrializados. Esse dado revela as assimetrias ainda existentes no tocante à própria composição da sociedade civil internacional, no que tange às relações Sul/Norte.

11. Com efeito, ainda é grande a resistência de muitos Estados em aceitar as cláusulas facultativas referentes às petições individuais e comunicações interestatais. Conforme dados de 2001, basta destacar que: (a) dos 147 Estados-partes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, apenas 97 aceitaram o mecanismo das petições individuais (tendo ratificado o Protocolo Facultativo para esse fim); (b) dos 124 Estados-partes na

Convenção contra a Tortura, apenas 43 aceitaram o mecanismo das comunicações interestatais e das petições individuais (nos termos dos artigos 21 e 22 da Convenção); (c) dos 157 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, apenas 34 aceitaram o mecanismo das petições individuais (nos termos do artigo 14 da Convenção); e, finalmente, (d) dos 168 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, apenas 21 aceitaram o mecanismo das petições individuais, tendo ratificado o Protocolo Facultativo para esse fim.

12. Robinson esclarece: “A título de exemplo, um economista já advertiu que o comércio e a política cambial podem ter maior impacto no desenvolvimento dos direitos das crianças do que propriamente o alcance do orçamento dedicado à saúde e à educação. Um diretor do Banco Central incompetente pode ser mais prejudicial aos direitos das crianças que um ministro da Educação incompetente”.

13. Afirma Jeffrey Sachs (pp. 1.329-30): “Aproximadamente 700 milhões de pessoas – as mais empobrecidas – estão em débito com os países ricos. Os chamados *highly indebted poor countries* [países pobres altamente endividados] compõem um grupo de 42 economias financeiramente falidas e largamente desestruturadas. Eles devem mais de 100 milhões de dólares ao Banco Mundial, ao Fundo Monetário Internacional, a outros bancos de desenvolvimento e a governos [...]. Muitos desses empréstimos foram feitos em regimes tirânicos para atender aos propósitos da guerra fria. Muitos refletem idéias equivocadas do passado. [...] O Jubileu 2000, uma organização que tem o apoio de pessoas tão diversas como o papa João Paulo II, Jesse Jackson e Bono, o cantor de rock, tem defendido a eliminação da dívida externa dos países mais pobres do mundo. A idéia é freqüentemente considerada irrealista, mas são os realistas que fracassam ao tentar compreender as oportunidades econômicas da ordem contemporânea. [...] Em 1996 o FMI e o Banco Mundial anunciaram um programa de grande impacto, mas sem prover um diálogo verdadeiro com os países afetados. Três anos depois, esses planos fracassaram. Apenas dois países, Bolívia e Uganda, receberam 200 milhões de dólares, enquanto quarenta países aguardam na fila. No mesmo período, a bolsa de valores dos países ricos cresceu mais de 5 trilhões, superando em cinquenta vezes o débito dos 42 países pobres. Assim, é um jogo cruel dos países mais ricos do mundo protestar que não teriam como cancelar as dívidas”.

14. A respeito, ver Stiglitz. Para esse autor: “Quando a crise chega, o FMI prescreve soluções antiquadas, inadequadas, quando não padronizadas, sem

levar em conta os efeitos que poderiam ter sobre os povos dos países aos quais tais políticas são recomendadas. Raramente vi previsões sobre as conseqüências dessas políticas para os pobres. Raramente vi discussões e análises cuidadosas das conseqüências das políticas alternativas. Houve uma única prescrição. Opiniões alternativas não foram ouvidas. A discussão franca e aberta foi desestimulada – não existe espaço para isso. A ideologia guiava as prescrições políticas e esperava-se que os países seguissem as diretrizes do FMI sem questioná-las. Atitudes como essa deixam-me revoltado. O problema não é que freqüentemente geram resultados pobres; o problema é que são antidemocráticas” (p. xiv).

15. O autor complementa: “Onde a renda é igualmente distribuída e as oportunidades razoavelmente equânimes, os indivíduos estão em melhores condições para tratar de seus interesses e há uma menor necessidade de despesas públicas por parte do Estado. Quando, por outro lado, a renda é injustamente distribuída, a demanda por iguais oportunidades e igual exercício de direitos econômicos, sociais e culturais requer maior despesa estatal, baseada em uma tributação progressiva e outras medidas. Paradoxalmente, entretanto, a tributação das despesas públicas nas sociedades igualitárias parece mais bem-vinda que nas sociedades em que a renda é injustamente distribuída” (p. 40).

16. Ainda Donnelly (2001, p. 153): “Aliviar o sofrimento da pobreza e adotar políticas compensatórias são funções do Estado, não do mercado. Essas são demandas relacionadas à justiça, a direitos e a obrigações, e não à eficiência. [...] Os mercados simplesmente não podem tratá-las – porque não são vocacionados para isso”.

17. Cabe realçar que tanto os direitos sociais como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como o direito à liberdade e o direito à propriedade ou, ainda, qual o custo do aparato eleitoral que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça que garante o direito de acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.

18. A expressão “aplicação progressiva” tem sido freqüentemente mal interpretada. Em seu “General Comment n. 3” (1990), a respeito da natureza

das obrigações estatais concernentes ao artigo 2º, parágrafo 1º, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (UN doc. E/1991/23.) afirma que se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, essa expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotar medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização desses direitos.

19. “For Whom the Liberty Bell Tolls”, *The Economist*, 31 ago. 2002, pp. 18-20.

BIBLIOGRAFIA

- ARENDRT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- BEDJAOUI, Mohammed. "The Right to Development". In: _____ . *International Law: Achievements and Prospects*, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BUERGENTHAL, Thomas. "Prólogo". In: A. A. C. TRINDADE. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. xxxi.
- DONNELLY, Jack. *International Human Rights*. Colorado: Westview Press, 1998.
- _____. "Ethics and International Human Rights". In: _____. *Ethics and International Affairs*. Japão: United Nations University Press, 2001.
- EIDE, Asbjorn. "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights"; "Obstacles and Goals to be Pursued". In: A. EIDE et al., 1995.
- EIDE, Asbjorn et al. *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- EIDE, Asbjorn & ROSAS, Allan. "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge". In: A. EIDE et al., 1995.
- ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986.
- FARMER, Paul. *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- FRASER, Nancy. "Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia". In: UNESCO. *Informe Mundial sobre la Cultura, 2000-2001*.

HENKIN, Louis et al. *International Law: Cases and Materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PIOVESAN, Flavia & PIMENTEL, Silvia. *Contribuição a partir da perspectiva de gênero ao Relatório Alternativo sobre o Pídesc, Brasil*. São Paulo: Cladem, 2002.

ROBINSON, Mary. "Constructing an International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension". Zurique, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/00F71A933C5C3673F802567A100581224?opendocument>>. Acesso em 19 de abril de 2004.

ROSAS, Allan. "So-Called Rights of the Third Generation". In: A. EIDE et al., 1995. p. 243.

_____. "The Right to Development". In: A. EIDE et al., 1995. p. 254-5.

SACHS, Ignacy. "Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania". In: P. S. PINHEIRO & S. P. GUIMARÃES (org.). *Direitos Humanos no Século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998a.

_____. "O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos". *Estudos Avançados*, 12 (33), 1998b. p. 149.

SACHS, Jeffrey. "Release the Poorest Countries for Debt Bondage". *International Herald Tribune*, 12-13 jun. 1999, apud H. STEINER & P. ALSTON. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

- SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”; “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”. In:_____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1999.
- _____. “Foreword”. In: P. FARMER. *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- SIKKINK, Kathryn. “Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America”. In: *International Organizations*. Massachusetts: IO Foundation/ Massachusetts Institute of Technology, 1993.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. Nova York/Londres: WW Norton Company, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TRUBEK, David. “Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs”. In: T. MERON (ed.). *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Oxford, Clarendon Press, 1984. p. 207.
- UNDP (United Nations Development Programme). *Human Development Report 2002*. Nova York/Oxford: Oxford University Press, 2002.
- VASAK, Karel. *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*. International Institute of Human Rights, 1979.

OSCAR VILHENA VIEIRA

Coordenador da Sur – Rede Universitária dos Direitos Humanos e professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica e da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo.

A. SCOTT DUPREE

Diretor de programas da Conectas Direitos Humanos

RESENHA

Por que nossas sociedades ainda aceitam, e até mesmo perpetuam, violações aos direitos humanos? Na primeira parte deste artigo discutimos por que as pessoas, individualmente, respeitam ou deixam de respeitar os direitos das demais. Entre outros fatores, esse desrespeito emerge da persistente desigualdade que cria a exclusão moral e, conseqüentemente, promove a invisibilidade dos excluídos e a demonização dos que lutam por seus direitos.

A segunda parte do texto mostra o papel crucial da sociedade civil que, com seus variados interesses, proporciona um discurso plural, torna públicas as injustiças, protege o espaço privado, interage diretamente com os sistemas legais e políticos e promove a inovação social. Tendo em vista montar uma agenda que fortaleça a futura discussão dos direitos humanos, os autores sugerem três estratégias: aperfeiçoamento da capacidade de comunicação e educação; investimento em alternativas inovadoras como, por exemplo, a abordagem proativa, e a implantação de redes que proporcionem um diálogo ativo entre diversidades.

REFLEXÕES ACERCA DA SOCIEDADE CIVIL E DOS DIREITOS HUMANOS

Oscar Vilhena Vieira e A. Scott DuPree



PARTE 1

Direitos humanos: um desafio permanente

Na última metade do século passado, a linguagem dos direitos tornou-se lugar comum. Para horror de muitos, converteu-se em ferramenta política durante o período da guerra fria e invadiu a política externa como uma arma altamente seletiva para atacar inimigos. Sob uma perspectiva positiva, a guerra fria desempenhou um papel importantíssimo, ao favorecer que a linguagem dos direitos humanos fosse ouvida no mundo todo. Difícil imaginar que a ONU pudesse sozinha efetivar uma disseminação tão ampla.

Indiscutivelmente, a demanda por um sistema internacional justo está na ordem do dia. O protesto mundial pela paz, no dia 15 de fevereiro de 2003, reuniu milhões de pessoas em todos os continentes, não apenas para demonstrar a oposição à ofensiva no Iraque, mas também para apoiar a ONU. Uma das razões para esse senso de injustiça está no fato de termos falhado em dar um basta às violações dos direitos humanos básicos. Os direitos sociais, culturais, civis, econômicos e políticos se incorporaram aos sistemas legais nacionais e internacionais, mas, na realidade, são desfrutados por poucos.

Por que esse contínuo desrespeito aos direitos? E o que podemos fazer para mudar isso?

Quem deve respeitar os direitos humanos?

A primeira questão pode parecer óbvia, mas convém explorá-la: quem deve respeitar os direitos humanos? Em outras palavras, quem é responsável pela contínua falta de respeito?

Uma resposta simples a essa questão é que o Estado deve respeitar os direitos humanos. Ela está correta. Os piores abusos, omissões e transgressões são de responsabilidade do Estado, tomado aqui como a autoridade governante (polícia, judiciário, legislativo, serviços públicos e política externa) que nasce de alguma forma de pacto social. A presença e o poder da autoridade estatal são tão dominantes em todas as esferas de nossas vidas que os direitos humanos freqüentemente são concebidos como um conjunto de princípios, ou pactos, entre o Estado e os que são governados por ele. Argumenta-se aqui, no entanto, que os direitos humanos vão além da relação entre o Estado e o indivíduo por três razões: (1) eles exigem submissão individual voluntária a uma obrigação correlata de respeitar o direito dos outros e criam, portanto, obrigações intersubjetivas; (2) são afetados, tanto positiva quanto negativamente, por autoridades não-estatais; (3) o encolhimento dos mandatos dos Estados face ao processo de globalização, promove a redução do papel da autoridade pública. Em reconhecimento ao conjunto mais amplo dos agentes que devem respeitar os direitos, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona explicitamente “uma ordem social e internacional” que implica outros agentes, incluindo indivíduos, comunidades, outras autoridades não-estatais, corporações e a comunidade internacional como sujeitos de obrigações em relação aos direitos humanos.

Acima de tudo, o respeito aos direitos humanos é responsabilidade de indivíduos. Mesmo os maiores abusos contra os direitos humanos são cometidos freqüentemente, ainda que nem sempre, por falha de um indivíduo. A atuação dos indivíduos é ampliada mediante o acesso à autoridade estatal, corporativa ou informal. Separar os indivíduos dos contextos nos quais são gerados, nutridos e prosperam é insensato. Mas, claramente, eles precisam ter respeito aos direitos.

A ilusão de que o Estado é a única parte responsável pelos direitos humanos deveria ser desfeita de vez. A autoridade

está em qualquer poder que um indivíduo ou um grupo detenha sobre outro, e não unicamente no poder do Estado. Os grupos sociais detêm essa autoridade sobre seus membros. O Estado pode restringir ou desencorajar seus abusos, mas não isentá-los do poder que exercem. Nossa hipótese deve explicar também por que essas forças sociais, que agrupadas formal ou informalmente compõem um nível de “autoridade”, não respeitam os direitos humanos.

O setor privado assume de fato o controle de muitas áreas críticas dos direitos humanos e assim, ao colocar o foco apenas na autoridade do Estado, não explica por que os direitos das pessoas não são respeitados. Os enormes esforços para a criação de um conceito de responsabilidade social do setor corporativo, nas últimas décadas, deveriam servir para ilustrar a necessidade de uma discussão dos direitos humanos que inclua e transcenda a dualidade Estado-cidadão. O Global Compact, promovido pela ONU, é um exemplo de tal discussão.

Voltando a nossa questão, buscamos uma razão para nós (lembrando aqui que “nós” inclui indivíduos, Estado, setor privado e grupos sociais) escolhermos respeitar ou não os direitos humanos. Começaremos por examinar as razões pelas quais as pessoas respeitam os direitos humanos.

Por que as pessoas respeitam os direitos humanos?

Este texto discute três razões para que as pessoas respeitem os direitos humanos: cognitivas, instrumentais e morais.

Razão cognitiva. Precisamos saber o que são direitos. A informação, um elemento essencial para se fazer escolhas, nos chega por diversas fontes culturais, educacionais e pela mídia. As que se referem aos direitos humanos devem vincular os indivíduos aos princípios universalizados que integram os direitos humanos, ou dizer claramente onde eles não se encontram, dentro de valores desenvolvidos em cada contexto.

Não se trata de um ponto trivial. Em muitas sociedades e línguas, palavras e termos do vocabulário dos direitos às vezes inexistem, ou estão sendo inventados. O conceito de que as pessoas são dotadas de direitos é freqüentemente contrariado no dia-a-dia, pela existência de privilégios, a título religioso ou hierárquico, conforme os sistemas

culturais vigentes. Isso é comprovado não só por práticas como a mutilação de órgãos genitais femininos ou os sistemas de castas, mas também pelo direito, reconhecido em várias sociedades, de portar armas, punir com pena de morte ou usar crianças como soldados.

Na medida em que os direitos humanos não são respeitados por falta de maior entendimento, é crucial investir na educação. Todavia, a cognição não é só resultado da educação formal. O diálogo e a ativa participação na evolução da linguagem dos direitos são essenciais para uma lógica cognitiva sustentável. Nesse sentido, a educação cria uma linguagem comum. Ela não força as pessoas a seguir as regras dos direitos humanos, mas capacita-as a fazer melhores escolhas com base em informações. A razão cognitiva, portanto, é uma força necessária, mas não é motriz para a lógica dos direitos humanos. Basta dizer que algumas das maiores violações aos direitos humanos na história moderna foram perpetradas por sociedades com alto grau de instrução.

Razões instrumentais: as pessoas respeitam os direitos para obter benefícios ou escapar de punições. Levando-se em conta uma visão instrumental estreita, o respeito aos direitos é reforçado quando o desrespeito a eles é claramente prejudicial à própria imagem, ao bem-estar psíquico ou à integridade física, sendo vantajoso respeitá-los. Para ter valor instrumental, o respeito aos direitos deve trazer um benefício. Por esse raciocínio instrumental, chamado utilitarismo na tradição de Bentham, os indivíduos procuram maximizar suas vantagens sociais e econômicas. Três razões instrumentais são aqui postas em discussão: (1) coerção do Estado; (2) pressão social; (3) reciprocidade.

1. Na medida em que as pessoas temem punições ou esperam recompensas por parte do Estado, elas respeitam as normas legais que incorporem os direitos humanos. Este é um argumento que poderia ser chamado hobbesiano. A coerção do Estado pode ser um instrumento efetivo dos direitos humanos, em certas circunstâncias, e é também uma condição necessária, pois sempre é possível a existência de algum nível de comportamento anti-social que não pode ser controlado. Entretanto, as pessoas também respeitam direitos na ausência de coerção. Seria insustentável para qualquer sociedade arcar

com os custos do nível de coerção estatal necessário para assegurar o cumprimento de todos os direitos legais. Vamos imaginar, por exemplo, que a ameaça de uma multa, ou coisa pior, fosse a única razão pela qual as pessoas não ultrapassam sinais vermelhos. Razão muito mais forte é o instinto de evitar um acidente, associado à compreensão de que infringir a regra pode causar um.

O espectro da punição ou da recompensa que os Estados podem usar como instrumento vem sendo minimizado, principalmente nas últimas décadas. Os Estados mantêm um monopólio sobre a violência (guerras) e a punição (sistemas legais), mas sua atuação tem se reduzido visivelmente na área dos serviços sociais – mais especificamente, emprego, educação, saúde, previdência social e outras áreas vinculadas aos sub-respeitados direitos sociais e econômicos.

Além do mais, não podemos nos esquecer, como parte da solução, que os Estados têm sido os piores violadores dos direitos humanos. Devemos, fortalecer tanto a coerção restritiva quanto a positiva do Estado, tendo em vista sua responsabilidade e os limites razoáveis de sua autoridade.

2. As razões instrumentais vão além das estruturas legais. As pessoas fazem parte de grupos e de comunidades que modelam e determinam suas ações. Uma segunda razão instrumental para se respeitar os direitos humanos está na expectativa de retaliação ou recompensa por parte da comunidade à qual se pertence. Por motivos óbvios, a pressão social é uma razão complexa e indireta para os direitos humanos. Os indivíduos não pertencem a um único grupo. Eles são influenciados por vários grupos e pouquíssimos deles são alheios aos direitos. Mas a aproximação e a participação dos indivíduos em grupos sugerem que a pressão social tem considerável influência.

3. Concedemos aos outros os direitos que desejamos que eles nos concedam. Teoricamente, reciprocidade se relaciona com diferença. Ela nos dá uma razão para esperar que pessoas diferentes necessariamente devam ser tratadas como desejamos ser tratados. Portanto, ouvimos porque queremos ser ouvidos, e respeitamos a propriedade alheia porque queremos assegurar nossa propriedade. A reciprocidade não expressa qualidade transcendental alguma, de bem ou mal. Ela não implica que assassinato, tortura, fome, analfabetismo e doenças evitáveis

sejam maus em si mesmos. Reciprocidade significa que não posso aceitar certas coisas para os outros, a menos que as aceite para mim mesmo. Não afirma, tampouco nega, a existência de uma estrutura moral mais profunda. Além disso, há pouco a dizer acerca das situações de desigualdade. A reciprocidade como razão para se respeitar os direitos humanos é variável. Partindo de uma estrutura de vantagem mútua, os indivíduos têm um incentivo para trapacear, julgando que “o que me interessa é que todos cooperem, e eu não”. Em outras palavras: que todos aceitem as regras que são mutuamente vantajosas, quando há adesão, mas eu, de minha parte, posso quebrá-las quando for vantajoso para mim.¹

1. Para maiores detalhes a respeito de reciprocidade, ver Brian Barry, *Justice as Impartiality*. Oxford, 1999, p. 51.

Razões morais: as pessoas respeitam os direitos porque acreditam que os seres humanos são dotados de igual valor moral. Os direitos não fazem sentido, a menos que aceitemos uma dimensão humana moral fundamental, e que cada ser humano mereça ser tratado como um fim, e não um meio. É o argumento kantiano de respeito aos direitos. É fácil entender a moralidade, mas ela resiste ao reducionismo. Uma razão moral para respeitar os direitos pode ser elaborada de uma perspectiva mais procedente; temos de respeitar os direitos de outras pessoas porque, pelo consenso democrático, admitimos que os seres humanos os possuem, não importando o status, a condição social, a raça ou quaisquer outras diferenças existentes.

O essencial é que os direitos humanos devem ter uma autoridade moral com um mínimo de princípios operacionais, e não como uma visão utópica. Aquilo que testemunhamos na década passada em Ruanda, Kosovo, Colômbia e Mianmar, apenas para citar alguns poucos exemplos, demonstra que ainda estamos longe de realizar essas proteções. Sem elas, milhões de pessoas continuarão vítimas do poder e da ambição desenfreados.

Em resumo, propomos elementos centrais para explicar que o respeito aos direitos inclui: saber o que são e refletir sobre eles; simetria e consonância com a lógica instrumental; e crença na igualdade, enquanto dimensão moral de todas as pessoas. Na prática, essas três condições implicam que as normas dos direitos em si sejam dinâmicas e surjam dos processos sociais. Jürgen Habermas, ao desenvolver seu

discurso ético, teoriza como tal processo se apresenta: “Para uma norma ser válida, as conseqüências e os efeitos colaterais que podem ser esperados de seu cumprimento em geral, para satisfazer aos interesses particulares de cada pessoa envolvida, devem ser tais que todos os afetados possam aceitá-los livremente”.² A validação de normas a partir de diversas perspectivas proporciona a autoridade cognitiva, instrumental e moral de um respeito aos direitos implantado profundamente no seio da sociedade. Assim, vemos o discurso social contínuo como o processo que cria as condições lógicas para o respeito aos direitos humanos.

2. Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, p. 120. Massachusetts Institute of Technology, 1990.

Por que as pessoas não respeitam os direitos dos outros?

Hoje, um dos temas mais prementes para quem promove os direitos humanos é a desigualdade social e econômica. A desigualdade atualmente é avassaladora e crescente. A título de ilustração, consideremos a desigualdade econômica medida pelo acesso a recursos financeiros (como poderíamos também discutir as persistentes desigualdades provenientes de preferências religiosas, sociais, de classe, de raça ou sexuais). Cerca de uma em cada cinco pessoas no mundo vive com menos de um dólar por dia. Em países como o Brasil, a parcela mais rica da população, equivalente a 1%, controla o mesmo volume de recursos que os 50% mais pobres. Como aponta o Relatório do Desenvolvimento Humano, das Nações Unidas, a falta de recursos significa também carência de educação adequada, condições de saúde, moradia, água e infra-estrutura sanitária. A ausência dessas condições básicas para a maioria cria uma situação de disparidade e inferioridade entre os que têm e os que não têm acesso a elas. Tais circunstâncias ocorrem tanto nas nações mais afluentes quanto nas menos.

A desigualdade social e a econômica acionam a exclusão moral. Elas reduzem a percepção da igualdade entre os seres humanos, destruindo as condições de respeito aos direitos humanos. Em 2002, na campanha presidencial no Brasil, um dos principais candidatos declarou que “iria defender os direitos humanos, mas também defenderia os seres humanos ‘direitos’ (que obedecem às leis)”.³ Isso significa que as pessoas podem ser menos do que humanas, se não se ajustarem à categoria de pessoa válida. É fácil demais assegurar nosso próprio bem quando se focaliza um inimigo fácil. Sob tais

3. “[...] defender os direitos humanos, mas também os seres humanos ‘direitos’”, José Serra, em reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, 17 set. 2002.

circunstâncias, os direitos podem freqüentemente parecer uma farsa, uma questão de poder daqueles que estão entre os poucos felizardos que negociam os termos para os excluídos. A exclusão moral se manifesta em duas características distintas:

Invisibilidade dos excluídos. O verdadeiro estado de sofrimento e dor desses indivíduos não é partilhado pelos incluídos. Embora existam enquanto força coletiva (economicamente, utilizados na produção; e politicamente, como sujeitos a serem governados), eles têm pouca voz e poucos meios diretos para mobilizar ou constranger aqueles que se encontram no topo. Sua submissão opaca e silenciosa às mais altas realidades hierárquicas torna-os invisíveis. Essa invisibilidade é reforçada por um aspecto cultural algumas vezes aceito, e até aprofundado, com a conivência de membros desses grupos invisíveis. As percepções negativas de capacidade e desigualdade se tornam o *statu quo*, se arraigando em todos os níveis de ação e criando uma impermeabilidade às mudanças.

Demonização dos que estão sendo marginalizados e podem desafiar o *statu quo*. A força e a quantidade das populações excluídas – quer busquem igualdade religiosa ou de raça, tentem obter bens, como terra, emprego e serviços de saúde; ou quer se comportem de maneira anti-social – são uma ameaça direta aos elementos da sociedade mais prósperos e mais bem-colocados, e aos interesses destes em manter ou expandir seus privilégios. Desse modo, a luta dos excluídos emerge como um problema a ser eliminado. A violência é freqüentemente o instrumento utilizado para tratar os que contestam a injustiça.

Políticas, práticas sociais e até mesmo leis que negam a igualdade de valor para os que pertencem a grupos vulneráveis são ainda lugares-comuns. Para se tornarem viáveis, são sempre justificadas em termos de prioridade social ou como imperativos econômicos. O medo engendrado nos Estados Unidos, por exemplo, depois do ataque ao World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, permitiu que o governo norte-americano ignorasse os direitos dos soldados afegãos capturados na guerra subsequente em retaliação àquele país, e que empreendessem

uma campanha global contra os inimigos demonizados, ignorando a possibilidade de justificar tais ações pela legislação internacional. No mundo em desenvolvimento, os direitos mínimos individuais estão sendo desrespeitados em nome de princípios econômicos ortodoxos. Em certa dimensão, o temor pela segurança nacional e internacional prevalece sobre os direitos humanos. Todavia, uma base social forte, na qual os direitos humanos estejam compreendidos, com sistemas de punição e recompensa e com uma linguagem moral compartilhada, estabelecerá os limites mínimos para que eles sejam respeitados.

As conseqüências desse processo de desvalorização da humanidade são muito negativas para o respeito aos direitos humanos e respondem, pelo menos parcialmente, à questão das causas do desrespeito aos direitos humanos no mundo atual. Os que estão na parte mais baixa da pirâmide social, cujos direitos deveriam ser protegidos, são tratados como objeto, ou como inimigos. Ao mesmo tempo, a impunidade e o privilégio dos que estão no topo são reforçados. O problema é a necessidade de desenvolver uma lógica dos direitos humanos – que podemos chamar de cosmopolitismo ético – que convença os indivíduos, os grupos e as sociedades a tratar cada indivíduo como um sujeito de igual valor intrínseco. Este seria um cosmopolitismo no qual os direitos humanos estariam tanto integrados nos currículos (razão cognitiva), como promovidos por sistemas de coerção e recompensa (razão instrumental), e tornados óbvios graças a uma norma compartilhada sobre a dignidade da humanidade (razão moral).

A partir da citação de Habermas acima, enfatizamos que a concepção de direitos humanos tem uma dinâmica tanto moral quanto política, compreendida por meio do discurso social. Esse discurso ético necessita de um diálogo atualizado e de estruturas que permitam mudanças contínuas, de modo que uma norma seja vista sob todas as perspectivas. Isso requer simetria, imparcialidade e abertura que devem ser conduzidas por uma associação voluntária que maximize a escolha e a plena participação do indivíduo. Voltamos para a sociedade civil como o ambiente em que naturalmente cada uma das diversas perspectivas e o diálogo acerca das normas é um processo contínuo. A lógica da sociedade civil é a ação de indivíduos e de grupos para expressar e realizar

os diversos e válidos desejos e necessidades da sociedade. A próxima seção deste texto refletirá o papel da sociedade civil na construção do cosmopolitismo ético global para a realização dos direitos humanos.

PARTE 2

Sociedade civil e direitos humanos

O que entendemos por sociedade civil e o que nos leva a pensar que uma sociedade civil forte é importante para o respeito aos direitos humanos? A expressão “sociedade civil” tem sido apropriada por tradições intelectuais e políticas diferentes, e algumas vezes antagônicas.

De uma perspectiva normativa, definimos sociedade civil como a esfera da vida que não foi colonizada pelo **etos instrumental** do Estado e do mercado. Na tradição maquiavélica, a luta pelo poder entre os Estados e no interior deles se baseia em uma ação estratégica, na qual a legitimidade dos meios é medida pelos resultados. Esse etos instrumental colide com a moralidade dos direitos, para a qual as pessoas são um fim em si mesmas e a moralidade não pode ser usada para conquistar outros objetivos. No mercado, esse etos instrumental também prevalece, uma vez que a lógica da economia é a maximização dos benefícios (econômicos), mediante o uso de recursos mínimos, dos quais as pessoas (os trabalhadores) são um meio para a produção de lucros. Em um mundo dominado pelo mercado e por Estados, o contínuo debate social, político e econômico que tem lugar na sociedade civil é essencial para a criação e o fortalecimento das condições necessárias para o respeito aos direitos humanos. Isso não diminui a importância estratégica de desenvolver um bom governo democrático e nele incorporar a responsabilidade social. No entanto, modelos de direitos humanos mais responsáveis somente serão catalisados por uma sociedade civil saudável.

A definição de sociedade civil proposta por Jan Aart Scholte é um ponto de partida útil: “A sociedade civil é o espaço político no qual associações voluntárias buscam explicitamente formular as regras (em termos de políticas específicas, normas mais abrangentes e estruturas sociais

mais profundas) para governar um ou outro aspecto da vida social".⁴

As organizações e associações da sociedade civil assumem diferentes formas, mas têm em comum a característica de ampliar as vozes dos interesses particulares e advogar naturalmente em favor dos grupos excluídos e invisíveis. Jean Cohen e Andrew Arato apontam quatro características da sociedade civil que tomamos como estrutura para entender a amplitude do impacto potencial que a discussão dos direitos humanos causa na sociedade civil: publicidade (instituições de cultura e comunicação); pluralidade (diferenciação de interesses e formas); privacidade (um ambiente que sustente o desenvolvimento e a expressão do indivíduo); e legalidade (a estrutura de leis e direitos básicos que propiciem a publicidade, a pluralidade e a privacidade).⁵

As associações que lutam em defesa dos direitos humanos freqüentemente surgiram em resposta ao abuso governamental, a restrições genéricas ou específicas aos direitos humanos ou em outras circunstâncias adversas. O movimento inclui uma gama de organizações que formulam um discurso libertador e de justiça social em termos de direitos. Essas associações tomaram uma decisão estratégica de promover o discurso dos direitos humanos em oposição a outras formas de ação política. Elas se dividem, refletindo o desenvolvimento desses conceitos nos acordos das Nações Unidas, em: direitos civis e políticos (participação no governo, proteção e segurança individual, associação e expressão, acesso à justiça); direitos sociais e econômicos (renda, emprego, educação e formação, serviços de saúde, acesso à informação); e direitos culturais.

Como a sociedade civil é um ator essencial para os direitos humanos?

O avanço na questão dos direitos humanos requer o estabelecimento de condições que conduzam ao respeito por eles. Essas condições criam normas tendo em conta os aspectos cognitivo, instrumental e moral surgidos do diálogo progressivo, juntando diversas perspectivas e recriando constantemente tais normas como princípios dinâmicos e universais. Se o que se busca é justiça, é impossível escapar

4. Jan Aart Scholte, *Civil Society and Democracy in Global Governance*. CSGR Working Paper n. 65/01, Centre for the Study of Globalization and Regionalization, Universidade de Warwick, jan. 2001.

5. Jean L. Cohen & Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*, p. 347. Massachusetts Institute of Technology, 1994.

desse processo, porque o diálogo em si é um componente da justiça. A efetivação dos direitos é um processo, que não se dá unicamente pela incorporação de direitos em estruturas legais nacionais e internacionais. A sociedade civil cria e recria as condições para validar e concretizar os direitos humanos. Enfatizamos cinco aspectos dessa ação: (1) oferecer uma esfera de ação para todos os grupos sociais; (2) tornar pública a injustiça; (3) proteger o espaço privado da incursão do Estado e do mercado; (4) intervir e interagir diretamente nos sistemas legais e políticos; (5) promover a inovação social.

Um discurso de pluralidade. O discurso dos direitos humanos deve ser prático, responsável e acessível a uma pluralidade de perspectivas. Ele deve engajar os grupos desprezados e invisíveis como proponentes das mudanças que considerem necessárias à justiça. Obviamente, a sociedade civil é a origem dos conflitos entre os clamores por justiça, e um aspecto do diálogo é a negociação entre vários direitos e a distribuição dos recursos para serem investidos em soluções. Por exemplo, para certo indivíduo a segurança pessoal e um bom tratamento por parte da lei podem corresponder à idéia de justiça. A perspectiva será outra para uma pessoa que viva em estado de insegurança, ou seja diretamente afetada por uma ação legal. A discussão dos direitos humanos não é um mecanismo para a resolução dessas questões; é um espaço no qual elas podem ser resolvidas através da interação e do diálogo entre todos os envolvidos no problema.

Injustiça pública. Grupos da sociedade civil são bons cães de caça para injustiças, pois dão voz a perspectivas e pontos vantajosos que, de outro modo, não seriam ouvidos. Para que isso se torne realidade, a associação e o diálogo devem estar abertos e com um mínimo de intervenção. Assim, a sociedade civil contribui para a efetivação dos direitos humanos, ao levar a injustiça à esfera pública. Podem surgir problemas quando grupos mais influentes e poderosos abafam as vozes dos menos poderosos, na própria sociedade civil. Isso é em parte protegido pelo princípio associativo – indivíduos se associam em vários níveis e com vários interesses, baseados em suas próprias necessidades de expressão social e particular – e também pelo fato de a força da sociedade civil advir diretamente da coexistência de diversas perspectivas. Desse

modo, diversos grupos atuam nos direitos humanos ao divulgar e trazer à luz a injustiça, ao defender mudanças ou exercer pressão para que ocorram. Os grupos podem exercer pressão produzindo e fornecendo informações, educando o público e outros grupos, propondo políticas públicas e dando encaminhamento a ações legais.

Proteção ao espaço privado. A sociedade civil define um espaço para a expressão e o desenvolvimento do indivíduo, que se distingue da lógica do cidadão e do consumidor a respeito do Estado ou do mercado. A individualidade é expressa mediante a associação ou a não-participação – sendo, portanto, amplamente eletiva. Em termos de direitos, essa visão do indivíduo é crucial, porque considera cada pessoa como um fim em si mesma. Os grupos de direitos humanos protegem esse espaço, ao buscar condições necessárias e positivas que propiciem a expressão individual e reforcem os limites da ação do Estado e do mercado.

Participação direta nos sistemas legais e políticos. Em cada país e no nível internacional, têm sido promulgadas, até certo ponto, leis e políticas públicas que conduzem à realização dos direitos humanos. As leis e normas incorporadas a esses sistemas só se tornam efetivas na medida em que são usadas, refinadas e aprovadas – e assim validadas pela sociedade civil. Grupos de direitos humanos têm participado diretamente desse processo, ao levar casos legais aos tribunais, fornecer informações e dados essenciais para o refinamento das políticas públicas e propor novos mecanismos – ou a erradicação dos que são ineficazes – para a criação de um sistema de apoio aos direitos humanos. Essa intervenção deve ser estratégica, com foco na mudança paradigmática e na pressão sobre a política governamental, para que se torne mais consistente com o discurso progressivo dos direitos humanos.

Conduzir a inovação social. A inovação social é uma abordagem proativa dos direitos humanos, que precisa ocorrer em níveis exequíveis, em que o diálogo, o *feedback* e os resultados estejam em aberto e sejam explicáveis sob diversas perspectivas. A inovação ocorre por meio da criação de modelos em menor escala que mostrem a possibilidade de

soluções para questões de intransigência da justiça em escala, mais ampla. A inovação social na sociedade civil emerge como uma resposta direta a injustiças localizadas. Os inovadores estão profundamente conscientes e envolvidos com aqueles que foram afetados pela injustiça e, trabalhando com eles, experimentam e criam maneiras de encontrar soluções. Foi o que ocorreu, por exemplo, na África do Sul, onde o Social Change Assistance Trust criou e manteve estruturas de assistência jurídica à comunidade durante o período do *apartheid*, demonstrando que é possível, com uma infraestrutura mínima e de baixo custo, tornar a justiça acessível em áreas rurais.⁶ Atualmente, vários grupos sociais buscam, no Brasil, maneiras mais efetivas de usar os tribunais e a Constituição para reparar casos de antigas injustiças. O Instituto Pro Bono (São Paulo, Brasil),⁷ que fornece advogados voluntários altamente qualificados para grupos sociais, é um exemplo desse tipo de ação.

Em suma, a sociedade civil é um ator central na criação de condições para a efetivação dos direitos humanos. Ela promove o discurso dos direitos humanos que legitima as normas dos direitos, particularmente por incluir os grupos desprezados e invisíveis. As formas desse discurso também variam e conduzem a diferentes estratégias e meios que permitem efetivar a lógica dos direitos humanos na sociedade. A rápida discussão do papel da sociedade civil nos remete a uma questão óbvia. Se a sociedade civil é um agente poderoso e importante para a implementação dos direitos humanos, o que a impede de efetivá-los?

O que impede a sociedade civil de exercer maior impacto sobre os direitos humanos?

Flexibilidade, diversidade e voluntariado, algumas das forças da sociedade civil, são também sua fraqueza. Ela não está protegida contra o Estado e o mercado, tampouco tem poder sobre eles; é muito dividida e carece de financiamentos e outros recursos. Várias dessas características se refletem nos desafios do atual movimento de direitos humanos. Este texto discutirá três delas: a fragmentação (tanto a temática quanto a geográfica); a neutralização do discurso; e a dependência de recursos.

6. Para informações acerca do modelo SCAT, ver o *Sourcebook on Foundation Building*, do Synergos Institute, 2000, ou acesse o site <<http://www.scat.org.za>>. Acesso em 22 abr. 2004.

7. Sobre o Instituto Pro Bono, ver <<http://www.institutoprobono.org.br>>. Acesso em 14 maio 2004.

Fragmentação

A fragmentação do movimento criou uma competição por espaço, voz e recursos que rompe a solidariedade em torno dos direitos humanos. De modo a se tornarem mais efetivas, as organizações de direitos humanos devem buscar meios para unir as ações e os discursos dos diversos atores.

Os grupos de direitos humanos se dedicam a uma variedade de temas e questões, incluindo tortura, abuso policial, aids, moradia, direitos sociais e econômicos, discriminação e até mesmo temas como proteção e desenvolvimento ambiental. A fragmentação temática apresenta aspectos positivos e negativos. Um aspecto **positivo** é que a diversidade de ação e envolvimento reflete a diversidade de interesses no discurso social, conduzindo a um sistema significativo de direitos humanos. Os trabalhos abrangem muitas áreas importantes para os excluídos, dando voz aos grupos invisíveis e trazendo à luz aqueles que estão esquecidos ou são ignorados. E há vários aspectos **negativos**: (1) a diversidade de interesses pode criar uma competição pela atenção e pelos recursos públicos necessários para encaminhar determinados direitos, minimizando o sentido de uma causa compartilhada; (2) associada ao primeiro aspecto está a canalização da energia social em diferentes direções, empobrecendo o discurso social.

Outra divisão a ser tratada é a Norte/Sul. Relaciona-se menos com a geografia do que com um conceito “periférico” de acesso a recursos pela maioria da população mundial. Alguns dos acordos internacionais, tal como os que se referem aos direitos humanos, contaram com pequena participação das populações menos afluentes no passado. É preciso observar que as conferências das Nações Unidas no Rio de Janeiro, 1992; em Viena, 1993; em Beijing, 1995; e em Durban, 2003, contaram com um acréscimo muito bem-vindo da participação dos países do Sul. Os atores do Sul precisam se tornar proponentes mais fortes nos movimentos internacionais dos direitos humanos. Reconhecendo que as organizações mais fortes naturalmente se desenvolvem à sombra das agências governamentais internacionais e com recursos e poder dos países do Norte, precisamos trazer a questão dos direitos humanos para cá. O Sul deve participar em maior escala

no nível internacional da ação dos direitos humanos, pois tem grande necessidade de proteção e de acesso aos direitos humanos – suas populações são as menos atendidas pela infra-estrutura legal de direitos já existente.

Um aspecto da divisão entre Norte e Sul é a necessidade de reforçar a credibilidade dos direitos humanos locais deste último em seus próprios governos e sociedades. Frequentemente, eles trabalham à sombra das organizações do Norte, ou como subsidiários delas, vinculando-se à proteção de organizações baseadas em Washington, Nova York, Londres, Paris e Genebra. Trata-se, sem dúvida, de uma estratégia de sobrevivência em países que reprimem ativamente os direitos humanos e quem advoga a seu favor. Mas não é uma boa estratégia, na medida em que são conquistadas proteções mínimas, porque os direitos humanos precisam ser públicos e visíveis. As organizações de direitos humanos no Sul precisam aperfeiçoar seu alcance e sua credibilidade em seus próprios contextos e na arena internacional.

Neutralização do discurso

Os direitos humanos estiveram no auge da evidência durante as lutas contra os regimes autoritários na América Latina, na Europa, na África e na Ásia. No Norte, os direitos humanos constituem um importante subtexto neste exato momento. As organizações de direitos humanos precisam compreender isso e agir no espaço político.

Quando as crises terminam, as organizações de direitos humanos frequentemente passam para segundo plano. Alguns dos líderes mais qualificados entram para o governo; outros, tendo cumprido a tarefa a que se propuseram, abandonam a esfera social. Mas com o restabelecimento das estruturas democráticas e com a regulamentação das leis, os movimentos de direitos humanos encaram seu mais árduo desafio: transformar os direitos em realidade. Findo um período de repressão, confundimos a luta pelos direitos com uma revolução que pode ser vencida com uma carta constitucional, eleições diretas e liberdade de imprensa. É então que se tornam mais necessárias políticas específicas, normas mais amplas e estruturas sociais mais profundas para se efetivar os direitos humanos. Tudo isso deve ser

experimentado e se desenvolver nas comunidades em que vivemos, em parceria com o governo e o setor privado.

Por isso, é um equívoco as organizações de direitos humanos buscarem a neutralidade política (na medida em que isso é possível), para tornar seu discurso mais aceitável e confiável para o público e o Estado. Se a neutralidade política do discurso evita conflitos, afasta também o debate crítico.

Sem dúvida, as organizações de direitos humanos devem evitar lutas partidárias, mas também precisam saber entendê-las. Afastar-se da esfera política tira a legitimidade dos esforços daqueles que buscam mudanças mediante meios políticos. Desse modo, os movimentos por justiça social, em Chiapas, no México; o movimento dos sem-terra, no Brasil; os movimentos relacionados à aids, na África do Sul, entre outras “rebeliões” sociais, são vistos com cautela por algumas organizações de direitos humanos. Os direitos humanos devem ser relevantes para as reais demandas dos desprivilegiados. A realização dos direitos brota de processos profundos, graduais e progressivos de negociação social. A profissionalização dos direitos humanos – qualificação, capacitação e apoio institucional – é uma atividade importante, mas deveria ser complementada pela tendência geral dos direitos humanos na esfera política e por maiores vínculos com os movimentos de justiça social.

Dependência de recursos e ação orientada para o financiamento

A necessidade de financiamentos e de outros recursos cresce à medida que as organizações passam a atuar em novas áreas, que sua força de trabalho se transfere de ativistas voluntários para advogados profissionais altamente treinados, e que os desafios requerem abordagens de longo prazo. Não obstante, apenas um punhado de fundações e outros patrocinadores investem em direitos humanos e, entre estes, bem poucos se dispõem a investir em organizações mais heterodoxas, menores e transitórias.

Os recursos estão sendo obtidos de governos e associações governamentais (dos Estados Unidos e Europa e, em certa medida, de outros grupos regionais e de alguns governos do eixo sul), fundações criadas pelo setor privado, fundações

8. Ver *Supporting Human Rights and Democracy: the US Record 2002-2003* no site <<http://www.state.gov/g/drl/rls/shrd/2002/>>. Acesso em 14 abr. 2004.

familiares e indivíduos. A fonte dos financiamentos tem um significativo impacto na conceituação das prioridades e na definição dos direitos humanos em si mesmos. Por exemplo, os financiamentos do governo dos Estados Unidos tradicionalmente têm enfatizado os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos e sociais, refletindo a visão desse país em relação aos direitos humanos.⁸

A competição por esses escassos recursos cria um ciclo perverso, no qual as organizações de direitos humanos adaptam suas iniciativas e sua linguagem às prioridades do financiamento. Os recursos são canalizados para as organizações confiáveis do ponto de vista do objetivo dos controladores dos fundos. Mas o problema não é tanto o das prioridades das organizações capitalistas, mas principalmente do alinhamento em relação a elas. As organizações de direitos humanos ficam tentadas a mimetizar o discurso hegemônico, para sua própria credibilidade e sobrevivência. Um modo de reverter esse quadro pode ser os financiadores adotarem estratégias para desencadear o diálogo aberto e a ligação entre movimentos de direitos humanos de vários tamanhos, idades e localizações geográficas e ajudarem a desenvolver financiamentos mais consistentes.

Além do mais, os movimentos de direitos humanos devem expandir todo o espectro de seus recursos: novas idéias, habilidades, conhecimento, tempo, espaço e comprometimento. Os recursos estratégicos financeiros podem alavancar essas contribuições, mas não substituí-las.

Como fortalecer a ação dos movimentos de direitos humanos?

No futuro, o movimento de direitos humanos deveria, estrategicamente, se focalizar no fortalecimento e no aprofundamento da validação de normas que levem à criação de uma lógica de respeito aos direitos humanos. Sua atuação, como discutimos acima, deve promover esse processo pela participação em uma pluralidade de perspectivas – divulgação de injustiças, proteção ao espaço privado e promoção da inovação social. A fragmentação, a neutralização do discurso e a dependência de recursos são obstáculos que dificultam o avanço de cada uma dessas áreas. Mas acreditamos que há

várias estratégias importantes que propiciarão mais impacto e melhores resultados, como nas reflexões a seguir.

Melhorar nossa capacidade de comunicação e educação

Atualmente, tanto os sistemas de comunicação quanto os de educação não se focalizam na promoção de um discurso social ou na difusão de informações sobre direitos humanos. As organizações de direitos humanos precisam melhorar sua capacidade de fazer uso desses sistemas, pois eles existem para ampliar o alcance do diálogo social.

Isso significa dar continuidade e aperfeiçoar as iniciativas educacionais que não apenas apresentem às pessoas a linguagem dos direitos humanos, mas também abram caminho para diálogos proativos com os governos, o setor privado e outros movimentos sociais. Abrem-se novas modalidades de mídias acessíveis – manuais, guias, currículos escolares, música e arte –, nas quais o movimento pelos direitos humanos precisa se tornar fluente. A simples exposição dos direitos humanos, de seus benefícios potenciais e do valor da humanidade constitui uma mensagem essencial que precisa penetrar na variada gama de experiências educacionais destinadas a atingir maior audiência.

Além da divulgação dos princípios e da linguagem sob formas acessíveis, é necessário frisar que os direitos humanos não constituem um corpo de conhecimentos fechado. Precisamos divulgá-los, utilizando os sistemas de educação e de comunicação existentes, meios pelos quais são obtidos mecanismos de progressivo *feedback* e de diálogo permanente.

Investir em modelos socialmente inovadores

As organizações de direitos humanos estão cada vez mais experientes na divulgação de injustiças, tal como devem fazer. Contudo, a história negativa dos direitos humanos deve ser contrabalançada com a existência de alternativas viáveis. Acreditamos que isso requer uma abordagem proativa. No que diz respeito aos direitos civis e políticos, por exemplo, devem ser criados modelos para mostrar como pode ser melhorado o acesso aos sistemas judiciários, como os

criminosos podem ser tratados de forma mais humana, como um maior número de cidadãos pode participar do governo e como corrigir práticas discriminatórias. Na área dos direitos econômicos e sociais, além da contínua pressão para que o governo e o mercado atuem na direção de sua realização, também precisamos de modelos para mostrar como esse objetivo pode ser atingido. A inovação na abordagem dos direitos humanos em menor escala demonstrará que são possíveis melhores sistemas, em escala mais ampla, proporcionando às organizações de direitos humanos uma posição mais sólida.

Construir redes de direitos humanos que interrompam a fragmentação e fortaleçam o uso dos recursos

Por meio da identificação com determinadas redes e da participação nelas, as organizações de direitos humanos trocam informações, aprendem com a experiência das outras, estimulam a solidariedade internacional e criam um ambiente de diálogo que favorece o protagonismo equilibrado no debate universal dos direitos humanos. Por definição, as redes são horizontais. Elas facilitam o discurso, sem monopolizá-lo, permitem que as organizações individuais aprimorem a utilização efetiva dos recursos e oferecem oportunidades a grupos menos visíveis. Existem hoje inúmeras redes, desde aquelas formalmente constituídas até aquelas ligadas por laços tão tênues que se torna difícil dar-lhes um nome. O que consideramos trabalho em rede corresponde a tomar a realidade do processo social como elemento crucial para a efetivação dos direitos humanos. Esse engajamento deve ocorrer ao longo dos níveis da sociedade, com indivíduos, grupos comunitários, universidades, órgãos governamentais e corporações; implica também um ativo e constante diálogo com interesses variados e não somente com os que estiverem de acordo conosco.

Uma reflexão, a título de conclusão

Este texto pretendeu explorar os motivos pelos quais as pessoas não respeitam os direitos e propor algumas idéias práticas para mudar essa situação. Para isso sugerimos que é preciso desenvolver a lógica do sistema de direitos e que um caminho

promissor para isso está em compreender o respeito aos direitos humanos como algo que emerge de um processo que deve ser continuamente concretizado por meio do discurso social. Isso tem implicações no movimento dos direitos humanos hoje. Ao mesmo tempo que ele conquista alguns êxitos, particularmente nas áreas do direito e da educação, poderia ser bem mais efetivo em convocar perspectivas e grupos sub-representados e criar espaço para o fortalecimento das normas de direitos humanos.

Tais argumentos não pretendem oferecer uma resposta única e simples. Todavia, sugerem algumas razões otimistas, se o despertar da consciência da sociedade civil em várias partes do mundo puder conduzir a um maior respeito aos direitos humanos. Acreditar em um processo de discurso social pode ser insuficiente para aqueles cujos direitos estão sendo violados hoje, mas sem esse processo a situação dessas pessoas permanece invisível e a dimensão moral a que têm direito continua sendo uma construção teórica. O otimismo está garantido porque os processos sociais discutidos neste texto são atingíveis e, em alguns casos, já estão encaminhados.

JEREMY SARKIN

Professor de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Western Cape, África do Sul.

RESENHA

Reparações por violação dos direitos humanos e abusos humanitários constituem um desafio central tanto no âmbito doméstico como no internacional. Apesar dos novos avanços em relação à questão das indenizações pelos abusos cometidos, inúmeras violações ocorridas na África e em outros lugares, durante o período colonial, permanecem sem solução. Este artigo faz um resumo desses avanços e os contextualiza contra o pano de fundo de processos que têm sido movidos por africanos com o objetivo de obter reparação por abusos contra eles perpetrados no período colonial e durante o *apartheid*. Examinam-se aqui processos movidos por namibianos e sul-africanos nos Estados Unidos, nos termos do Alien Torts Claim Act e são analisadas outras leis, também em outras jurisdições. Procura-se assim identificar a probabilidade de êxito desses processos, à luz dos problemas legais que têm de enfrentar. Os contextos políticos dos processos também são examinados, bem como o porquê de as ações recaírem mais sobre as multinacionais do que sobre os Estados.

O ADVENTO DAS AÇÕES MOVIDAS NO SUL PARA REPARAÇÃO POR ABUSOS DOS DIREITOS HUMANOS

Jeremy Sarkin



As questões relacionadas à responsabilidade pelo abuso dos direitos humanos nunca receberam tanto destaque nos jornais nem foram vistas de maneira tão favorável quanto atualmente.¹ Processos civis e criminais presenciaram grandes avanços nos últimos anos.² A responsabilidade criminal foi estabelecida tanto no plano internacional quanto no doméstico.³ A criação do Tribunal Criminal Internacional para a Iugoslávia, do Tribunal Criminal Internacional para Ruanda e do Tribunal Criminal Internacional teve como resultado tornar bem mais concreta a responsabilidade criminal por violações graves dos direitos humanos. No âmbito doméstico, a forma de os Estados lidarem com os abusos dos direitos humanos cometidos no passado depende muitas vezes de como as mudanças políticas ocorreram e de como o Estado lida com as tensões entre justiça,⁴ verdade e conciliação.⁵

Os pedidos oficiais de desculpas e de reparação por violações cometidas durante o colonialismo,⁶ a escravidão e o *apartheid* também ganharam grande destaque na agenda. Trata-se de uma questão crucial, pois, durante os anos de colonialismo e *apartheid*, um número incontável de abusos dos direitos humanos foi cometido na corrida pela posse e pela exploração dos recursos dos países colonizados. Os crimes cometidos durante o processo de repartição do butim entre os colonizadores incluem crimes contra a humanidade,⁷

Ver as notas deste texto a partir da página 111.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 126.

crimes de guerra,⁸ genocídio [mesmo antes de o termo ter sido cunhado],⁹ extermínio, desaparecimentos, tortura, deslocamentos forçados, escravidão, discriminação racial, tratamento cruel, desumano ou degradante e outros mais. Na verdade, uma questão fundamental, e um argumento de defesa que tem sido levantado pelos países ou corporações que perpetraram tais atos, é que naquela época eles não eram considerados criminosos. Argumenta-se que apenas posteriormente foram definidos como crime.¹⁰

Muitos países que passaram pelo colonialismo permanecem subdesenvolvidos¹¹ e, nesses lugares, o legado dos anos coloniais constitui ainda um componente essencial da paisagem.¹² Em alguns desses países, certas comunidades afirmam que a forma de exploração a que foram submetidas no passado é a causa da atual carência econômica e de outras dificuldades.

Nesse sentido, a questão da compensação para vítimas de abusos dos direitos humanos se tornou uma preocupação crucial para tais países e seus habitantes. Até recentemente, acreditava-se que fosse impensável uma solução para o problema e que o único mecanismo para obtenção de algum tipo de reparação fosse a assistência dos antigos senhores coloniais, que poderiam ser levados a se sentir culpados com relação ao passado e, conseqüentemente, fornecer alguma ajuda.

A questão das reparações ganhou importância não só pelo dinheiro que está sendo pedido, mas também porque parece cumprir pelo menos três funções. Primeiro, ela auxilia diretamente as vítimas que lidam com os prejuízos financeiros sofridos; segundo, constitui reconhecimento oficial do que aconteceu no passado; e terceiro, talvez sirva para coibir futuros abusos dos direitos humanos.¹³

Entre as razões pelas quais a reparação desses abusos se tornou uma questão de grande significado estão a conscientização e a aceitação internacional crescentes da necessidade de reparação e do direito a ela, por parte das vítimas de violações dos direitos humanos. Muitos instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecem que uma vítima tem direito a uma reparação jurídica que inclua os meios para a completa reabilitação.¹⁴ Na verdade, o recebimento de alguma reparação por danos sofridos constitui um princípio bem estabelecido do direito internacional.¹⁵ Esse direito também é encontrado atualmente em instrumentos

regionais de direitos humanos, assim como na jurisprudência de tribunais regionais de direitos humanos.¹⁶ Também tem conhecido avanços a noção, na legislação internacional de direitos humanos, de que essa legislação, em princípio, governa a conduta tanto de atores estatais como dos particulares, incluindo pessoas jurídicas, como as corporações. Há ainda uma aceitação crescente dos princípios da jurisdição universal.¹⁷

Tais avanços foram sustentados por ações e indenizações feitas recentemente em vários casos relacionados ao Holocausto.¹⁸ Essas ações e sua importância serão discutidas posteriormente. Além disso, um número crescente de ações civis está sendo proposto em relação a esse tipo de delito. A maioria delas ocorre nos Estados Unidos, de acordo com o Alien Torts Claims Act* (ATCA).¹⁹

Há também pelo menos três grandes ações judiciais contra multinacionais em curso nos tribunais americanos²⁰ por delitos cometidos durante o período colonial e o de *apartheid*. Uma delas foi movida pelo povo hereró da Namíbia, por violações ocorridas nesse país no início do século 20, e mais duas foram propostas por vítimas sul-africanas, por violações cometidas durante o *apartheid*.

Um outro motivo para a atualidade da questão é o fato de o tema das reparações por escravidão e colonialismo ter sido um item importante e intensamente discutido na agenda da Conferência Mundial Contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, realizada em Durban, na África do Sul, de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001.²¹ Parte considerável da conferência foi dedicada a esses temas. Um pedido de desculpas formal, combinado a um compromisso de fazer reparações de algum modo, foi solicitado daqueles que foram os beneficiários da escravidão e do colonialismo.²² A declaração da conferência²³ apresenta muitas seções relevantes para essa discussão.²⁴

O presente ensaio examina a questão das reparações relacionadas ao colonialismo e ao *apartheid*. Mas ao fazê-lo admite que, embora a opinião mundial ou a autoridade moral possam considerar que há razões muito válidas para que os países colonizadores paguem indenizações, é improvável esses Estados admitirem e se desculparem por abusos dos direitos humanos, ou se disporem a indenizar alguém por tais atos. Se as reparações forem acessíveis no

* Lei que confere jurisdição a cortes dos Estados Unidos para apreciar casos de responsabilidade civil por danos causados pelo governo norte-americano à vida ou à propriedade de estrangeiros. [N.T.]

futuro, isso terá sido resultado de mudanças no clima político e realização de acordos.²⁵ Por essa razão, é mais provável que venham a ser processadas corporações multinacionais ou outras empresas que tenham conduzido negócios e obtido benefícios nas regiões onde as violações foram cometidas, ou que tenham se beneficiado ao longo desse período. Como observou Joel Paul:

Por que o direito internacional voltou os olhos para as corporações multinacionais nesse momento e dessa forma? Afinal, muitas das reivindicações contra as companhias multinacionais procedem do Holocausto e da Segunda Guerra Mundial. Depois de mais de meio século, por que os litigantes estão buscando indenização desses gigantes corporativos? Uma resposta simples para a pergunta é que as empresas talvez sejam as únicas culpadas ainda ao alcance para fornecer alguma compensação. Os agentes funestos individuais estão geralmente mortos, desaparecidos e além da alçada jurisdicional dos tribunais domésticos, ou se mostram incapazes de atender a grandes pedidos de indenização. A imortalidade da entidade corporativa multinacional, seu tamanho, sua riqueza e sua onipresença em uma diversidade de jurisdições a tornam singularmente atraente para a condição de ré.²⁶

Tais instituições são perseguidas também porque é pouco provável que os tribunais internacionais acolham casos desse tipo. Por vários motivos, esses tribunais não estão de fato à disposição das vítimas que buscam reparação. É improvável que tal situação se altere. Em todo caso, as vítimas têm dificuldade de obter acesso a tais tribunais porque, de modo geral, eles não permitem a agentes não-estatais litigar perante eles e entidades corporativas particulares quase não têm obrigações perante o direito público internacional. Tudo somado, o status legal das corporações multinacionais em relação ao direito internacional não avançou de modo significativo em um quarto de século.²⁷

No âmbito das obrigações do Estado, as reparações constituem, no momento, uma questão mais política do que legal.²⁸ Em consequência das dificuldades em perseguir atores estatais,²⁹ as vítimas vêm geralmente as corporações, e não os governos, como alvos mais fáceis para tais ações.³⁰ De certa forma isso ocorre porque as corporações

multinacionais em geral têm ativos em jurisdições que apresentam regras processuais mais fáceis para o litígio. Embora as ações por parte das vítimas de abusos de direitos humanos tenham sido até agora relativamente poucas, houve um aumento importante nos últimos cinco anos. Os precedentes judiciais relativos às ações da Segunda Guerra Mundial resultaram em iniciativas nas quais as vítimas recorreram a medidas legais para obter indenização, quando antes não consideravam tal possibilidade. Como observou Ellinikos: “em algum momento, como diversos líderes do setor privado já estão descobrindo, alguém tem de assumir a responsabilidade”.³¹ Sendo assim, as ações que têm sido movidas, especialmente em disputas judiciais, são contra as corporações, pelo papel que desempenharam e pela maneira como se beneficiaram de atos cometidos em determinados países no passado. Embora o sistema americano de permitir que estrangeiros movam ações em seus tribunais, geralmente com base no Alien Torts Claims Act, esteja sendo avaliado aqui, este artigo não faz uma análise extensiva dessas leis, mas apresenta um panorama dos tipos de processo movidos e das possibilidades de sucesso para ações relacionadas ao colonialismo e ao *apartheid*. O foco está, portanto, no que podemos aprender para possíveis ações judiciais futuras nessas áreas, a partir das ações já executadas. A razão de os Estados Unidos serem o lugar preferido para essas ações é, até certo ponto, também explorada no artigo, para determinar se os tribunais em outros países apresentam semelhanças que podem ser aplicadas a litígios desse tipo. Além disso, as lições e as possibilidades levantadas pelos processos norte-americanos podem ser relevantes para a execução de ações tanto nos Estados Unidos quanto em outros países.

O papel das corporações multinacionais na violação aos direitos humanos

O papel das multinacionais em suas operações no Terceiro Mundo é controverso. A controvérsia é ainda maior em relação ao período colonial do que no mundo atual. Como notou Jonathan Charney: “O envolvimento das TNCs [corporações transnacionais], especificamente com governos do Terceiro Mundo, resultou muitas vezes em uma influência substancial

sobre os governos nacionais, e tal influência nem sempre serviu aos melhores interesses desses governos”.³²

Em muitos casos em que o querelante alega que as corporações se envolveram em abusos de direitos humanos, a queixa não é de que a violação foi praticada diretamente pela companhia, ou por seus agentes.³³ Contudo, isso nem sempre é verdadeiro para os abusos dos direitos humanos ocorridos durante o colonialismo ou para a atuação de companhias que utilizaram escravos. Embora em geral os abusos tenham sido cometidos por representantes locais do Estado e a participação da companhia tenha sido mais na forma de cumplicidade ao violar direitos humanos,³⁴ há casos de envolvimento direto.

O conhecimento, por parte da corporação, da existência de violações contínuas dos direitos humanos, aliado à aceitação de benefícios econômicos diretos decorrentes das violações, e a parceria constante com um governo nacional podem acarretar responsabilidade por cumplicidade. Sendo assim, pode acontecer de a entidade ter responsabilidade direta pela violação dos direitos humanos na condição de cúmplice ou de co-autora, ligada a um representante oficial (por exemplo, forças de segurança), em um empreendimento que viola o direito internacional.³⁵

Anita Ramasastry³⁶ reflete sobre os precedentes na questão da cumplicidade corporativa examinando o Tribunal Militar dos Estados Unidos no julgamento de dois banqueiros em Nuremberg. A corte determinou que: “Empréstimos ou vendas de matérias-primas para serem usadas em um empreendimento ilegal podem ser condenáveis do ponto de vista moral, [...] mas dificilmente pode-se dizer que a transação seja criminosa [...] não estamos preparados para afirmar que tais empréstimos constituam uma violação do direito [internacional]”. O tribunal, portanto, enfatizou uma distinção muito importante entre o fornecimento de capital e a participação ativa nos crimes nazistas.

Uma questão crucial consiste em saber se as empresas têm obrigação de respeitar os direitos humanos. Atualmente, o debate sobre os deveres das corporações está muito avançado e pouca gente considera que elas não tenham papel algum.³⁷ A questão atual é: qual seu dever diante do papel que desempenharam e do modo como se beneficiaram na época do colonialismo e do *apartheid*. A resposta poderia

residir numa posição bem clara que data de 1948, quando foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse documento estabelece que “[...] todo indivíduo e todo órgão da sociedade [...] promova o respeito por esses direitos e liberdades e, mediante medidas progressivas, nacionais e internacionais, assegure seu reconhecimento e observância universal e efetivo”.³⁸

Nesse contexto, Clapham & Jerbi afirmam que, embora “as empresas possam não ter o hábito de se referir a si mesmas como ‘órgãos da sociedade’, constituem parte fundamental dela. Como tal, têm a obrigação moral e social de respeitar os direitos universais consagrados na Declaração”.³⁹

O professor Louis Henkin pautou-se pela mesma linguagem, enfatizando que: “Todo indivíduo inclui pessoas jurídicas. Todo indivíduo e todo órgão da sociedade não implica qualquer exclusão, nenhuma empresa, nenhum mercado, nenhum ciberespaço. A Declaração Universal aplica-se a todos eles”.⁴⁰ O Tribunal de Justiça Internacional, no processo da Barcelona Traction, Light and Power Co., determinou que a personalidade legal de uma corporação transnacional equivale à de um cidadão comum.⁴¹ O professor Steven Ratner abordou a questão com as perguntas: “Podem os responsáveis pelas decisões transpor para as corporações as regras primárias da lei internacional dos direitos humanos e as regras secundárias da responsabilidade individual e estatal? Se as corporações são atores tão importantes no direito e nas relações internacionais, então não poderiam assumir as obrigações atualmente impostas aos Estados ou aos indivíduos baseadas nesses conjuntos de responsabilidade?”.⁴²

Ratner argumenta que “o papel singular dos Estados na garantia de certos direitos [...] não exclui os deveres das corporações com respeito a outros direitos relacionados [...]”.⁴³ Sendo assim, as obrigações dos Estados não são simplesmente transferíveis às corporações, mas os mesmos direitos humanos que criam os deveres para os Estados podem impor deveres iguais ou diferentes a agentes corporativos.⁴⁴

Ratner examina também, entre outras coisas, como as corporações poderiam ou deveriam ser responsabilizadas por atos de governos, subsidiários ou outros atores no fluxo do comércio.⁴⁵ Em uma pesquisa relacionada ao tema, Anita

Ramasastry indaga: “Até onde se deve lançar a rede em busca de cúmplices? [...] E quanto ao receio de desestimular os investimentos, em particular nos países em desenvolvimento? Em termos práticos, como podem as corporações decidir dar continuidade a seus investimentos internacionais quando temem que sua própria presença em um país cujo governo é questionável possa ser elevada ao nível da cumplicidade?”⁴⁶

Como observou Steven Ratner: “[...] Estender simplesmente os deveres do Estado relativos aos direitos humanos para os empreendimentos comerciais é ignorar as diferenças entre a natureza e as funções dos Estados e das corporações. Do mesmo modo que o regime de direitos humanos que governa os Estados reflete um equilíbrio entre a liberdade individual e os interesses do Estado (baseado em sua natureza e em sua função), também qualquer regime que governe corporações deve refletir um equilíbrio entre as liberdades individuais e os interesses comerciais”⁴⁷.

Uma pergunta-chave, feita com frequência ao tratar de colonialismo e *apartheid*, refere-se às obrigações devidas na época. Outras questões importantes são os problemas processuais, como estatutos que regulamentem até quando os querelantes podem retroceder para iniciar uma ação.

O avanço da noção de reparação e de sua aceitação

Historicamente, a reivindicação de reparação por danos sofridos não é um tema recente. Na realidade, com frequência eram feitos acordos no final das guerras, que resultavam em pagamentos ou na entrega de territórios. O que constitui fenômeno recente, contudo, é o ressarcimento por prejuízos ou o pagamento de indenizações a indivíduos. Foi após a Segunda Guerra Mundial que isso começou a ser feito, inicialmente como fruto de negociações, e depois em decorrência da promulgação de um estatuto, ou da decisão de tribunais. No nível estatutário, vários países estabeleceram dispositivos legais para o pagamento de reparações decorrentes de abusos de direitos humanos. Entre eles estão Argentina, Chile e África do Sul.

Existe já há alguns anos um movimento internacional sólido pelo reconhecimento de uma base legal para que as vítimas de abusos de direitos humanos e humanitários possam reivindicar indenização. Tem havido, por exemplo,

um esforço contínuo para o estabelecimento de princípios internacionais relativos às reparações. Em 1989, a Subcomissão da ONU para Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias escolheu o professor Theo Van Boven para decidir se seria possível esboçar um conjunto de princípios básicos e diretrizes para reparações jurídicas relativas às violações graves dos direitos humanos. Seguiu-se a isso um esboço dos Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Reparação.⁴⁸ Como resultado da sessão de 1988 da Comissão da ONU sobre os Direitos Humanos, o professor Cherif Bassiouni foi designado para preparar um esboço para a sessão seguinte, de modo que os princípios pudessem ser esclarecidos e enviados à Assembléia Geral das Nações Unidas para aprovação. A tarefa ainda está em vias de ser completada, mas os “Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para Vítimas de Violação dos Direitos Humanos Internacionais e do Direito Humanitário”⁴⁹ está em estágio avançado.⁵⁰

Houve também, em várias partes do mundo, iniciativas para a obtenção de reparações. Um exemplo disso é o processo realizado em 1992, na África, no qual o líder nigeriano Moshood Abiola promoveu a criação do Grupo de Pessoas Eminentes pelas Reparções, no âmbito da Organização da Unidade Africana (OUA). A OUA deu licença oficial para avançar no processo de garantir que fossem feitas reparações pelo comércio de escravos africanos. Em 1993, o grupo convocou a Primeira Conferência Pan-Africana sobre Reparções em Abuja, Nigéria. A Declaração de Abuja fortaleceu o compromisso da OUA no sentido de tentar obter reparações pela escravidão.

Aconteceu também que os dois tribunais internacionais estabelecidos na década de 1990 para julgar violações graves dos direitos humanos na Iugoslávia e em Ruanda passaram a aceitar as reparações como um direito. Os estatutos que regem os dois tribunais⁵¹ na realidade estabeleceram tais direitos para as vítimas. De fato, o Estatuto de Roma, que rege o Tribunal Criminal Internacional, concedeu mais direitos a compensação às vítimas do que jamais se vira antes.

No que se refere às reivindicações individuais, foi no pós-guerra que se definiu o movimento para a concessão de reparações por violações dos direitos humanos. No final da década de 1940, o governo alemão discutiu a questão das

reparações com o governo israelense. A Conferência sobre Reivindicações Materiais Judaicas contra a Alemanha resultou no Acordo de Luxemburgo com Israel, em 1952, e na promulgação, em 1953, das Leis de Compensação Federais Finais. Nos termos desse contrato, a Alemanha concordou em pagar 714 milhões de dólares a Israel para ajudar na assimilação de refugiados reassentados e empobrecidos da Alemanha ou de áreas que haviam estado sob controle da Alemanha.⁵² O tratado pleiteava a compensação individual, além do pagamento de 110 milhões de dólares à Conferência sobre Reivindicações Materiais Judaicas contra a Alemanha em prol das vítimas. O processo correu entre 1952 e 1965. Um outro esquema restrito de reparações foi estabelecido por acordo em 1993, para assistir a indivíduos excluídos dos primeiros acordos.

Dois outros exemplos importantes de reparação aconteceram nos Estados Unidos. O primeiro diz respeito às indenizações que o governo americano teve de pagar pelo confinamento de nipo-americanos durante a Segunda Guerra Mundial.⁵³ O segundo trata da compensação paga aos milhares de indígenas aleútes removidos do sudeste do Alasca, no mesmo período em que os nipo-americanos estiveram presos. Os dois grupos negociaram por quase cinquenta anos para garantir reparações compensatórias. Foi na década de 1980 que os americanos aprovaram uma lei – Civil Right Act – que permitiu a concessão de reparações aos nipo-americanos.

O que é especialmente relevante para ações judiciais relacionadas a eventos ocorridos muitos anos antes é que os aleútes obtiveram indenizações para os filhos dos sobreviventes e para as aldeias afetadas pelo reassentamento, muito embora isso tenha levado quase cinquenta anos para acontecer.

Admitiu-se que os problemas causados pelo reassentamento não apenas afetaram as comunidades na época, como também continuaram a ter efeito quatro ou cinco décadas depois; e que essas conseqüências continuariam no futuro próximo.

O movimento pela obtenção de reparações por parte de indivíduos foi ajudado por dois casos da década de 1980. No primeiro, *Filartiga vs Pena-Irala*,⁵⁴ os tribunais americanos reconheceram que estrangeiros poderiam mover ação judicial pleiteando indenização por abusos de direitos

humanos cometidos por indivíduos que não fossem cidadãos americanos. O tribunal observou que a “comunidade internacional chegou a reconhecer o perigo comum apresentado pelo desprezo flagrante aos direitos humanos básicos e, especificamente, o direito de ser livre de tortura”.⁵⁵ Esse caso teve enormes conseqüências e será detalhadamente examinado, junto com seus desdobramentos, mais adiante.

Outro processo de grande importância relaciona-se à decisão do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos para o caso Velásquez-Rodríguez – a corte estabeleceu que os indivíduos que houvessem sofrido violações dos direitos humanos poderiam abrir processos de indenização contra os perpetradores, pois, “sob o direito internacional, um Estado é responsável pelos atos que seus agentes realizam no exercício de suas funções, bem como por suas omissões, mesmo quando estes agem fora de sua esfera de autoridade ou violam a lei do país”.⁵⁶

No entanto, houve insucessos em outras cortes de justiça no que concerne a ações de indenização por eventos ocorridos há cinquenta anos ou mais. São principalmente as cortes judiciais americanas que têm se mostrado sensíveis, até certo ponto, a esse tipo de litígio.

Muitas das antigas “mulheres de conforto” coreanas e de outros países entraram com ações contra o governo japonês nos tribunais do Japão.⁵⁷ Desses casos, apenas um foi bem-sucedido, mas também este foi derrubado posteriormente pela Suprema Corte.

Maiores avanços no movimento para a obtenção de reparações ocorreram quando se iniciaram nos Estados Unidos as ações judiciais relacionadas ao Holocausto. A primeira dessas reivindicações aconteceu em outubro de 1996, quando uma ação judicial coletiva foi movida no tribunal distrital federal do Brooklyn, em Nova York, contra os bancos suíços – Crédit Suisse, Union Bank of Switzerland e Swiss Bank Corporation. Todos os casos registrados foram reunidos em 1997 sob o título “In re Holocaust Victim Assets Litigation”. A reivindicação combinada alegava que os bancos não haviam devolvido ativos neles depositados, haviam negociado ativos pilhados e se beneficiado do comércio de bens produzidos por mão-de-obra escrava. O caso foi liquidado em 1998, com o pagamento por parte dos bancos de 1,5 bilhão de dólares. Não apenas os judeus foram beneficiados nos termos do

acordo, mas também homossexuais, deficientes físicos ou mentais, ciganos e testemunhas-de-jeová.⁵⁸

A esses casos do Holocausto contra os bancos suíços se seguiram ações judiciais contra bancos alemães e austríacos, em junho de 1998. Tais processos foram movidos por sobreviventes do Holocausto e cidadãos americanos, que entraram com uma ação judicial coletiva contra o Deutsche Bank e o Dresdner Bank, alegando exploração por pilhagem de ouro e outros ativos pertencentes a judeus. Os casos foram reunidos em março de 1999, sob o título de “In re Austrian and German Bank Holocaust Litigation”.⁵⁹ Bancos franceses, ou que tinham filiais na França durante a guerra, como o British Bank e o Barclays, também foram processados. Foi feito um acordo com eles em 2001. Sobreviventes do Holocausto processaram também uma dúzia de seguradoras européias.⁶⁰ As corporações alemãs tampouco foram poupadas. Antigos trabalhadores escravos moveram ação judicial contra toda uma série de companhias alemãs. Contudo, vários desses casos foram indeferidos por prescrição, ou em consequência de tratados assinados entre a Alemanha e os Aliados, no final da guerra. Foi feito, no entanto, um acordo de cerca de 5 bilhões de dólares envolvendo o trabalho escravo, sob a condição de que todas as outras ações relacionadas à mão-de-obra escrava fossem suspensas. O governo americano concordou também em interceder em quaisquer futuros processos registrados contra a Alemanha em relação a reivindicações da época da Segunda Guerra Mundial.⁶¹

As ações judiciais propostas contra companhias alemãs resultaram também em processos movidos por soldados capturados pelos japoneses durante a guerra e por civis que acionaram companhias japonesas. Durante a guerra, milhares de prisioneiros americanos, britânicos, canadenses, australianos e neozelandeses foram usados como mão-de-obra escrava por companhias japonesas, incluindo a Mitsubishi, a Mitsui, a Nippon Steel e a Kawasaki Heavy Industries. O mesmo ocorreu com civis chineses, coreanos, vietnamitas e filipinos.⁶²

Para contornar o problema do lapso de tempo entre a ofensa e a reivindicação, o estado da Califórnia promulgou uma lei, em julho de 1999,⁶³ que permitia qualquer ação por parte de um “prisioneiro de guerra do regime nazista, de seus aliados ou de seus simpatizantes” para obter “compensação por

trabalho executado durante a Segunda Guerra Mundial na condição de vítima de escravidão [...] contra qualquer entidade ou sucessor dela, para quem esse trabalho tiver sido realizado”. A lei foi promulgada quando os processos contra as companhias alemãs pareciam estar em compasso de espera. Ela permitiu que ações judiciais fossem movidas até 2010⁶⁴ e as cortes de justiça da Califórnia puderam acolhê-las.⁶⁵ As ações judiciais movidas por antigos soldados aliados foram todas indeferidas em 2001, depois de o governo americano intervir no processo, com base nos termos do Tratado de Paz de 1951, feito com o Japão, onde os Estados Unidos e outras potências aliadas renunciaram a todas as reivindicações contra o Japão e contra companhias japonesas.

No que se refere às ações judiciais por parte de civis, o tribunal estabeleceu mais tarde que os filipinos também estavam excluídos, já que as Filipinas haviam ratificado o tratado. O tribunal indeferiu as outras ações e declarou a lei da Califórnia inconstitucional, uma vez que foi considerada uma interferência nos poderes do governo federal para desempenhar sua política externa.⁶⁶

Houve ainda outras ações levadas aos tribunais americanos. Em uma delas, civis estrangeiros processaram companhias japonesas por terem servido de mão-de-obra escrava; em outro, antigas “mulheres de conforto” entraram com ação judicial. Ambos foram indeferidos em 2001, mas houve recurso, que ainda não foi julgado.

Um caso que retrocede ainda mais no tempo foi o que levou descendentes (em sua maioria, cidadãos americanos) dos armênios vítimas do genocídio ocorrido durante a Primeira Guerra Mundial, que haviam comprado apólices de seguro de companhias americanas e européias, a processar a New York Life Insurance Company.⁶⁷

No caso *Marootian vs New York Life Insurance Company* argumentou-se que o tempo barrava as medidas judiciais e que havia cláusulas nas apólices afirmando que tribunais franceses ou ingleses tinham jurisdição em caso de litígio. Novamente, o estado da Califórnia promulgou uma lei permitindo processos judiciais relacionados às apólices da época do genocídio armênio e estendeu o prazo para 2010. Esse caso foi então encerrado com um acordo. As lições advindas do caso são, contudo, importantes, pois o prazo para reivindicações foi alterado para quase cem anos antes.

Além disso, os beneficiários não foram aqueles que haviam comprado as apólices.⁶⁸

Recentemente, dezenas de milhares de russos que haviam sido forçados a trabalhar em campos nazistas de trabalho escravo puderam compartilhar uma indenização de 427 milhões de euros. Quase 500 mil pessoas apresentaram petições à entidade pagadora, que havia previsto apenas 57 mil reivindicações.⁶⁹

Portanto, parece que há realmente possibilidades de pleito judicial para reivindicações que retrocedem até o começo do século 20, ou mesmo antes.⁷⁰ Trata-se de uma questão-chave, pois envolve um obstáculo potencial para possíveis reivindicações relacionadas a eventos ocorridos durante o colonialismo, sendo 1885 uma data importante, que marca a repartição da África entre as várias potências européias. Embora a ocupação colonial tenha ocorrido antes dessa época, foi a Conferência de Berlim, de 1884-1885, que determinou quais partes da África caberiam a cada país.⁷¹ Em seu primeiro capítulo, o General Act of the Berlin Conference on Africa observou: “Todas as potências exercendo direitos soberanos ou influência nos supracitados territórios obrigam-se a zelar pela preservação das tribos nativas, cuidar do desenvolvimento das condições de seu bem-estar moral e material e ajudar a eliminar a escravidão e, em especial, o comércio de escravos”.

A questão da reparação ou da indenização por escravidão é muito mais difícil.⁷² Tal ação se refere a eventos ocorridos muito tempo antes, e a indivíduos que talvez nem sejam descendentes diretos. Esses problemas foram considerados cruciais quando uma ação judicial de 1995, proposta por litigantes afro-americanos, foi indeferida.⁷³ A corte da 9ª Circunscrição Judiciária, ao assim decidir, observou que os Estados Unidos tinham imunidade soberana, que as reivindicações eram muito antigas e que os próprios autores do processo não podiam fazer a reivindicação, pois nunca tinham sido escravos. O tribunal declarou: “A discriminação e a intolerância de qualquer tipo são inaceitáveis e a escravidão de africanos por parte deste país é indesculpável. Este tribunal, no entanto, é incapaz de identificar legalmente qualquer base reconhecível sobre a qual as reivindicações da parte queixosa legitimem um processo contra os Estados Unidos. Embora esta possa ter justificativas para sua busca de indenização por

injustiças passadas e presentes, não cabe à jurisdição deste tribunal conceder a reparação solicitada. A legislatura, mais do que o judiciário, constitui o fórum apropriado para suas queixas”.⁷⁴

É claro, portanto, que os tribunais não podem ser os únicos locais para julgar tais reivindicações. Muitas delas são evidentemente mais políticas do que legais. A via de encaminhamento dessas reivindicações não se restringe aos tribunais. É no âmbito político, nas legislaturas e em outros fóruns (inclusive o fórum da opinião pública nacional e internacional) que os esforços podem ser aplicados.

Nesse sentido têm ocorrido tentativas a cada ano, desde 1989, de criar uma legislação no Congresso dos Estados Unidos para lidar com o legado da escravidão. O projeto de lei H.R. 40 – The Commission to Study Reparations Proposals for African Americans Act – procura estabelecer “uma comissão para examinar a instituição da escravidão e da discriminação racial e econômica subsequente *de jure* e *de facto* contra afro-americanos, e o impacto dessas forças sobre afro-americanos vivos, para fazer recomendações ao Congresso quanto às reparações apropriadas [...]”.⁷⁵ Outros esforços foram também realizados em vários estados americanos individuais e houve uma tentativa no Congresso de apresentar pedidos de desculpa pela escravidão.

O recurso aos tribunais para obtenção de reparações ou indenizações

O uso dos tribunais como meio de obtenção de indenizações ou reparações para tais reivindicações constitui fenômeno relativamente recente. Surgiu principalmente com a decisão de Filartiga, nos Estados Unidos, em 1980.⁷⁶ Na realidade, quase todas as disputas judiciais relevantes se deram em jurisdições de *common law*,* e não de *civil law*.⁷⁷ Como explicou um comentarista:

À exceção de uma ação movida em Quebec contra uma corporação canadense registrada em Montreal, todas as ações até agora foram executadas em jurisdições de common law. As ligações legais e culturais estabelecidas entre os advogados anglo-saxões e as regras processuais, tal como as que determinam o que os réus têm de divulgar no litígio, podem ter sido fatores

*A expressão *civil law* se refere ao sistema de tradição românico-codificada, enquanto *common law* diz respeito ao sistema de tradição consuetudinária. [N.T.]

*contribuintes. Mas, a longo prazo, não é improvável, à medida que evolui o entendimento por parte dos advogados militantes dos princípios relevantes do direito, que venham a aparecer nos sistemas de civil law casos de Estados-membros da União Européia, tais como os Países Baixos ou a França.*⁷⁸

No entanto, a maioria esmagadora desses processos vem sendo movida nos Estados Unidos com base no ATCA.⁷⁹ Como nos explica Beth Stephens: “A disputa relacionada aos direitos humanos civis nos Estados Unidos é o resultado natural de uma cultura jurídica que se apóia em ações legais privadas, tanto como meio de obter compensações por prejuízos sofridos quanto como ferramenta para a correção de problemas sociais”.⁸⁰ Observando que a decisão de *Filartiga*⁸¹ “foi chamada de *Brown vs Board of Education*, de litígio de direito transnacional, invocando o legado dos grandes casos de direito civil que desmantelaram a segregação legal em todos os Estados Unidos”,⁸² Stephens nota uma “ausência de casos básicos do tipo *Filartiga* em outros países”.⁸³ “Com efeito”, escreve Stephens, “apesar de haver bastante interesse pela doutrina subjacente de *Filartiga* na Inglaterra, um grupo inglês de estudos do direito internacional concluiu que a probabilidade de um litígio desse tipo acontecer na Grã-Bretanha era pequena”.⁸⁴ Na tentativa de explicar esse fenômeno, Stephens oferece uma lista de cinco fatores que fazem dos tribunais norte-americanos a arena mais atraente para as disputas legais internacionais relacionadas aos direitos humanos. A lista inclui:

- nenhuma penalidade pela derrota (ônus de sucumbência);
- honorários proporcionais;
- pagamento punitivo por perdas e danos;
- sentença contumacial;
- regras amplas para procedimentos probatórios.⁸⁵

Stephens observou também que “o uso do litígio civil como meio de influenciar as políticas de direitos humanos é um avanço natural no sistema legal americano”.⁸⁶ Também deve ser levado em consideração o fato de o sistema de julgamento por júri ser, em tais casos, vantajoso para os litigantes. A natureza do sistema legal americano se mostra, portanto, um determinante crucial no que se refere ao motivo pelo qual tantos desses casos foram apresentados perante tribunais daquele país.

Como observou Lord Denning: “Assim como a mariposa é atraída pela luz, o litigante é atraído para os Estados Unidos. Basta-lhe conseguir que sua ação tramite nos tribunais desse país para ele ter chances excelentes de ganhar uma fortuna”.⁸⁷

O uso dos tribunais nos Estados Unidos para processar por abusos

Embora nos Estados Unidos existam várias leis⁸⁸ que autorizam as vítimas de abusos de direitos humanos cometidos fora do país a entrar com processos, a mais usada é o Alien Torts Claims Act (ATCA).

Essa lei foi promulgada em 1789, como parte do Judiciary Act, e a partir daí tem gerado um número considerável de ações alegando violações dos direitos humanos perpetradas fora dos Estados Unidos, por agentes estatais e não-estatais. A disposição-chave, que suscitou crescente atenção internacional, estipula que: “Os tribunais distritais terão jurisdição originária de qualquer ação civil por parte de um estrangeiro por delito apenas se este violar o direito das nações ou um tratado dos Estados Unidos”.

Embora tenham sido muitos os êxitos desde o caso *Filartiga vs Pena-Irala*,⁸⁹ em 1980, para ações judiciais nos termos do ATCA, Ramsey⁹⁰ fornece um panorama útil de algumas questões e críticas relativas à aplicação da lei. Argumenta que “o grande número de pontos controversos sobre os quais repousa o litígio corporativo do ATCA pode sugerir que sua aplicação ampla constitui projeto que requer muita simpatia judicial para seu sucesso”.⁹¹ Embora Ramsey não sugira que seja essa uma razão para se rejeitar a disputa judicial pelo ATCA, aconselha efetivamente precaução na área de extensão do litígio, visto que toda uma série de doutrinas⁹² permite aos juízes indeferir demandas do ATCA, mesmo que a matéria e a jurisdição pessoal tenham sido estabelecidas.⁹³ Isso inclui a *international comity doctrine*, cujas premissas respeitam os atos legislativos, executivos ou judiciais de outra nação,⁹⁴ assim como as doutrinas relacionadas a questões políticas, desaforamento (*forum non conveniens*)⁹⁵ e atos do poder público que proíbem aos tribunais americanos revisar a validade de atos públicos de um Estado soberano estrangeiro reconhecido que tenham sido realizados no território estrangeiro.

Contudo, os tribunais não estão aplicando essas doutrinas de maneira estrita, como pode ser visto no caso *Kadic vs Karadzic*.⁹⁶ Aqui, o tribunal declarou que, embora o ato de doutrina de Estado pudesse ser aplicável a alguns processos movidos com base no ATCA, ele duvidava que “até mesmo os atos de um oficial de Estado que violassem o direito fundamental de uma nação e que não fossem ratificados pelo governo dessa nação pudessem ser corretamente caracterizados como um ato de Estado”.⁹⁷

Esse caso é também relevante para a questão da possibilidade de enquadrar protagonistas particulares nas disposições do ATCA. O caso *Kadic vs Karadzic* aumentou o alcance da lei ao afirmar que ela também abrangia os atos cometidos por atores não-estatais. O Tribunal de Recursos observou que: “o direito das nações, como é entendido na época moderna, não limita seu alcance à ação do Estado. Em vez disso, certas formas de conduta violam o direito das nações quando são efetuadas por indivíduos agindo sob os auspícios do Estado, ou mesmo apenas como indivíduos particulares”.⁹⁸ O tribunal decidiu que certas violações do direito das nações estabelecidas em lei, tais como pirataria, comércio de escravos, escravidão e trabalho forçado, genocídio, crimes de guerra e outras ofensas de “interesse universal”, não exigiam envolvimento do Estado. Portanto, atores particulares poderiam ser responsabilizados por tais práticas e por outras violações graves dos direitos humanos.

No caso *Doe vs Unocal*,⁹⁹ em ação judicial que envolvia agricultores de Mianmar (antiga Birmânia) processando as empresas petrolíferas Unocal e Total S. A., em funcionamento nesse país, argumentou-se que as companhias estavam envolvidas em um empreendimento conjunto de exploração de gás com o governo militar local. Para abrir caminho para um oleoduto, o governo forçara a mudança de aldeias, deslocara habitantes de sua terra natal, torturara pessoas e impusera-lhes trabalhos forçados no projeto.¹⁰⁰ Argumentou-se, portanto, que as corporações eram responsáveis por esses delitos, visto que haviam financiado o regime repressivo e o projeto com total conhecimento dos abusos, além de ter tirado proveito deles.¹⁰¹ Foi alegado que “no decorrer de suas ações em benefício de um empreendimento conjunto [...] o regime conduziu um programa de violência e intimidação contra aldeões locais”. Afirmou-se ainda que “mulheres e meninas [...] foram alvo de

estupro e outros abusos sexuais por parte de oficiais do regime, tanto quando deixadas para trás após os familiares masculinos terem sido levados para realizar trabalho forçado quanto sendo elas próprias submetidas a trabalho forçado”.¹⁰² Em sua decisão, em setembro de 2002,¹⁰³ o tribunal declarou que o “trabalho forçado é uma variante moderna da escravidão à qual o direito das nações atribui responsabilidade individual, de tal modo que não é exigida a ação do Estado”. Dando um veredicto a respeito de uma questão de fato em relação à responsabilidade da Unocal, com base no Alien Torts Claims Act, por ajudar e estimular o regime militar de Mianmar a submeter os querelantes a trabalho forçado,¹⁰⁴ a decisão de 2002 reverteu o julgamento anterior, ganho pela Unocal, afirmando que “o padrão para caracterizar ajuda e estímulo no âmbito do ATCA é [...] prestar, conscientemente, ajuda prática ou incentivo, com efeito substancial na perpetração do crime”.¹⁰⁵

No caso *Iwanova vs Ford Motor Co.*, o tribunal examinou as circunstâncias em que a empresa agira em estreita colaboração com oficiais nazistas, obrigando civis a realizar trabalhos forçados. A corte considerou que o fato de a companhia defender seus próprios interesses econômicos não impedia a resolução de que a Ford Motor Co. tivesse atuado como agente ou em combinação com o governo alemão e que não havia razão lógica que impedisse indivíduos particulares e corporações de serem processados por violações universalmente condenadas segundo o direito internacional, mesmo que estivessem agindo “usando a lei como pretexto”.¹⁰⁶

No caso *Wiwa vs Royal Dutch Petroleum Co.*,¹⁰⁷ a parte lesada alegou que a Royal Dutch Shell fora cúmplice em atos de tortura, prisão arbitrária, detenção e morte na região de Ogoni, na Nigéria. Os querelantes alegaram que eles e seus parentes mais próximos “foram presos, torturados e mortos pelo governo nigeriano, uma violação ao direito das nações, por instigação das [companhias da Shell indiciadas], em represália à oposição política dos acusados às atividades de exploração de petróleo”. Foi posteriormente alegado que a Royal Dutch Shell “forneceu dinheiro, armas e apoio logístico aos militares nigerianos, incluindo os veículos e a munição usados nos ataques às aldeias, induziu no mínimo alguns desses ataques, participou na falsificação de acusações de assassinatos [...], subornou testemunhas para prestar falso testemunho contra eles”.¹⁰⁸ A decisão judicial da corte da 2ª Circunscrição

Judiciária nesse processo teve um efeito importante sobre o princípio de desaforamento, facilitando a execução de uma ação baseada em violação dos direitos humanos cometida fora do país, apesar da disponibilidade de um fórum alternativo.¹⁰⁹ O raciocínio do tribunal realça o interesse dos Estados Unidos em apoiar os direitos humanos no exterior e o fato de esse princípio impor um padrão de inconveniência diferente às partes abastadas e às mais pobres.¹¹⁰

No caso *Beanal vs Freeport-McMoran, Inc.*¹¹¹ foi alegado que Freeport-McMoran cometeu violações dos direitos humanos, delitos contra o meio ambiente, genocídio e genocídio cultural enquanto realizava atividades de mineração na Indonésia. A parte queixosa alegou que as empresas Freeport “se envolveram sistematicamente em uma política corporativa, tanto direta quanto indiretamente, por intermédio de terceiros, resultando em violações dos direitos da tribo amungme e de outras populações tribais nativas. As ações alegadas incluem morte extrajudicial, tortura, vigilância e ameaças de morte, dores físicas graves e sofrimento infligido por seus funcionários de segurança, e por meio deles, nas operações na mina de Grasberg”. O caso foi, no entanto, indeferido, pois o tribunal decidiu que as alegações não eram suficientes para justificar um processo.

Também relevantes para possíveis ações nos Estados Unidos relativas a eventos ocorridos durante o colonialismo e o *apartheid* são as questões contempladas no Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA). Essa lei contém as regras que determinam se e como os Estados podem ser processados. Ela é relevante para a presente discussão pelo fato de conter uma exceção à imunidade dada a um Estado ou a seus funcionários: trata-se da exceção à atividade comercial. O FSIA determina que não será concedida imunidade soberana quando “a ação se basear em um ato cometido fora do território americano, estar relacionada com uma atividade comercial do Estado estrangeiro em qualquer lugar, tal ato causando um efeito direto nos Estados Unidos”.

A Suprema Corte americana, no caso *Arábia Saudita vs Nelson*,¹¹² declarou que um Estado realiza atividades comerciais segundo definição do FSIA quando age como um cidadão particular no mercado; nesse contexto, é importante observar a atividade desempenhada, mais do que seu propósito.

Contudo, no caso *Adler vs República Federal da Nigéria*,¹¹³ o tribunal considerou a expressão “relacionado a uma atividade comercial” de modo oposto ao feito na ação da Arábia Saudita vs Nelson, que abordou a questão examinando a frase “atividade comercial”. Assim, Estados na África, por exemplo, podem promover uma ação onde houver uma relação com atividades comerciais. No entanto, deve ter havido um efeito direto sobre os Estados Unidos. Em alguns casos, por exemplo nos de escravidão, isso é evidente; em outros, seria mais difícil de estabelecer.

A partir da discussão acima sobre as várias ações movidas com base no ATCA, parece realmente que os tribunais americanos poderiam ser sensíveis aos tipos de reivindicação que surgem do colonialismo e do *apartheid*.¹¹⁴

Limites de prazo

A questão mais importante relacionada aos abusos de direitos humanos cometidos durante o colonialismo e o *apartheid* é o fator tempo. O problema do intervalo de tempo entre a ofensa e a reivindicação é crucial, pois com frequência tais questões processuais impedem que uma ação ultrapasse até mesmo o primeiro obstáculo.¹¹⁵

O Alien Torts Claims Act (ATCA) não estabelece prazo prescricional,¹¹⁶ mas o Torture Victim Protection Act (TVPA), sim. A esse respeito, o relatório do Senado dos Estados Unidos que acompanhou o TVPA afirmou: “Um prazo prescricional de dez anos assegura que as circunscrições judiciárias federais não terão de ouvir reivindicações prescritas. Em alguns casos, como quando um acusado fraudulentamente oculta da outra parte sua identificação ou seu paradeiro, podem ser aplicados recursos de suspensão do prazo prescricional para preservar os direitos do reclamante.¹¹⁷ [...] O estatuto de dez anos está sujeito à suspensão do prazo prescricional, inclusive no tocante a períodos em que o acusado se encontra ausente da jurisdição ou imune a ações judiciais, e períodos em que o queixoso está preso ou incapacitado”.¹¹⁸

Segundo a lei federal, em termos de limite de tempo para mover uma ação, o tempo começa a correr no momento em que ocorre a ofensa.¹¹⁹ No caso *Bussineau vs President & Dirs. of Georgetown College*,¹²⁰ o tribunal decidiu que a “causa de uma ação se constitui enquanto causa judicial no

momento em que ocorre a ofensa”. O tribunal no caso *Xuncax vs Gramajo*¹²¹ aplicou o período do TVPA a uma reivindicação baseada no ATCA.

No entanto, há anos os tribunais desejam estender o prazo. Em 1947, no caso *Osbourne vs Estados Unidos*,¹²² a parte queixosa havia sido confinada pelo Japão durante a Segunda Guerra Mundial e reivindicava que o prazo prescricional não se aplicava por motivo de “circunstâncias extraordinárias nas quais, no decorrer do tempo em que ele deveria ter entrado com a ação, os tribunais lhe eram inalcançáveis, na condição de prisioneiro nas mãos do inimigo”. O tribunal suspendeu o prazo limite para uma injúria ocorrida imediatamente antes de seu confinamento, pois as circunstâncias eram suficientemente extraordinárias: “Todos os estatutos de limitação baseiam-se na premissa de que uma pessoa com uma boa causa judicial não procrastinará o processo por um período desmedido de tempo; mas, quando o autor de uma ação tem negado seu acesso aos tribunais, a base da premissa é destruída”.¹²³

Em 1987, a doutrina foi avaliada no caso *Forti vs Suarez Mason*. O tribunal afirmou: “Os tribunais federais aplicaram também uma teoria de prazo prescricional semelhante a uma doutrina de ‘impossibilidade’. Quando eventos extraordinários que se encontram além do controle da parte queixosa a impedem de mover uma ação, o prazo é suspenso até que o obstáculo causado por esses eventos seja removido”.¹²⁴

O tribunal sustentou que, embora os tribunais argentinos estivessem disponíveis, “na prática” eram controlados pelo regime militar, tornando impossível um processo justo para aqueles que desejavam entrar com uma ação. Afirmou ainda: “A lei federal prevê o prazo prescricional em dois tipos de situação: (1) quando a conduta ilícita do acusado impediu a outra parte de apresentar sua reivindicação em tempo oportuno; ou (2) quando circunstâncias extraordinárias fora do controle do querelante tornaram-lhe impossível apresentar sua reivindicação em tempo oportuno”.¹²⁵

No caso *National Coalition Government of Union of Burma vs Unocal, Inc.*,¹²⁶ o tribunal observou que ao aplicar o caso *Forti* como precedente para prazo prescricional, o tribunal em *Hilao* concluiu que o medo de intimidação e represálias era uma circunstância extraordinária, fora do controle da parte queixosa.¹²⁷ Sendo assim, as queixas contra Marcos por danos causados por tortura, desaparecimento ou

execução sumária permaneceram em suspenso até ele deixar o cargo. Trata-se de uma decisão judicial crucial para os casos do colonialismo e do *apartheid*. O tribunal no caso Unocal aplicou a decisão de Hilao no processo e argumentou: “Segundo a lei federal, a suspensão do prazo prescricional está disponível quando (1) a conduta ilícita do acusado impediu o querelante de apresentar a reivindicação; ou (2) circunstâncias extraordinárias fora do controle do querelante tornaram impossível a apresentação da reivindicação em tempo oportuno”. O tribunal observou ainda que: “Na realidade, com base na determinação da corte da 9ª Circunscrição Judiciária em Hilao, as reivindicações de fulano de tal podem ser suspensas enquanto o SLORC permanecer no poder, se ele provar que foi incapaz de ter acesso a revisão judicial na Birmânia”.¹²⁸ Isso pode ser de grande importância para casos futuros.

No caso *Iwanova vs Ford Motor Co.*¹²⁹ as reivindicações estavam relacionadas a trabalho forçado durante a Segunda Guerra Mundial. O querelante processou a Ford, na Alemanha, e a matriz americana, buscando compensação por trabalho forçado na fábrica alemã da Ford. No que se refere ao prazo para mover a ação relativa à reivindicação alemã, o tribunal sustentou que ficava suspenso até 1997, quando a moratória sobre as reivindicações (imposta em vários tratados pós-guerra) fosse finalmente removida. O mesmo não foi alegado com respeito à matriz americana. Portanto, foram os tratados que impediram a execução das reivindicações, e não a culpa do acusado. O tribunal determinou que: “a suspensão do prazo prescricional pode ser aplicada, entre outras razões, quando o acusado enganou ativamente a parte queixosa. Para evitar o indeferimento, o querelante que reivindica a suspensão do prazo prescricional deve incluir arrazoados detalhados de ter sido ‘ativamente enganado’ pelo acusado”.¹³⁰ Embora o querelante tenha feito alegações de embuste e ocultação¹³¹ em seu depoimento e em sua argüição oral, elas não estavam contidas na petição, e por isso o tribunal negou a compensação.¹³² Um resultado semelhante aconteceu com *Fishel vs BASF Group*.¹³³

No caso *Sampson vs República Federal da Alemanha*,¹³⁴ uma ação judicial de ressarcimento por danos relativos à detenção ilegal em um campo de concentração nazista foi desqualificada em razão do lapso de tempo decorrido entre a ofensa e a entrada com a ação. No caso *Kalmich vs Bruno*,¹³⁵

uma reivindicação de devolução de propriedade confiscada pelos nazistas foi negada por decurso de prazo.

No caso *Jane Doe I [fulana de tal] vs Karadic*,¹³⁶ o tribunal decidiu que “o prazo prescricional do TVPA está sujeito a suspensão, inclusive no que toca aos períodos em que o acusado está ausente da jurisdição ou imune a processos legais, e aos períodos nos quais a parte queixosa está presa ou incapacitada”. No caso *Cabello vs Fernández Larios*,¹³⁷ o tribunal determinou: “A suspensão do prazo prescricional da TVPA mostra-se apropriada nesse caso, porque as autoridades militares chilenas ocultaram deliberadamente o local de sepultamento da vítima dos autores do processo, que não puderam ver o corpo do falecido até 1990”.

Nesse caso,¹³⁸ o tribunal decidiu que: “a ocultação anterior a 1990 por parte do governo chileno do local de sepultamento do falecido e da causa precisa da morte impediram os autores de iniciar a ação até 1990. Conseqüentemente, o período de dez anos de prazo só começou a contar em 1990. Como os autores moveram a ação dentro dos dez anos estipulados, e o acusado não apresentou ao tribunal nenhum motivo convincente o bastante para alterar sua decisão anterior de que o período de limitação começava em 1990, o tribunal entende que as reivindicações alegadas com base na Segunda Emenda não sofrem restrição de prazo”.

Assim, parece que o decurso do prazo pode não constituir necessariamente um impedimento definitivo para tais ações. Os querelantes terão de comprovar circunstâncias específicas que estejam de acordo com as regras acima, para garantir que os estatutos de limitações não atuem como obstáculo em tais casos.

Outras jurisdições

Embora a maioria dos processos dessa natureza tenha sido movida nos Estados Unidos, demandas de direitos humanos internacionais têm ocorrido no mundo todo. Isso aconteceu inicialmente na Inglaterra. Entre elas, estão:

- *Cape plc*:¹³⁹ suscitado pelos danos físicos relacionados ao asbesto sofridos por vítimas sul-africanas durante as décadas de 1960 e 1970.

- RTZ:¹⁴⁰ suscitado pelo caso de câncer de laringe contraído por um trabalhador escocês empregado na mina de urânio do acusado, na Namíbia.
- Thor Chemical Holdings Ltd.:¹⁴¹ em resposta às críticas do governo inglês quanto à saúde e à segurança, a Thor mudou suas instalações para Natal, na África do Sul, onde continuou a funcionar com as mesmas deficiências que haviam forçado sua partida da Inglaterra, pouco fazendo para reduzir o perigo para os trabalhadores. A Thor ficou sujeita à jurisdição do tribunal ao apresentar uma defesa impossibilitada de alegar desaforamento e finalmente concordou em pagar 1,3 milhão de libras esterlinas.¹⁴²

As questões nesses casos parecem girar inteiramente em torno da discussão sobre jurisdição pessoal, recurso da lei e *rationae forum non conveniens*, sem julgamento do mérito das ações. Daí decorre o comentário de Stephens de que as jurisdições não-americanas têm carência de um “caso Filartiga básico”. O litígio ocorrido na Austrália em torno da Broken Hill Proprietary¹⁴³ mostra o mesmo problema.

Os hererós da Namíbia reivindicam reparação

Um dos primeiros processos relacionados a questões que remetem ao período colonial foi a ação movida em 2001, em Washington, DC, pela Corporação de Reparação ao Povo Hereró e pela tribo hereró, nas pessoas de seu supremo chefe Riruako e outros membros da tribo. Eles¹⁴⁴ estão processando o Deutsche Bank, a Terex Corporation,¹⁴⁵ também denominada Orenstein-Koppel, e a Woermann Line, hoje supostamente conhecida como Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.¹⁴⁶ Embora a maioria considere a África do Sul¹⁴⁷ responsável por muitas atrocidades cometidas na África meridional, o legado colonial da Namíbia, sob o domínio da Alemanha, inclui uma das maiores – o genocídio de quase 100 mil pessoas no começo do século 20. Em junho de 2001, a Corporação de Reparação ao Povo Hereró entrou com uma ação de 2 bilhões de dólares contra as empresas.¹⁴⁸ As companhias, incluindo a Woermann Lines, foram acusadas pela formação de uma aliança para exterminar mais de 65 mil hererós entre 1904 e 1907.

O processo gira em torno de um genocídio perpetrado na Namíbia no começo do século 20,¹⁴⁹ com a matança de mais de 65 mil hererós pela polícia. A política de execução sumária foi anunciada em 2 de outubro de 1904, quando o general Lothar von Trotha decretou: “O povo hereró terá de deixar o país. Caso contrário, eu o forçarei a fazê-lo por meio das armas. Dentro das fronteiras alemãs, todo hereró, quer esteja armado ou desarmado, com ou sem gado, será morto. Não aceitarei mais mulheres ou crianças. Serão devolvidas ao seu povo – caso contrário, ordenarei que sejam mortos. Assinado: o Grande General do Todo-Poderoso Kaiser, von Trotha”.

Além dos 65 mil mortos, cisternas foram vedadas e envenenadas para impedir o acesso da população à água. Ao lado da condenação de milhares à escravidão¹⁵⁰ em fazendas alemãs, as mulheres sobreviventes foram forçadas a servir de “mulheres de conforto” para os colonizadores. Geneticistas alemães chegaram ao país para conduzir estudos raciais sobre a suposta inferioridade dos hererós. Von Trotha criou também cinco campos de concentração, nos quais a taxa de mortalidade era superior a 45%...

Von Trotha quase teve êxito no genocídio. A população hereró foi reduzida em cerca de 80% – restaram aproximadamente 16 mil pessoas, a maioria em campos de concentração. Os documentos do tribunal afirmam: “Pressagiando com precisão arrepiante o irredimível horror do Holocausto europeu apenas algumas décadas depois, os acusados e a Alemanha imperial formaram um empreendimento comercial que sancionou explicitamente e pôs em prática, a sangue frio, o extermínio, a destruição da cultura tribal e da organização social, o confinamento em campos de concentração, o trabalho forçado, experiências médicas e exploração de mulheres e crianças, com o propósito de levar adiante seus interesses financeiros comuns”.

Então, os hererós entraram com um processo contra o Deutsche Bank, sob a alegação de que era a principal entidade financeira e bancária no sudoeste alemão da África. Alegou-se que a Disconto-Gesellschaft, adquirida pelo Deutsche Bank em 1929, controlava, junto com o Deutsche Bank, praticamente todas as operações financeiras e bancárias no sudoeste alemão da África, de 1890 a 1915. A ação judicial afirma que essas entidades

eram constituídas pelos grandes investidores e controladores, acionistas, e diretores das maiores operações de mineração e ferroviárias no sudoeste alemão da África na época. Outras acusações foram de que o Deutsche Bank, por si mesmo e por intermédio da Disconto-Gesellschaft, teve participação crítica nos empreendimentos coloniais alemães, além de ser diretamente responsável e ter cometido crimes contra a humanidade perpetrados contra os hererós. O processo dos hererós contra o Deutsche Bank sustenta que o banco financiou especificamente o então governo e as companhias ligadas ao domínio colonial alemão.¹⁵¹

A Terex também foi processada, pois alegou-se que era a sucessora interessada, ou parceira em fusão, da Orenstein-Koppel Co., a principal entidade de construção ferroviária no sudoeste alemão da África, de 1890 a 1915. Os documentos do tribunal afirmam que Arthur Koppel, o diretor da Orenstein-Koppel, era um poderoso executivo alemão; sua empresa especializou-se na tecnologia de terraplenagem e possuía contratos em todo o mundo no começo do século 20. Alegou-se que a Terex e seus predecessores prosperaram ao longo dos seus 125 anos de existência mediante a organização, a participação e a obtenção de vantagens em um sistema de mão-de-obra escrava. Alegou-se ainda que eles lucraram imensamente com o sistema, foram diretamente responsáveis por ele e cometeram crimes contra a humanidade contra os hererós.

A parte queixosa retirou depois temporariamente a ação por reparações contra a Terex, pois a corporação alegou que estivera sob uma administração diferente na época em que as atrocidades foram cometidas.¹⁵² No entanto, os querelantes em seguida entraram com uma ação judicial contra o governo alemão.¹⁵³ A esse respeito, o chefe Kuaima Riruako afirmou: “Estou processando governos legítimos e companhias que operavam nos tempos coloniais. [...] Somos semelhantes aos judeus que foram destruídos. Os alemães pagaram pelo sangue derramado dos judeus. Compensem-nos também. Está na hora de curar a ferida”.¹⁵⁴

A Woermann Line também está sendo processada, sob a alegação de ter controlado virtualmente todas as atividades de navegação para dentro e para fora do sudoeste alemão da África de 1890 a 1915. A reivindicação do querelante afirma

que a Woermann empregava trabalho escravo, tinha seu próprio campo de concentração, teve participação crucial no empreendimento colonial alemão e que, “individualmente e como membro desse empreendimento, a Woermann é diretamente responsável por ter cometido crimes contra a humanidade perpetrados contra os hererós”.¹⁵⁵

Alega-se que a Otavi Mines and Railway Company (Omeg) foi fundada em 6 de abril de 1900, com o status legal de Companhia Colonial Alemã, com o propósito de explorar jazidas de cobre e construir um sistema ferroviário. O Deutsche Bank, alega-se, foi membro do Conselho de Administração da Omeg de 1900 a 1938. A parte queixosa assevera que a Disconto-Gesellschaft, um dos maiores bancos da Alemanha em 1903, era um investidor importante na Omeg, e que a Woermann Shipping Line, em 1900, havia estabelecido controle completo das empresas portuárias e de navegação no sudoeste da África. Todo o material para a estrada de ferro da Omeg era transportado pela Woermann, com o trabalho forçado e sob escravidão de mais de mil pessoas, que carregavam e descarregavam navios em Swakopmund.

O caso é de enorme relevância por vários motivos. Primeiramente, mostra como o Holocausto alemão foi precedido por um genocídio anterior. Segundo, indica como os tribunais podem ser usados para perseguir a transgressão de direitos humanos mesmo em outro país. Quanto a isso, o chefe hereró argumentou que: “Estamos levando nosso caso para os Estados Unidos porque é mais fácil e mais justo e podemos obter apoio público lá. Os judeus não puderam levar seu caso para a Alemanha; que chance temos, então, de ser bem-sucedidos [na Alemanha]?”¹⁵⁶

Em terceiro lugar, o caso poderia ser precursor de vários outros, em que antigos governos coloniais e empresas comerciais que se beneficiaram da conquista e da dominação são processados pelos habitantes dos territórios que, na época, estavam sob seu controle. Os hererós não foram as únicas vítimas das atrocidades coloniais. Houve, por exemplo, o massacre de milhares de congolezes executado pelos belgas, sob o rei Leopoldo II. Os franceses são também culpados desses crimes, assim como os ingleses. Como argumentou Sydney Haring:

[...] ele representa efetivamente um dos melhores casos para abrir o debate a respeito de reparações pela opressão colonial contra várias potências imperiais. O embasamento direto dessa ação no contexto específico da responsabilidade da Alemanha pelas reparações aos judeus vitimados no genocídio da Segunda Guerra Mundial levanta diretamente a questão: em que difere o genocídio da época colonial do genocídio europeu moderno? Em uma África empobrecida, não é de surpreender que a população nativa não possa aceitar a legitimidade de dois regimes de direito internacional, um para os europeus, outro para os africanos. Como a ação dos hererós se baseia estritamente em um ato específico – e bem documentado – de genocídio do século 20, em uma guerra colonial específica, contra uma nação com registro de reincidência em genocídio, trata-se de um caso apropriado para uma ação de reparações contra a Alemanha.¹⁵⁷

Em uma visita à Namíbia em março de 1998, o presidente alemão Roman Herzog afirmou já ter passado muito tempo para que a Alemanha fizesse qualquer pedido formal de desculpas pelo massacre dos hererós durante o domínio colonial. Disse que os soldados alemães haviam agido “incorretamente” entre 1904 e 1907, quando cerca de 65 mil hererós foram mortos por se opor ao colonialismo. Herzog rejeitou o pagamento de compensação, afirmando que isso não era possível, uma vez que as regras internacionais de proteção às populações civis não existiam na época do conflito e que nenhuma lei protegia os grupos minoritários durante o período colonial.¹⁵⁸ Acrescentou que a Alemanha havia ajudado significativamente a Namíbia por muitos anos e prometeu que o país cumpriria com sua responsabilidade histórica especial em relação à Namíbia.¹⁵⁹ Declarou ainda que a questão das reparações não seria considerada, uma vez que a Namíbia já estava recebendo apoio financeiro preferencial da Alemanha.¹⁶⁰

O governo da Namíbia não apoiou a reivindicação dos hererós. O primeiro-ministro Hage Geingob disse que a abordagem por parte dos líderes hererós de buscar compensação apenas para os namibianos falantes da língua hereró é equivocada¹⁶¹ e que: “Nós [governo] estamos sendo condenados pelo chefe por não agirmos. Mas não podemos simplesmente dizer que queremos dinheiro para os hererós.

Não foram só os hererós que sofreram as conseqüências da guerra. Todos os namibianos sofreram e a melhor coisa a fazer é ajudar a todos os namibianos com estradas e escolas”.¹⁶²

O primeiro-ministro declarou também que, infelizmente, a questão das reparações fora politizada, perguntando por que não fora apresentada ao Parlamento da Namíbia. Isso não aconteceu, no entanto, porque os hererós acusam o partido governante Swapo de desviar 500 milhões de dólares em ajuda alemã para eleitores de Ovambo.¹⁶³ Eles querem, portanto, que a Alemanha estabeleça um fundo que permita aos hererós comprar terra e gado. Gottlob Mbaukua, um líder do partido de oposição hereró em Okahandja, argumentou que: “O que estamos dizendo é que os alemães, como mataram apenas os hererós e ninguém mais, devem nos ajudar a nos reerguer”.¹⁶⁴

Eckhart Mueller, presidente da Organização Cultural Alemã-Namibiana, argumenta que: “O termo genocídio se mostra relativo, quando você está envolvido em uma guerra e é derrotado. Penso que eles estão entrando em um empreendimento sem chances, para obter algum dinheiro. Se não for o genocídio, será uma outra coisa. Temos de enterrar o passado e olhar para o futuro”.¹⁶⁵

Reivindicações das vítimas do *apartheid*

Os abusos dos direitos humanos contra a maioria da população da África do Sul eram abundantes durante o *apartheid*. Muitas pessoas foram desalojadas de suas terras, tiveram sua língua e cultura marginalizadas e sofreram graves violações dos direitos humanos.¹⁶⁶ A maioria dos sul-africanos teve acesso negado a uma enorme variedade de facilidades, instituições e oportunidades, inclusive a muitos lugares e tipos de emprego, particularmente em órgãos do governo. O Estado sul-africano violou sistematicamente os direitos da população negra e submeteu-a a privação socioeconômica.¹⁶⁷ Sul-africanos negros foram privados de seus direitos civis, sendo muitos afastados de onde moravam e destituídos de sua cidadania.¹⁶⁸ Funcionários do governo e outros, agindo com autorização e assistência oficiais, cometeram rotineiramente torturas, ataques e assassinatos.¹⁶⁹ Inúmeras detenções¹⁷⁰ e mortes foram cometidas sob custódia.¹⁷¹ A liberdade de expressão e de

associação ficou severamente limitada. Em consequência disso, em 1973 as Nações Unidas declararam o *apartheid* um crime contra a humanidade. Apesar de a ação do Estado ter sido uma causa importante de abusos dos direitos humanos, outros atores também contribuíram para tais violações, inclusive corporações multinacionais que ajudaram e encorajaram ou se beneficiaram de suas relações com o regime. Alegou-se que mais de 3 bilhões de dólares em lucros foram transferidos anualmente da África do Sul sob o *apartheid* por bancos e negócios estrangeiros entre 1985 e 1993.¹⁷² Em 1987, uma investigação conduzida pela Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre a responsabilidade das corporações multinacionais pela continuação da existência do *apartheid* concluiu que, “por sua cumplicidade, aquelas corporações transnacionais devem ser consideradas partícipes no crime do *apartheid* e ser processadas por sua responsabilidade na perpetuação desse crime”.¹⁷³

O processo interno da África do Sul para lidar com o passado foi sua Truth and Reconciliation Commission (TRC), na qual as vítimas podiam testemunhar sobre os abusos cometidos contra elas e aqueles que perpetraram abusos de direitos humanos podiam pedir anistia da acusação criminal, bem como isenção da responsabilidade civil.¹⁷⁴ Além disso, a TRC presidiu audiências em vários setores, incluindo o judiciário, o setor de saúde e partidos políticos. Foram também realizadas audiências sobre o papel das empresas. Contudo, até serem movidos dois processos nos Estados Unidos, que serão discutidos mais adiante, nada aconteceu contra multinacionais ou outras empresas que se beneficiaram do sistema naquela época. As reparações para as vítimas têm sido discutidas como uma obrigação do Estado. Embora reconhecendo que é necessário fornecer alguma compensação, o Estado, no entanto, não respondeu de maneira ágil às recomendações da TRC no que se refere a quando e quanto pagar às 21 mil pessoas consideradas vítimas.

No que concerne ao setor privado, o que aconteceu na África do Sul foi que a TRC fez um relatório sobre o papel das empresas e dos trabalhadores durante o *apartheid*. Determinou que “um vasto corpo de provas indica um papel central dos interesses do setor privado na elaboração, adoção, implementação e modificação das políticas do *apartheid* ao longo de sua história sinistra”.¹⁷⁵ Chegando a essa conclusão,

a TRC não misturou todos os casos de envolvimento de empresas, nem em seu relatório, nem em sua análise, mas tentou, em vez disso, fazer um pronunciamento¹⁷⁶ quanto ao papel do empreendimento privado no *apartheid*¹⁷⁷ mais matizado e estruturado – e talvez, portanto, mais crível. A TRC dividiu a culpabilidade das empresas em três categorias:

- Envolvimento de primeira ordem: “envolvimento direto com o Estado na formulação de políticas ou práticas opressivas que resultaram em baixo custo da mão-de-obra (ou que aumentaram os lucros de outra forma)”.¹⁷⁸
- Envolvimento de segunda ordem: “conhecimento de que seus produtos ou serviços seriam usados para propósitos moralmente inaceitáveis”.¹⁷⁹
- Envolvimento de terceira ordem: “atividades comerciais usuais, que foram beneficiadas indiretamente pelo fato de operar no contexto estruturado racialmente de uma sociedade de *apartheid*”, mas, “[...] levado à sua conclusão lógica, esse argumento precisaria ser estendido para as empresas que financiaram partidos de oposição e movimentos contra o *apartheid*. Evidentemente, nem todas as empresas podem ser consideradas farinha do mesmo saco”.¹⁸⁰

Um comentarista escreveu sobre essa categorização: “A TRC declarou os dois primeiros níveis repreensíveis *per se* [...]. Não obstante, suas conclusões matizadas com relação a outras empresas refletiram uma avaliação de quanto o *apartheid* os beneficiou claramente e da complexidade das interações do setor privado com o governo. Afinal, embora concluindo que o governo e o setor privado “cooperaram na construção de uma economia que beneficiava os brancos”, rejeitou tanto uma condenação de todo o setor privado como colaborador quanto uma justificação por submeter e ajudar a dar fim ao sistema”.¹⁸¹

O papel dos bancos

O relatório da TRC parece inserir os bancos (tanto locais quanto estrangeiros) na segunda e na terceira categorias de culpabilidade.¹⁸² Ao discutir o envolvimento de segundo nível, o relatório observa o exemplo dos bancos que forneceram

cartões de crédito clandestinos à polícia, determinando que: “Um banco que fornece cartões de crédito clandestinos à polícia para ajudá-la com, digamos, as investigações de fraudes de colarinho-branco, encontra-se em posição diferente daquele que, com conhecimento de fato, fornece cartões de crédito clandestinos a esquadrões da morte para ajudá-los a atrair suas vítimas”.¹⁸³

Todavia, o relatório da TRC constatou que “não houve tentativa evidente por parte do setor bancário de investigar ou deter o uso que estava sendo feito de suas instalações em um ambiente em que predominavam violações graves dos direitos humanos”.¹⁸⁴ Além disso, o Council of South African Banks (Cosab) “reconheceu que ser um banco ‘inevitavelmente’ significava fazer negócios com diversos órgãos que eram parte integrante do sistema do *apartheid*”.¹⁸⁵ No entanto, o relatório da TRC não chegou às suas próprias conclusões (ele cita, mas não adota claramente as hipóteses dos outros) no que se refere às conseqüências de um banco “fazer negócios” com o regime do *apartheid*.

Semelhante ao primeiro caso de *apartheid*, comentado mais adiante, e muito provavelmente devido à mesma falta de informação, o relatório da TRC não tentou o passo seguinte de analisar qualquer transação particular ou qualquer relação entre um banco e uma instituição do *apartheid* para averiguar: (1) até onde atividades de crédito ajudaram e incentivaram a opressão; e (2) até onde os bancos deveriam ter previsto ou sabido que as atividades de crédito ajudariam e estimulariam a opressão.

Por exemplo, o relatório citou o depoimento do Cosab para a TRC, que afirmava: “Pela própria natureza de seus negócios, os bancos achavam-se envolvidos em cada aspecto do comércio durante os anos do *apartheid*. Sem eles, o governo e a economia teriam ficado paralisados. Mas essa teria sido uma decisão do tipo “tudo ou nada”. Não poderia haver uma posição de meio-termo. Ou você está no negócio bancário, ou não está. Não cabe a um banco dizer que aceitará instruções de seu cliente para pagar uma pessoa e não outra”.¹⁸⁶

Portanto, embora o relatório da TRC tenha reconhecido que enquanto “os bancos estavam, ‘deliberadamente ou não’, envolvidos no fornecimento de serviços bancários e emprestando dinheiro ao governo do *apartheid* e suas

agências”, observou também que os bancos “estavam, de modo similar, envolvidos na movimentação de fundos de doadores de além-mar para organizações de resistência ao *apartheid*”.¹⁸⁷ Essa forma de permitir que o lado sombrio do quadro venha à tona, sem contudo dele tratar inteiramente, fica também evidente na abordagem do papel do “setor privado” de modo geral.

O papel do setor privado

Embora considerando que o envolvimento geral do setor privado durante o *apartheid* estendeu-se pelas três categorias de culpabilidade, o relatório da TRC deu especial atenção ao papel duplo do setor privado em (com frequência simultaneamente) ajudar e atrapalhar o *apartheid*. Por exemplo, o relatório observou que: “[...] muitas organizações do setor privado estavam inseguras quanto a como reagir à crise econômica e à inquietação política. Como observou o Cosab: o setor privado foi pego entre um reconhecimento do desejo e da inevitabilidade de reformas políticas significativas e uma gama de avanços que resultaram em muita instabilidade e que eram, pura e simplesmente, prejudiciais para os acionistas das empresas”.

Sua resposta a esse dilema agudo foi, por um lado, tentar acelerar o processo das reformas e facilitar o contato entre os diferentes interesses políticos – tanto dentro quanto fora da África do Sul – e, por outro, montar uma ação de retaguarda contra as sanções e a campanha de não-investimento e contra os níveis crescentes de violência que ameaçavam a economia e a geração de empregos.¹⁸⁸

Ainda que o relatório tenha registrado esforços por parte do setor privado para acelerar as reformas – como “visitas de lideranças empresariais representativas ao ANC no exílio”¹⁸⁹ –, enfatizou também as “ações de retaguarda” – como o envolvimento do setor privado com Joint Manages Committees (JMCs), que faziam parte do Sistema de Administração da Segurança Nacional.¹⁹⁰ Embora deixando claro que o objetivo dos JMCs era “essencialmente prolongar a dominação branca”,¹⁹¹ o relatório observou também que: “Onde a participação [do setor privado] resultou na canalização de recursos para as municipalidades, as questões morais são mais nebulosas. Embora o desenvolvimento nas municipalidades

propiciado pelo JMC fosse certamente motivado por propósitos contra-revolucionários, há uma diferença importante entre estratégias contra-revolucionárias baseadas no fornecimento de infra-estrutura para a população e estratégias baseadas em tortura e repressão. Novamente, o setor privado não desempenhou papel homogêneo no processo”.¹⁹²

Sobre o tema das sanções, o relatório observou que a oposição vinda do setor privado, além de partir do interesse próprio movido pelo lucro, “se originou também de uma crença por parte de alguns de seus segmentos de que o crescimento econômico, mais do que a intensificação da pobreza, promove a democracia”.¹⁹³ Admiravelmente, o relatório pouco fez para avaliar tanto essa crença, sua difusão e representatividade, quanto as razões por que uma empresa, em proveito próprio, escolheria abraçá-la (ou alegar abraçá-la).

Em defesa da TRC, no entanto, poucas corporações – particularmente as multinacionais – se ofereceram para depor perante a Comissão.¹⁹⁴ Além disso, o fato de a TRC não estar em “posição de impor – ou eliminar – a responsabilidade legal, muito menos criminal, sobre as corporações”,¹⁹⁵ pode ter influenciado tanto a hesitação da própria comissão de emitir condenações quanto, considerando a atmosfera de relativa impunidade, o fato de as multinacionais terem resolvido ignorar os procedimentos.

Como resultado desses processos, dois casos foram registrados nos Estados Unidos reivindicando indenização por eventos ocorridos durante o *apartheid*.

O primeiro caso relativo ao *apartheid*

Em junho de 2002, milhares de sul-africanos entraram com uma ação coletiva contra várias corporações¹⁹⁶ multinacionais no Distrito Sul de Nova York, com base no ATCA.¹⁹⁷ Em agosto, uma ação judicial apontou como co-conspiradoras do regime do *apartheid* as seguintes empresas: Citigroup, Crédit Suisse, UBS, Deutsche Bank, Dresdner Bank, CommerzBank, IBM, Amdahl Corporation, ICL Ltd., Burroughs, Sperry and Unisys (antecessora da Sperry and Burroughs).¹⁹⁸ Segundo seus advogados, as companhias de mineração Anglo American e De Beers podem ser acrescentadas a essa lista de acusados. Além disso, os advogados escreveram para mais de 27 bancos e corporações propondo

diálogo para discutir acordos.¹⁹⁹ Fora os potenciais réus Anglo American e De Beers, o processo não visou empresas locais.²⁰⁰

A acusação, apresentada originalmente apenas contra bancos suíços e americanos, sustenta que “[...] para que a justiça seja feita, as instituições financeiras e empresas que alimentaram e tornaram possível o reinado de terror do regime do *apartheid* devem prestar contas de seus pecados, crimes e explorações, assim como as empresas que alimentaram e tornaram possível o reinado de terror do nazismo”.²⁰¹ A acusação pleiteia 50 bilhões de dólares em indenizações,²⁰² afirmando que, não fossem os empréstimos dos bancos, o *apartheid* não teria sobrevivido pelo tempo que sobreviveu²⁰³ e que as empresas de informática “sabiam muito bem que seus equipamentos, sua tecnologia e seus sistemas eram usados pelo sistema do *apartheid* de modo a facilitar e encorajar a violação de direitos humanos e a perpetração de atrocidades contra a maioria da população da África do Sul”.²⁰⁴

Quanto aos negócios no setor da mineração, o objetivo era incluir práticas de trabalho racistas e abusivas durante o período do *apartheid*.

Ed Fagan, o advogado americano que cuida do caso, enviou uma nota à imprensa sublinhando uma parte da acusação que liga o comportamento dos bancos alemães à sua história no Terceiro Reich.²⁰⁵ Fagan “tem sido, de diversos modos, descrito como um defensor oportunista de causas perdidas e espetaculares”.²⁰⁶ As respostas a Fagan e ao processo foram pouco entusiasmadas; não é de surpreender a frieza explícita do governo e a reação da imprensa, menos aprovadora do que Fagan havia esperado.²⁰⁷

O segundo caso relativo ao *apartheid*

Em 12 de novembro de 2002, o segundo processo, *Khulumani et al. vs Barclays et al.*,²⁰⁸ deu entrada na Corte Distrital Leste de Nova York contra oito bancos e doze companhias de petróleo, transportes, tecnologia de comunicações e armamentos de Alemanha, Suíça, Grã-Bretanha, Estados Unidos, Países Baixos e França.²⁰⁹

A ação foi proposta em nome do Grupo de Apoio Khulumani e 108 indivíduos “vítimas de tortura, assassinato, estupro, prisão arbitrária e tratamento desumano, com a

sanção do Estado”. A Jubilee South Africa afirmou que: “As corporações ajudaram e incitaram um crime contra a humanidade, cujos danos sociais permanentes exigem urgentes reparações. [...] Elas obtiveram lucros maciços, enquanto o sofrimento das vítimas do *apartheid* se intensificava. Os bancos e o setor privado ignoraram constantemente nossas tentativas de discutir seu papel no apoio a amplos programas sociais para a reconstrução e o desenvolvimento das comunidades afetadas e para compensar indivíduos específicos pelos prejuízos que as corporações tornaram possíveis”.²¹⁰

Em sua declaração à imprensa, os queixosos afirmaram que haviam tentado por quatro anos, sem sucesso, que “os bancos multinacionais e as empresas que apoiaram o Estado sob o *apartheid* prestassem contas de sua exploração odiosa”. O Grupo de Apoio Khulumani observou que esse processo “[...] é o único caminho que nos restou para garantir que a verdade sobre a extensão da cumplicidade das corporações nos abusos do *apartheid* seja conhecida e que seja feita justiça às vítimas. Elas não podem ser deixadas de lado para que paguem por seu próprio sofrimento. As corporações multinacionais devem estar cientes de que a cumplicidade em crimes contra a humanidade não compensa”.²¹¹

Em sua nota à imprensa, a Apartheid Debt & Reparations Campaign afirmou: “Nessa ação, expressamos nosso compromisso com o futuro das vítimas do *apartheid*, com a proteção dos direitos humanos e com a soberania da lei. [...] Ela foi movida após longa consideração internacional quanto a sua base legal e factual e após extensa consulta a organizações-chave. Mais acusações de peso equivalente serão registradas nos próximos meses, relacionadas a outros aspectos dos crimes cometidos pelo *apartheid*”.²¹²

A empresa de advocacia norte-americana que representa os querelantes observou em sua nota à imprensa²¹³ que a demanda:

[...] procura responsabilizar o setor privado por ajudar e incentivar o regime de apartheid na África do Sul, facilitando a prática dos crimes de segregação, trabalho forçado, genocídio, assassinato extrajudicial, tortura, agressão sexual e prisão ilegal. A comunidade mundial reconheceu o apartheid em si como um crime contra a humanidade. O apartheid não poderia ter sido mantido como se manteve sem a participação dos acusados

[...]. A ação está baseada nos princípios de imputabilidade do common law e no Alien Torts Claims Act, 28 U.S.C. 1350, que concede jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos sobre determinadas violações do direito internacional, a despeito de onde tenham ocorrido [...]. A evidência histórica recente mostra que o envolvimento de companhias privadas nas indústrias-chave de mineração, transportes, armamentos, tecnologia, petróleo e financiamento não só foi útil na implementação dos abusos como também esteve tão completamente ligado aos abusos propriamente ditos que o apartheid provavelmente não teria ocorrido do modo como ocorreu sem a participação delas.

Na África do Sul, esses dois casos foram vistos de modo um tanto controverso. O ex-presidente F. W. de Klerk manifestou-se contra os processos, afirmando que aconselhará as empresas a resistir às ações judiciais. Declarou também que esses casos dariam esperanças falsas de enriquecimento aos sul-africanos pobres.²¹⁴

Quanto ao governo sul-africano, afirmou que não dará apoio às ações contra as multinacionais citadas por terem apoiado o *apartheid*. O ministro da Justiça e do Desenvolvimento Constitucional, Penuell Maduna, teria dito que a posição do ministério é de “indiferença”, não apoiando nem rejeitando as ações. Ele afirmou que: “Não apoiamos as ações por reparações individuais. Temos negócios em andamento para investimentos na África do Sul pós-*apartheid* com essas mesmas empresas citadas na ação judicial. O alvo é conseguir que essas companhias continuem investindo na África do Sul, para benefício de toda a população”.²¹⁵

O ministro da Economia sul-africano, Trevor Manuel, afirmou que as ações não podem resolver os problemas criados pelo *apartheid* nem responder pela: “enormidade do crime que é o *apartheid* em si mesmo. E para tal, não podem haver compensações individuais [...]. Esse tipo de especulação, em que se buscam vítimas [...], não considera o *apartheid* propriamente como uma violação grave dos direitos humanos, mas procura agressões físicas, lesões, tortura e mortes”.²¹⁶

Conclusão

O papel das corporações multinacionais na perpetração de abusos dos direitos humanos durante o período colonial e o

apartheid foi considerável. Seu papel está sob uma fiscalização maior do que nunca na história. Parte do motivo para isso é que cada vez mais vêm sendo criadas normas e padrões quanto à conduta das companhias em relação aos direitos humanos. Com isso, também o papel desempenhado pelas corporações no passado vem sendo examinado muito mais detalhadamente. Outra razão para a crescente fiscalização e exigência de prestação de contas é o fato de terem aumentado os mecanismos de apuração de responsabilidade final, tanto no nível doméstico quanto no internacional. À medida que a fiscalização se intensifica, mais atenção é dirigida a essas questões, e, à medida que mais informações vêm à tona, as possibilidades de indenização aumentam.

Recentemente, o movimento pelas reparações tem crescido de modo exponencial. Em várias frentes nos últimos anos, a probabilidade de reparação por abusos dos direitos humanos se tornou mais concreta. Portanto, é possível que a solução para a questão espinhosa das reparações por violações perpetradas há relativamente muito tempo possa ser alcançada no futuro. Avanços relacionados à jurisdição universal podem também ajudar nesse aspecto. No âmbito doméstico, é em grande parte o sistema legal americano que permite – ou é adequado para isso – a demandantes estrangeiros reivindicarem indenização. Contudo, é possível que autores de ações possam procurar usar os tribunais em outros países para perseguir infratores. O prazo prescricional talvez venha a ser um dos grandes empecilhos para tais reivindicações. As lições de outros casos, em especial aquelas relacionadas ao Holocausto, mostram que reivindicações desse tipo muitas vezes não são bem-sucedidas porque um tribunal dá um veredicto, mas pela pressão exercida sobre os acusados, que se dispõem a fazer um acordo, para evitar a publicidade negativa. Isso ainda não ocorreu com as ações judiciais relacionadas ao colonialismo ou ao *apartheid*, porém tais processos ainda estão em seus estágios iniciais. Seu grau de sucesso, seja via julgamento, seja via acordo com a parte acusada, determinará se e como muitas outras ações serão movidas.

No entanto, essas ações não constituem a panacéia para os problemas que os países e seus habitantes afetados têm de enfrentar, uma vez que “quase nenhum julgamento [...] foi ganho, e muitos réus escolheram fugir dos Estados

Unidos durante o curso do litígio”.²¹⁷ Além do mais, os tribunais não se mostram ainda suficientemente favoráveis a essas ações e muito poucos desses casos foram encerrados com sucesso. Embora o clima pareça estar melhorando, levará tempo para os tribunais dos Estados Unidos, ou de outros lugares, se sensibilizarem com esse tipo de demanda. É preciso também ter em mente que:

*As corporações, diferentemente de outros acusados em ações com base no Alien Torts Claims Act, têm a motivação, o dinheiro e a experiência para brigar na justiça até atingir todos os limites jurisdicionais e usar vantagens da estrutura corporativa de que dispõem para evitar um processo judicial baseado no mérito. Para contornar ou superar tais defesas por parte das corporações, os autores de processos contra multinacionais são levados em duas direções diferentes. Por um lado, devem visar o comportamento da multinacional que levou diretamente às violações de direitos humanos no país em questão (focando as operações da empresa e suas relações com o Estado), porque os casos baseados no ATCA exigem uma base factual maior do que o normal nos estágios iniciais; por outro, devem se concentrar na atividade das multinacionais em suas sedes de operações corporativas para facilitar a determinação da jurisdição pessoal da multinacional acusada e para evitar intrusões inaceitáveis no governo do Estado anfitrião e em seu relacionamento com os Estados Unidos. A síntese dessas tendências opostas pode dificultar a vida de alguns litigantes de direitos humanos, mas a longo prazo servirá para garantir que somente casos meritórios sejam ouvidos pelas cortes americanas”.*²¹⁸

Devido a esses fatores, que irão impedir ou limitar tais casos por algum tempo, o caminho político para a indenização será mais importante no futuro. Isso acontecerá à medida que as questões receberem maior aceitação internacional e à medida que os que sofreram a violência dos abusos dos direitos humanos coloniais e do *apartheid* exercerem maior pressão.

NOTAS

1. Ver, de forma geral, T. de Pelsmaecker et al., 2002.
2. Ver, de forma geral, J. Sarkin & W. Binchy, 2001.
3. Ver também J. Sarkin et al., 2001.
4. Um exemplo de perseguição a alguém responsável por abusos dos direitos humanos é o processo penal contra Hissène Habré, ex-ditador do Chade. Ver R. Brody, 2001; e também B. Crossette, 1999.
5. Ver também J. Sarkin, 1996; 1997; 1998; 1999a; 1999b; 1999c; 2000a; 2000b; 2001a; 2003.
6. A maioria dos países da África, por exemplo, passou por um período colonial sob a dominação de potências européias, como França, Alemanha, Grã-Bretanha, Itália, Bélgica e Portugal.
7. O conceito de crimes contra a humanidade encontra-se na Cláusula Martens da 2ª Convenção de Haia de 1899 e na 4ª Convenção de Haia de 1907. A versão mais antiga da Cláusula Martens (Preâmbulo, 2ª Convenção de Haia de 1899) se refere às "leis da humanidade"; a versão posterior (Protocolo Adicional I) se refere aos "princípios da humanidade". Ver E. Kwakwa, 1992, p. 36. A Convenção de 1907 afirma que: "Até que um código mais completo das leis de guerra seja editado, as altas partes contratantes consideram conveniente declarar que, em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, os habitantes e beligerantes permanecem sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito das nações, uma vez que estes resultam dos usos estabelecidos entre povos civilizados, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública". Um uso ainda mais antigo do termo é encontrado na Declaração de 1868 de São Petersburgo de uma Comissão Militar Internacional. Tal declaração limitava o uso de certos explosivos ou projéteis incendiários durante a guerra, por serem declarados "contrários às leis da humanidade".
8. A Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land e o seu anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1899, são considerados "os primeiros tratados modernos importantes sobre *jus in bello*". Ver S. R. Ratner & J. S. Abrams, 1997, p. 45. Mas é relevante apenas até certo ponto, porque vincula suas partes signatárias. Onde houve guerra entre partes signatárias havia dispositivos legais que exigiam que os prisioneiros de guerra fossem tratados humanamente, e esses prisioneiros "serão tratados no que refere a alimentação, alojamentos e vestimentas, nas mesmas condições que as tropas do governo que os capturaram". O artigo 23 (c) proibia a morte ou o ferimento de inimigos sem condições de defesa ou que tivessem se rendido. Também relevante para ações futuras poderia ser a Convention (IV) in Respect

of the Laws and Customs of War on Land e seu anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1907.

9. O termo “genocídio” somente recebeu reconhecimento formal e legal no julgamento de Nuremberg, embora a Carta do Tribunal não tenha usado o termo expressamente. O termo foi cunhado na década de 1940, por Raphael Lemkin. A Convenção de Genocídio foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas somente em 1948.

10. Um exemplo disso, que será abordado bem mais detalhadamente adiante, é o caso do genocídio cometido contra os hererós, na Namíbia, no início do século 20. O argumento apresentado pelo presidente Roman Hertzog, da República Federal da Alemanha, durante visita à Namíbia em 1998, foi que nenhum crime havia sido cometido, já que não havia na época nenhuma lei que proibisse tal conduta.

11. A declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, realizada em 2001, reconheceu no artigo 158 “que essas injustiças históricas contribuíram inegavelmente para a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social, as disparidades econômicas, a instabilidade e a insegurança que afetam muitos povos em diversas partes do mundo, particularmente nos países em desenvolvimento. A Conferência reconhece a necessidade de realizar programas para o desenvolvimento social e econômico dessas sociedades e a Diáspora, sob o quadro de uma nova parceria baseada no espírito de solidariedade e de respeito mútuo, nas seguintes áreas: [...]”. United Nations A, General Assembly Distr., General, A/ Conf. 189/ 24 set. 2001, World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 ago.-8 set. 2001. Adotado em 8 set. 2001, em Durban, África do Sul (versão final liberada em 31 dez. 2001).

12. Por exemplo, o legado da conferência de Berlim de 1884-1885, quando as potências colonizadoras européias se reuniram para repartir a África entre si como colônias e territórios dominados, ainda tem um grande efeito sobre a extensão da devastação dos conflitos no continente. Ver J. Sarkin, 2002. Não é de surpreender que, tendo como cenário essa disposição arbitrária e injustificável de fronteiras e políticas de identidade étnica rígidas, em um ambiente dominado pelo subdesenvolvimento, vinte dos 48 genocídios e “politicídios” que ocorreram pelo mundo entre 1945 e 1995 tenham acontecido na África. Ver H. Solomon, 1999, p. 34; e também P. Brogan, 1992.

13. N. Kritz, 1998, p. xxvii.

14. Ver: Declaração dos Direitos Humanos, artigo 8; Acordo Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 2(3)(a), e Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, artigo 14 (1).

15. Ver o caso da fábrica Chozrow, Publications of the Permanent Court of

International Justice, Collection of Judgments, série A, n. 9, 21; série A, n. 17, 29 (27 jun. 1928). Esse caso foi mencionado com aprovação no julgamento de 14 fev. 2002, República Democrática do Congo vs Bélgica, onde o tribunal afirmou que “a reparação deve, até onde possível, eliminar todas as conseqüências do ato ilícito e restabelecer a situação que teria, com toda a probabilidade, existido se aquele ato não houvesse sido cometido”.

16. Um exemplo é a decisão do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos no caso Velásquez-Rodriguez. Ver Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, Velásquez-Rodriguez vs Honduras, série C, n. 7, julgamento de 21 jul. 1989 (indenizações compensatórias), parágrafo 71. Ver também C. Tomuschat, 2002.

17. Ver também K. Rendall, 1998; B. Brown, 2001; R. Brody, 2001; N. Roht-Arriaza, inverno de 2001; L. Sadat, 2001; M. Scharf & T. Fischer, 2001.

18. Ver M. J. Bazylar, 2002.

19. Também foram registradas ações nos termos do Torture Victim Protection Act, de 1991. Ato 12, 1992, P.L. 102-256, 106 Stat. 73. Contudo, o tribunal no caso Beanal vs Freeport-McMoran, Inc. sustentou que, como o TVPA usou o termo “individual”, não era intenção do Congresso incluir corporações entre os acusados. 969 F. Supp. 362, 382 (E.D. La. 1997).

20. Um exemplo do aumento do número e do tipo de ações judiciais registradas é uma ação contra a Royal Dutch Petroleum Company e a Shell Transport and Trading Company (Royal Dutch/Shell). No caso Wiwa vs Royal Dutch Petroleum, 96 Civ 8386 (S.D.N.Y., registrada em 8 nov. 1996) 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), a Shell foi acusada de cumplicidade nos enforcamentos ocorridos em 10 de novembro de 1995, de Ken Saro Wiwa e John Kpuinen, dois dos nove líderes do Movement for the Survival of the Ogoni People (Mosop), a tortura e a detenção de Owens Wiwa, e o ferimento de uma mulher que protestava pacificamente contra a destruição de sua plantação, para instalar no terreno um oleoduto da Shell, e que recebeu um tiro por parte das tropas nigerianas convocadas pela Shell. O processo foi movido com base no ATCA e no Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act. Outra ação foi movida contra o presidente Robert Mugabe do Zimbábue. Esse caso foi, no entanto, barrado pelo governo americano, citando a preocupação de que ele poderia ter direito a imunidade diplomática. Ver “Zimbabwe president accused of orchestrating terror in United States suit”. *CNN.com*, 10 set. 2000. Ver também F. L. Kirgis, 2000.

21. Ver M. Bossuyt & S. Van de Ginste, 2001.

22. Ver A. J. Sebok, 2001.

23. United Nations, A General Assembly Distr., General, A/ Conf. 189/... 24 set. 2001. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 ago.-8 set. 2001. World Conference Against

Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, África do Sul (versão final publicada em 31 dez. 2001).

24. Apenas dois exemplos disso são os artigos 13 e 14. O artigo 13 diz: "Nós reconhecemos que a escravidão e o comércio de escravos, inclusive o comércio transatlântico de escravos, foram tragédias terríveis na história da humanidade não apenas devido ao seu barbarismo repugnante, mas também em termos de sua dimensão, natureza organizada e, especialmente, de sua negação da essência das vítimas, e reconhecemos ainda que a escravidão e o comércio de escravos são um crime contra a humanidade e deveriam ter sido sempre considerados assim, especialmente o comércio transatlântico de escravos, estando entre as fontes e manifestações mais importantes do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e intolerâncias relacionadas; e que os africanos e os povos de descendência africana, os asiáticos e os povos de descendência asiática e os povos indígenas foram vítimas desses atos e continuam a ser vítimas de suas conseqüências". O artigo 14 diz: "Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, à discriminação racial, xenofobia e intolerância relacionada, e que os africanos e os povos de descendência africana, e os povos de descendência asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas conseqüências. Nós reconhecemos o sofrimento causado pelo colonialismo e afirmamos que, onde quer que ocorra e em qualquer tempo, deve ser condenado e sua recorrência impedida. Lamentamos ainda que os efeitos e a persistência dessas estruturas e práticas tenham estado entre os fatores que contribuíram para desigualdades sociais e econômicas duradouras em muitas partes do mundo atual".

25. No contexto da ação judicial dos hererós da Namíbia, Haring alega que os "hererós têm consciência de que os regimes de reparações existentes no mundo atual são políticos, não legais. Mas essas ações políticas têm uma história comum de serem movidas por um amplo jogo de cena jurídico, criando um clima moral poderoso de apoio às reparações e formando a opinião pública". S. L. Haring, 2002, 393, 410.

26. J. R. Paul, 2001.

27. S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 85. Ver também B. Frey, 1997.

28. Ver, por exemplo, L. Fernandez, 1996.

29. Ver M. Penrose, 2000; A. Perez, 2000; C. Pierson, 2000; A. Hasson, 2002.

30. Para que a ação judicial contra um país tenha êxito, seus autores precisam superar alguns obstáculos. Nos Estados Unidos, o Foreign Sovereign Immunities Act muitas vezes funciona para eximir os atores estatais da responsabilidade. Ver também L. Saunders, 2001. A Suprema Corte no caso Argentine Republic vs Almerada Hess Shipping Corporation decidiu que a lei de 1976 estabelecia uma imunidade geral de Estados estrangeiros diante dos tribunais americanos. Ver

Argentine Republic vs Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428 (1989).

31. M. Ellinikos, 2001, 35.

32. J. Charney, 1983.

33. C. Forcese, 2002, 26, 487.

34. Ver o caso Eastman Kodak Co. vs Kavlin, no qual houve a denúncia de que a empresa boliviana conspirava com as autoridades bolivianas para prender o querelante. A Corte Distrital observou que "seria um sistema de delitos civis estranho se impusesse responsabilidade aos atores estatais, mas não àqueles que haviam se envolvido diretamente na conspiração com eles". 978 F. Supp. 1078 (S.D. Fla. 1997).

35. A. Ramasastry, 2002.

36. Id., *ibid.*

37. A corporação poderia ser vista, às vezes, como cúmplice do regime que na verdade cometeu os abusos. A esse respeito, o Tribunal Criminal Internacional da Iugoslávia determinou que um cúmplice é culpado se "sua participação afetou direta e substancialmente a perpetração daquela ofensa pelo seu apoio à perpetração efetiva antes, durante ou depois do incidente. O tribunal requer ainda que o réu atue com conhecimento do ato associado". Citado em S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 501.

38. A. Clapham & S. Jerbi, 2001, 339, 340 (citando o preâmbulo da UNDHR).

39. Id., *ibid.* Os autores observam também que, embora as corporações não estejam sujeitas à UNDHR, algumas reagem à condenação social suscitada por sua violação incorporando "a seus princípios comerciais um compromisso explícito" de preservar os direitos humanos.

40. L. Henkin, 1999, apud B. Stephens, 2002, 20, 45.

41. Barcelona Traction, Light and Power Co., Belgium vs Spain, INT.GERI 3, parágrafo 70 (1970).

42. S. R. Ratner, *op. cit.*, 492.

43. Id., *ibid.*, 493.

44. Id., *ibid.*, 494.

45. Ver, de forma geral, S. R. Ratner, *op. cit.*

46. A. Ramasastry, 2002a e 2002b.

47. S. R. Ratner, *op. cit.*, 493.

48. T. Van Boven, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms". UN GAOR 4th Comm., 45th Sess., Provisional Agenda Item 4,

parágrafo 57, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).

49. Ver documento da Comissão dos Direitos Humanos da ONU E/CN.4/2000/62, 18 jan. 2000.

50. Ver também C. Tomuschat, 2002.

51. Na decisão do caso Promotor vs Tadic IT-94-1-A, 15 jul. 1999, o tribunal se baseou em princípios internacionais para atribuir ações de atores particulares a atores estatais. A corte sustentou que um Estado pode ser considerado responsável por seu pedido a um particular para executar tarefas em seu nome (Julgamento do Tribunal de Recursos, parágrafo 119).

52. K. Parker, 1994, 497, 502.

53. Em outro exemplo mais recente, o governo americano concordou em pagar 5 mil dólares e emitir um pedido de desculpas a 2.200 japoneses latino-americanos que foram deslocados da América Latina durante a Segunda Guerra Mundial e mantidos em campos de concentração nos Estados Unidos. Isso resultou de um acordo oriundo do caso Mochizuki vs Estados Unidos n. 97-924C, 41 Fed. Cl. 54 (1998). Ver N. T. Saito, 1998.

54. 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).

55. Id., *ibid.*, 890.

56. 9 Hum. Rts. L.J. 212 (1988).

57. Ver T. Yu, 1995; T. Tree, 2000, 466-68; K. Park, 2000.

58. Ver M. J. Bazylar, 2002.

59. Id., *ibid.*

60. Id., *ibid.*

61. Id., *ibid.*

62. Id., *ibid.*

63. Ver também R. Foos, 2000.

64. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.

65. Id., *ibid.*

66. Id., *ibid.*

67. Ver, de forma geral, V. N. Dadrian, 1998.

68. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.

69. Ver <<http://www.theaustralian.news.com.au>>.

70. Naquela época já se questionavam os estatutos de limitação de prazo. Por exemplo, em 1897 Oliver Wendell Holmes perguntou: "Qual é a justificativa para privar um homem de seus direitos, o que constitui o mal em si, em consequência

do lapso de tempo?”. A questão será explorada mais adiante em maiores detalhes.

71. Participaram da conferência: Áustria-Hungria, Alemanha, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grã-Bretanha, Itália, Países Baixos, Portugal, Rússia, Espanha, Suécia-Noruega, Turquia e Estados Unidos.
72. Trata-se de uma questão altamente controversa. Ver R. W. Tracinski, 2002.
73. *Cato vs Estados Unidos*, 70 F.3d 1103 (9th Cir. 1995).
74. Apud A. A. Aiyetoro, 2002, 3, 133.
75. *Id.*, 3, 133, 138.
76. Em *Filartiga vs Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2^d Cir 1980), o tribunal determinou que “a tortura deliberada perpetrada sob a insígnia da autoridade oficial viola normas universalmente aceitas da lei internacional dos direitos humanos, independente da nacionalidade das partes. Assim sendo, sempre que um torturador declarado é encontrado e intimado pela justiça, dentro das fronteiras dos Estados Unidos, o ATCA fornece jurisdição”.
77. Para uma análise da razão pela qual as jurisdições não-americanas têm geralmente visto tão poucas ações civis internacionais relacionadas aos direitos humanos, ver B. Stephens, 2002, 27, 1.
78. H. Ward, 2001, 27, 451, 454-55. Para a questão de como os tribunais holandeses poderiam lidar com os recursos jurisdicionais e escolher da matéria de lei se fossem abertos processos envolvendo prejuízos sofridos em países estrangeiros, ver, de maneira geral, A. Nollkaemper, 2000; e G. Betlem, 2000.
79. J. Glaberson, 2001.
80. B. Stephens, 2002b, 27, 1, 24.
81. *Filartiga vs Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2^d Cir. 1980).
82. B. Stephens, *op. cit.*, 13.
83. *Id.*, *ibid.*, 18.
84. *Id.*, *ibid.* Evidentemente o processo Pinochet, no Reino Unido, dá um certo estímulo à idéia de perseguir violadores dos direitos humanos. Ver R. Brody, 1999. Ver também C. Nicholls, 2000.
85. B. Stephens, *op. cit.*, 14-16.
86. B. Stephens, 2001.
87. *Smith Kline & French Labs vs Bloch*, 2 All E.R. 72, 74 (Eng. 1983).
88. Isso inclui o Torture Victims Protection Act, o Foreign Sovereign Immunities Act e leis relacionadas ao terrorismo.
89. 630 F.2d 876, 880 (2^d Cir. 1980).

- 90** D. M. Ramsey, 2001, 24, 361.
- 91.** Id. *ibid.*, 364.
- 92.** Estas incluem doutrinas de desaforamento, respeito internacional, ato de Estado e questões políticas.
- 93.** Ver, de maneira geral, E. Gruzen, 2001a e 2001b; M. D. Ramsey, 2001, 24, 361.
- 94.** *Iwanova vs Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 489-90 (D.N.J. 1999).
- 95.** A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241, 249.
- 96.** 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995). Aqui os querelantes eram cidadãos muçumanos e croatas da Bósnia-Herzegovina. Eles processaram o líder adversário por ter cometido graves violações dos direitos humanos, como genocídio e crime de guerra. Ver também J. Lu, 1997, 35, 531.
- 97.** Id., *ibid.*, 350.
- 98.** Id., *ibid.*, 239.
- 99.** *Doe vs Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9th Cir., 18 set. 2002), 32-33.
- 100.** Ver também J. Sarkin, 2001b.
- 101.** Ver, por exemplo, *Doe vs Unocal*, 110 F. Supp. 2d at 1294, 1306-1307 (C.D. Cal. 2000); *Iwanova vs Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d. 424, 443 (D.N.J. 1999).
- 102.** 963 F. Supp. 880, 885 (C.D. Cal. 1997).
- 103.** *Doe vs Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9th Cir. 18 set. 2002), 32-33.
- 104.** Ver *id.*, 35-55.
- 105.** Id., 36.
- 106.** *Iwanova vs Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d. 424, 445 (D.N.J. 1999).
- 107.** 226 F.3d 88, 93 (2d Cir. 2000).
- 108.** Ver também A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241.
- 109.** Id., *ibid.*
- 110.** Id., *ibid.*
- 111.** 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999).
- 112.** 507 US 349 (1993).
- 113.** 107 F.3d 720 (9th Cir. 1997).
- 114.** E. Schrage, 2002.
- 115.** Muito relevante para esse assunto, internacionalmente, é o fato de a

Assembléia Geral, em 1968, ter adotado a Convenção da Não-Applicabilidade das Limitações Estatutárias para Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade. Ver também M. Lippman, 1998. A primeira frase do artigo 1ª afirma que "nenhuma limitação estatutária deverá ser aplicada aos seguintes crimes, sem considerar a data da sua execução", seguindo as definições de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade. Contudo, o artigo 2ª diz: "Se qualquer um dos crimes mencionados no artigo 1ª for cometido, os dispositivos dessa convenção serão aplicados sobre os representantes da autoridade estatal e particulares [...]". A palavra-chave é "for". Será que isso significa que a convenção se aplica apenas no futuro?

116. No caso *Iwanova vs Ford Motor Co.* 67 F. Supp. 2d, 433-34, o Tribunal determinou que o *Torture Victim Protection Act*, de 1991, 28 U.S.C. 1350, que tem estatuto de limitação de dez anos, era o prazo prescricional que mais se comparava ao ATCA. Ver *Iwanova*, 462.

117. Relatório do Senado dos Estados Unidos, S.Rep. No. 249, 102d Cong., 1st Sess. (1991) 5.

118. Relatório do Senado dos Estados Unidos, S.Rep. n. 249, 102d Cong., 1st Sess., (1991) 11.

119. Em *Forti*, 1.549, o tribunal afirmou: "Embora o período de limitação de uma ação segundo o estatuto do ATCA seja regido pela lei estadual, mas a ação em si é federal, aplicam-se as doutrinas federais de prazo prescricional".

120. 518 A.2d 423, 425 (D.C. App. 1986).

121. 886 F. Supp. 162, 191 (D. Mass. 1995).

122. 164 F.2d 767 (2d Cir. 1947).

123. *Idem*, 769. Essa afirmação está reproduzida em *Forti*, 1.550.

124. *Idem*, 1.550.

125. Ver *Forti vs Suarez Mason*, 672 F. Supp. 1531, 1549 (N.D. Cal. 1987).

126. 176 F.R.D. 329, (C.D. Cal. 1997).

127. Citando a decisão judicial da corte da 9ª Circunscrição Judiciária em *Hilao vs Espólio de Marcos* 103 F.3d 767, 772.

128. *Idem*, 360.

129. 67F. Supp. 2d 424, 462 (D.N.J. 1999).

130. *Idem*, 467.

131. Ver também o caso *Pollack vs Siemens AG*, n. 98CV-5499 (E.D.N.Y.) registrado em 30 de agosto de 1998. Em sua queixa, *Pollack* alegou ocultação significativa por parte das corporações acusadas e afirmou que documentos importantes foram tornados públicos apenas em meados da década de 1990. Ver

J. Roy, 1999. A questão da ocultação é também considerada importante; Bilenker, por exemplo, argumenta que para as ações contra bancos por atos da Segunda Guerra Mundial “o tribunal poderia aplicar a doutrina da ‘ocultação fraudulenta’ para a situação dos bancos, se forem encontradas provas de que os bancos de fato ocultaram informação essencial dos queixosos a respeito do status de suas contas e dos depósitos de ativos pilhados”. Ver S. A. Bilenker, 1997, 21, 251.

132. Ver: M. J. Bazylar, 2000.

133. Civ. n. 4-96-CV-10449, 1998 US Dist. Lexis 21230, at 30-31 (S.D. Iowa, 11 mar. 1998).

134. 975 F. Supp. 1108, 1122 (N.D. III. 1997) *aff'd*, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001).

135. 450 F. Supp. 227, 229-30 (N. D. III. 1978).

136. N. 93 Civ. 0878 (PKL), 2000 WL 76861, 1 n. 3 (S.D.N.Y. 13 jun. 2000).

137. 157 F.Supp.2d 1345, 1368 (S.D.Fla., 2001).

138. 205 F. Supp. 2d 1325; (S.D. FLA 2002) 2002 US Dist. Lexis 10323; 15 Fla. L. Weekly Fed. D 336.

139. Ver *Lubbe vs Cape plc*, [1999] Int'l Procedimento de Litígio 113, CA.

140. Ver *Connelly vs RTZ Corp. plc*, [1996] 2 WLR 251; [1997] 3 WLR 373.

141. Ver *Ngcobo e outro vs Thor Chemical Holdings Ltd. e outro*, [1995] TLR 579; *Sithole e outro vs Thor Chemical Holdings Ltd. e outro*, [1999] TLR 110.

142. Para o aprofundamento da discussão, ver R. Meeran, 1999; e 2000.

143. Ver *Dagi vs Broken Hill Proprietary Co. Ltd.* (n. 2) [1997] 1 VR 428.

144. A Corporação de Reparação ao Povo Hereró, a tribo hereró, por intermédio de seu supremo chefe Kuaima Riruako e 199 pessoas, e a Fundação Chefe Hosea Kutako registraram na Suprema Corte do Distrito de Columbia uma ação intitulada *The Herero People's Reparation Corporation, et al. vs Deutsche Bank AG, et al.*, 01 CA 4447.

145. A ação da Terex foi abandonada mais tarde, pelo menos temporariamente. Ver UN Integrated Regional Information Network, 21 set. 2001.

146. Várias estratégias foram tentadas para reivindicar reparações pelas atrocidades cometidas contra os hererós. Pronunciando-se na comemoração do Dia dos Hererós, em Okahandja, em 1999, o chefe Riruako afirmou: “No limiar do novo milênio, os hererós, enquanto nação, decidiram levar a Alemanha ao Tribunal Internacional para uma decisão sobre as reparações. Também advertimos o governo namibiano para não ficar na nossa frente conforme seguimos o caminho da justiça”. Todo ano, em agosto, os hererós se reúnem em

memória de seus heróis mortos durante a guerra com os alemães, entre 1904-1907. Ver C. Maletsky, 1999.

147. A África do Sul também foi convocada a pagar reparações aos hererós. O supremo chefe Riruako conclamou o governo namibiano a mover uma ação legal contra o governo sul-africano semelhante à movida pelos hererós contra o governo alemão. afirmou que: “Não estou muito contente [com o estado das coisas na África do Sul]. Nós sofremos muito [nas mãos do governo] e não podemos ignorá-lo. Os sul-africanos responderam que não pagarão reparações nem compensação ao povo hereró na Namíbia. O porta-voz das relações exteriores, Ronnie Mamoepa, declarou que o atual governo da África do Sul se compõe de ex-vítimas da colonização e do *apartheid*. Pode-se pedir reparação ou compensação às mesmas vítimas que sofreram sob aqueles regimes?”. Ver C. Maletsky & T. Mokopanele, 2001.

148. Em 19 de setembro de 2001, foi registrada uma ação semelhante contra a República Federal da Alemanha, ver o caso *The Hereros People’s Reparation Corporation, et al. vs Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK.

149. O chefe Riruako expressou consternação quanto à falta de interesse do governo namibiano no caso hereró, afirmando que: “O governo [namibiano] ou qualquer um dizer, ‘Eu não estou envolvido’ [...] é coisa de louco”. Ver C. Maletsky & T. Mokopanele, 2001.

150. É interessante notar que o relator especial à subcomissão da ONU em 1993, Theo van Boven, observa: “Seria difícil e complexo construir e sustentar uma obrigação legal de pagamento de compensação aos descendentes das vítimas do comércio de escravos e outras formas antigas de escravidão” (E/CN.4/Sub.2/1999/8). Ele se refere a um relatório do secretário-geral da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento (E/CN.4/1334), que ressalva em relação à “obrigação moral de reparação para compensar a exploração passada por parte das potências coloniais” que “a aceitação de tal obrigação moral não é absolutamente universal”.

151. F. Bridgland, 2001.

152. C. Maletsky, 2001.

153. Em 19 de setembro de 2001, a parte queixosa entrou com uma ação contra a República Federal da Alemanha. Ver o caso *The Hereros People’s Reparation Corporation, et al. vs Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK. Ver também C. Maletsky & T. Mokopanele, 2001.

154. F. Bridgland, op. cit.

155. Denúncia dos hererós.

156. *The Independent*. Londres, 9 set. 2001.

157. S. L. Haring, 2002, 393, 414-5.
158. C. Maletsky, 2001.
159. "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 ago. 2000.
160. Comentário do porta-voz da Comunidade para o Desenvolvimento Sul-Africano (SADC) no Parlamento Alemão, Hans Buttner, durante a reunião com o primeiro-ministro Hage Geingob em Windhoek, relatado em "Reparations not on the Table". *The Namibian*, 31 ago. 2000.
161. "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 ago. 2000.
162. Idem.
163. T. Bensman, 1999.
164. Id., *ibid.*
165. Id., *ibid.*
166. Ver J. Sarkin, 1998.
167. J. Sarkin, 1993.
168. Ver D. D. Mokgatle, 1987.
169. Ver H. Varney & J. Sarkin, 1996.
170. Ver J. Sarkin, 1993, 209, 271.
171. M. Coleman (ed.). *A Crime against Humanity: Analysing the Repression of the Apartheid State*, 1998.
172. "Calling Apartheid's Profiteers to Account", de Njongonkulu Ndungane, arcebispo anglicano de Cape Town, África do Sul. <http://www.Actsa.Org/News/Features/011002_Reparations.htm>. Acesso em 19 abr. 2004.
173. Id., *ibid.*
174. Ver também J. Sarkin, 1996; 1997; 1998; e 2003.
175. Final Report of the Truth and Reconciliation Commission, vol. 4, cap. 2, Institutional hearing "Business and Labour" (TRC Report on Business and Labour), parágrafo 21.
176. Eu uso o termo "pronunciamento" com total ciência de que não foi exatamente isso o que se pretendia com o relatório da TRC. Não obstante, o termo não parece de todo impróprio dado que (1) Ntsebeza, que era comissário da TRC e ajudou a esboçar o relatório, está agora liderando o processo judicial, que é, em parte, baseado nos resultados da TRC; e (2) Terry Bell, que forneceu pesquisa para a TRC e escreveu subsequentemente *Unfinished Business: South Africa Apartheid & Truth*, com Ntsebeza, também está envolvido na ação judicial.
177. Ver, por exemplo, idem, no parágrafo 49 ("O setor privado não era um bloco monolítico e pode-se argumentar que não houve uma relação única entre os

negócios e o regime do *apartheid*”).

178. TRC Report on Business and Labour, parágrafo 23.

179. Id., parágrafo 28.

180. Id., parágrafo 32.

181. S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 503.

182. Embora o relatório faça pouca menção aos bancos na discussão do envolvimento de primeiro nível, ele evita atribuir a responsabilidade principal a eles. Em vez disso, o relatório registra, sem concordar com a opinião do The Apartheid Debt Coordinating Committee, que “mesmo os empréstimos comerciais aparentemente mais limpos [...] foram manchados pelo *apartheid*. O simples fato de comerciar com a África do Sul fatalmente significava ajudar a sustentar e reproduzir [...] o *apartheid*. Nenhum empréstimo podia evitar essa contaminação institucional”. TRC Report on Business and Labour, parágrafo 25.

183. Id., parágrafo 28.

184. Id., parágrafo 31.

185. Id., parágrafo 29.

186. Id., parágrafo 35.

187. Id., parágrafo 30.

188. Id., parágrafo 118.

189. Id., parágrafo 119.

190. Id., parágrafo 120. Não fica claro se as multinacionais participaram ou não em tais JMCs com o regime do *apartheid*.

191. Id., *ibid.*

192. Id., parágrafo 122.

193. Id., parágrafo 123.

194. Ver, por exemplo, no mesmo relatório, o parágrafo 5 (relatando que as corporações multinacionais de petróleo – que eram os maiores investidores na África do Sul – não responderam ao convite para participar); e parágrafo 131 (“O fracasso das corporações multinacionais em depor na audiência foi muito lamentado em vista de seu papel proeminente no desenvolvimento econômico da África do Sul sob o *apartheid*. Coube ao AAM Archives Committee explicar o papel das firmas estrangeiras na África do Sul”).

195. Ratner, 2001, 503.

196. C. Terreblanche, 2002a.

197. A. Ramasastry, 2002.

198. J. Lauria, 2002.

199. B. Boyle, 2002.

200. Ver *Weekly Mail and Guardian*, 25 jul. 2002.

201. N. Deane, no artigo "South Africans Take on the Giants", publicado no *Weekly Mail and Guardian* de 27 jun. 2002, parece estar citando a denúncia.

202. "More Join Apartheid Victims' Suit". *Star*, 24 jun. 2002. Em uma carta enviada ao sócio e gerente do Barclays Bank, em Londres, Ed Fagan usa uma abordagem bem menos hiperbólica: "Esperamos estabelecer um diálogo com os senhores e outros, por meio do qual possamos encontrar uma forma significativa de tratar tanto objetiva como proporcionalmente a natureza e a extensão do envolvimento de sua companhia na África do Sul durante o *apartheid* e o que sua companhia fez para ajudar a corrigir os erros cometidos. O estabelecimento desse diálogo seria considerado como uma expressão do desejo de sua companhia de trabalhar em conjunto para encontrar uma resolução para o benefício das vítimas do *apartheid*". D. Carew, 2002.

203. Ver Ntzebesa, Mequbela, Molefi, Mpendulo et al. vs Citigroup Inc., UBS A.G., Crédit Suisse Group et al. Depoimento no Support of Motion for Preservation of Evidence, 5-6.

204. C. Terreblanche, 2002b. Ver também Depoimento, 5-6. Em seu livro, Terry Bell observa como "[...] o maior uso da tecnologia da informática era considerado uma das maneiras de tornar mais eficiente a manutenção do sistema do *apartheid*" e como "Botha e seus generais [...] viam o processamento mais centralizado e eficiente da informação como a principal chave". Como explica Bell, e como se notou anteriormente, "vínculos próximos e colaborativos com o setor privado internacional e vínculos por intermédio das corporações sul-africanas não foram muito investigados localmente e de maneira nenhuma pela TRC". Referindo-se ao papel de empresas como a IBM, Bell escreve: "Todo o sistema de classificação racial, desde o 'controle de influxo' para negros até os 'livros da vida' para outras categorias, era mantido desde a década de 1950 por hardware e software eletrônico fornecido por empresas como a britânica ICL, a americana IBM e a Burroughs Corporation. A falta de funcionários militares na década de 1970 foi parcialmente superada pelo uso de computadores fornecidos pela 'Big Blue', a IBM. Até a sangrenta década de 1980, a África do Sul havia se tornado a maior consumidora de computadores depois dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, em termos de porcentagem da riqueza nacional". Além disso, Bell traça a ligação entre a estrutura de informação fornecida pelas corporações estrangeiras e o funcionamento do Civil Co-Operation Bureau, "o esquadrão militar em tempo integral do terror e do assassinato".

205. Ver "Press Advisory", 1 jul. 2002, p. 2.

206. Sapa-AFP, "Justice with a Hefty Price Tag", *Cape Argus*, 27 jun. 2002.

207. Ver, por exemplo, "Gov't Wise to Shun Compensation Suit". *The Herald* (EP Herald), 25 jun. 2002; A. Dasnois, "Fagan's Campaign is Unlikely to Enrich Citizens". *Star*, 22 jul. 2002 ("Há o perigo que a campanha de Fagan sirva aos seus próprios fins mais do que aos da justiça.")

208. O Khulamani Support Group é uma organização parceira da coalizão no Jubilee SA. Khulumani é uma organização de aproximadamente 32 mil vítimas de violações graves dos direitos humanos durante o *apartheid*.

209. Dos Estados Unidos: Citigroup, J. P. Morgan Chase (Chase Manhattan), Caltex Petroleum Co., Exxon Mobil Co., Fluor Co., Ford Motor Co., General Motors, International Business Machines (IBM). Do Reino Unido: Barclays National Bank, British Petroleum P.L.C.; Fujitsu ICL. (antiga International Computers Ltd.). Da República Federal da Alemanha: Commerzbank, Deutsche Bank, Dresdner Bank, Daimler Chrysler, Rheinmetall. Da Suíça: Crédit Suisse Group, UBS. Da França: Total-Fina-Elf. Dos Países Baixos: Royal Dutch Shell.

210. Nota à imprensa da Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 nov. 2002.

211. Nota à imprensa do Khulumani Support Group, 12 nov. 2002.

212. Nota à imprensa da Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 nov. 2002.

213. Declaração à imprensa de Cohen, Milstein, Hausfeld & Toll, 12 nov. 2002.

214. "Manuel doubts value of apartheid lawsuits". SABC News, 26 nov. 2002.

215. Id., *ibid*.

216. Id., *ibid*.

217. S. R. Ratner & J. S. Abrams, 1997, p. 211.

218. S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 120-21.

BIBLIOGRAFIA

- AIYETORO, A. A. "The Development of the Movement for Reparations for African Descendants". *Journal of Law in Society*, 3, 133, inverno de 2002.
- BAZYLER, M. J. "Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in the United States Courts". *U. Rich. L. Rev.*, 34, 1, 2000.
- _____. "The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 11, 2002.
- BENSMAN, T. "Tribe Demands Holocaust Reparations; Germany's Genocidal War against Namibia's Herero Was Rehearsal for World War II Atrocities". *The Salt Lake Tribune*, 18 mar. 1999.
- BETLEM, G. "Transnational Litigation against Multinational Corporations before Dutch Civil Courts". In: M. T. KAMMINGA & S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 283-305, 2000.
- BILENKER, S. A. "In Re Holocaust Victim's Assets Litigation: Do the US Courts Have Jurisdiction over the Lawsuits Filed by Holocaust Survivors against the Swiss Banks?" in *Md. J. Int'l L. & Trade*, 21, 251, 1997.
- BOSSUYT, M. & VAN DE GINSTE, S. "The Issue of Reparation for Slavery and Colonialism and the Durban World Conference against Racism". *Human Rights Law Journal*, 22, 25, 2001.
- BOYLE, B. "At Least 27 Entities on Apartheid Lawsuit List". *Star*, 12 jul. 2002.
- BRIDGLAND, F. "Germany's Genocide Rehearsal". *The Scotsman*, 26 set. 2001.
- BRODY, R. "One Year Later, the 'Pinochet Precedent' puts Tyrants on Notice". *The Boston Globe City Edition*, 14 out. 1999, A19. <<http://www.hrw.org/editorials/1999/reed-oped.htm>>. Acesso em 19 abr. 2004.
- _____. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: The Prosecution of Hissene Habre. An African Pinochet". *New England Law Review*, 35, 321, inverno de 2001.
- BROGAN, P. *World Conflicts – Why and Where They are Happening*. Londres: Bloomsburg Publishing, 1992.
- BROWN, B. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities and

- Prospects: The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 383, inverno de 2001.
- CAREW, D. “Apartheid ‘Collaborator’ Companies Asked to Respond to Class Action Lawsuit”. *Saturday Weekend Argus*, 13 jul. 2002.
- CHARNEY, J. “Transnational Corporations and Developing Public International Law”. *Duke Law Journal*, 766, 1983.
- CLAPHAM, A. & JERBI, S. “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”. *Hastings International and Comparative Law Review*, primavera de 2001.
- CROSSETTE, B. “Dictators Face the Pinochet Syndrome”. *The New York Times*, 22 ago 1999, seção 4, p. 3.
- DADRIAN, V. N. “The Historical and Legal Interconnections between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: from Impunity to Retributive Justice”. *Yale Journal Of International Law*, 503, verão de 1998.
- ELLINIKOS, M. “American MNCs Continue to Profit from the Use of Forced and Slave Labor. Begging the Question: Should America Take a Cue from Germany?”. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 35, 1, 26, outono de 2001.
- FELLMETH, A. X. “Note from the Field: Wiwa vs Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in US Courts?”. *Yale H. R. & Dev. L. J.*, 5, 41, 49, 2002.
- FERNANDEZ, L. “Possibilities and Limitations of Reparations for the Victims of Human Rights Violations in South Africa”. In: M. RWELAMIRA & G. WERLE (eds.), *Confronting Past Injustices. Approaches to Amnesty, Reparation and Restitution in South Africa and Germany*. Durban: Community Law Centre University of the Western Cape, 1996. pp. 65-78.
- FOOS, R. “Righting Past Wrongs or Interfering in International Relations? World War II-Era Slave Labor Victims Receive State Legal Standing after Fifty Years”. *McGeorge L. Rev.* 31, 221, 232, 2000.
- FORCESE, C. “Alien Torts Claims Act’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Torts Claims Act”. *Yale J. Int’l L.*, 26, 487, 2002.
- FREY, B. “The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of Human Rights”. *Minn. J. Global Trade*, 6, 153, 1997.

- GLABERSON, J. "US Courts Become Arbiters of Global Rights and Wrongs". *New York Times*, 1-421, jun. 2001.
- GRUZEN, E. "The United States as a Forum for Human Rights Litigation: Is this the Best Solution?". *Transnat'l Law*, 14, 207, 2001a.
- _____. "Development in the Law: Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law". *Harv. L. Rev.*, 114, 2.025, 2001b.
- HARRING, S. L. "German Reparations to the Herero Nation: An Assertion of Herero Nationhood in the Path of Namibian Development?". *West Virginia Law Review*, inverno de 2002.
- HASSON, A. "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law". *Boston College International & Comparative Law Review*, 25, 125, 2002.
- HENKIN, L. "The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets". *Brook. J. Int'l L.*, 25, 17, 25, 1999.
- HOLMES JR, O. W. "The Path of the Law". *Harv. L. Rev.*, 10, 457, 476, 1897.
- KIRGIS, F. L. "Alien Torts Claims Act Proceeding against Robert Mugabe". *American Society of International Law Insights*, 2, set. 2000.
- KRITZ, N. *The Dilemmas of Transitional Justice*. Washington, DC: United States Institute for Peace, 1998.
- KWAKWA, E. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1992.
- LAURIA, J. "Explosive Start to 'Apartheid Victims' Lawsuit". *Sunday Independent*, 11 ago. 2002.
- LIPPMAN, M. "The Pursuit of Nazi War Criminals in the United States and in other Anglo-American Legal Systems". *Cal. W. Int'l L. J.*, 29, 1, 12, 1998.
- LU, J. "Jurisdiction over Non-State Activity under the Alien Torts Claims Act". *Colum. J. Transnat'l L.*, 35, 531, 1997.

MALETSKY, C. "International Court Dashes Hereros Reparation Hopes". *The Namibian*, 8 set. 1999.

_____. "Hereros Temporarily Drop Claim in \$2 bn Suit". *Business Day*, 20 set. 2001.

MALETSKY, C. & MOKOPANELE, T. "SA Refuses to Consider Reparation for Hereros". *Business Day*, 28 set. 2001.

MEERAN, R. "Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK". In: M.T. KAMMINGA & S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 258-61, 2000.

_____. "The Unveiling of Transnational Corporations: A Direct Approach". In: M. K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. Kluwer Law International, 164-69, 1999.

MOKGATLE, D. D. "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System". *South African Journal on Human Rights*, 3, 44, 1987.

NICHOLLS, C. "Reflections on Pinochet". *Virginia Journal of International Law*, 41, 140, outono de 2000.

NOLLAEMPER, A. "Public International Law in Transnational Litigation against Multinational Corporations: Prospects and Problems in the Courts of the Netherlands". In: M. T. KAMMINGA & S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 265-82, 2000.

PARK, K. "Comment, the Unspeakable Experience of Korean Women under Japanese Rule". *Whittier Law Review*, 21, 567, 2000.

_____. "Compensation for Japan's World War II Rape Victims". *Hastings International and Comparative Law Review*, 497, 502, 1994.

PAUL, J. R. "Holding Multi-National Corporations Responsible under International Law". *Hastings International and Comparative Law Review*, 285, 291, primavera de 2001.

PELSMAEKER, T. de; VAN DER AUWERAERT, P.; SARKIN, J. & VAN DE LANOTTE, J. (eds.). *Social, Economic, and Cultural Rights – An Appraisal of Current International and European Developments*. Antuérpia: Maklu, 2002.

- PENROSE, M. "It's Good to be the King!: Prosecuting Heads of State and former Heads of State under International Law". *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 193, 2000.
- PEREZ, A. "The Perils of Pinochet: Problems for Transitional Justice and a Supranational Governance Solution". *Denver Journal of International Law and Policy*, 28, 175, primavera de 2000.
- PIERSON, C. "Pinochet and the End of Immunity". *Temple International and Comparative Law Journal*, 14, 263, outono de 2000.
- RAMASASTRY, A. "Banks and Human Rights: Should Swiss Banks Be Liable for Lending to South Africa's Apartheid Government?". In Anita RAMASASTRY, *FindLaw*, 3 jul. 2002a. <<http://writ.findlaw.com/ramasastry/20020703.html>>. Acesso em 19 abr. 2004.
- _____. "Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and their Impact on the Liability of Multinational Corporations". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 91, 2002b.
- RAMSEY, D. M. "Multinational Corporate Liability under the Alien Torts Claims Act: Some Structural Concerns". *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 361, 2001.
- RATNER, S. R. "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility". *Yale L. J.*, 2001.
- RATNER, S. R. & ABRAMS, J. S. *Accountability of Human Rights Atrocities in International Law, beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- RENDALL, K. "Universal Jurisdiction under International Law". *Texas Law Review*, 66, 785, mar. 1998.
- ROHT-ARRIAZA, N. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction". *New England Law Review*, 35, 311, inverno de 2001.
- ROY, J. "Strengthening Human Rights Protection: Why the Holocaust Slave Labor Claims should Be Litigated". *Scholar*, 1, 153, 1999.
- SADAT, L. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Redefining Universal Jurisdiction". *New England Law Review*, 35, 241, inverno de 2001.

- SAITO, N. T. "Justice Held Hostage: U.S. Disregard for International Law in the World War II Internment of Japanese Peruvians – A Case Study". *Boston College Law Review*, 275, dez. 1998.
- SARKIN, J. "Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System". *Stellenbosch Law Review*, 4 (2), 261, 1993a.
- _____. "Preventive Detention in South Africa". In: A. HARDING & J. HATCHARD (eds.), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey*. Dordrecht/Boston: Martinus Nijhoff, 1993b.
- _____. "The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *South African Journal on Human Rights*, 12, 617, 1996.
- _____. "The Truth and Reconciliation Commission in South Africa". *Commonwealth Law Bulletin*, 528, 1997.
- _____. "The Development of a Human Rights Culture in South Africa". *Human Rights Quarterly*, 20(3), 628, 1998.
- _____. "The Necessity and Challenges of Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda". *Human Rights Quarterly*, 21(3), 767, 1999a.
- _____. "Preconditions and Processes for Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda: The Possible Interim Role of Gacaca Community Courts". *Law, Democracy and Development*, 223, 1999b.
- _____. "Transitional Justice and the Prosecution Model: The Experience of Ethiopia". *Law, Democracy and Development*, 253, 1999c.
- _____. "Promoting Justice, Truth and Reconciliation in Transitional Societies: Evaluating Rwanda's Approach in the New Millennium of Using Community-Based Gacaca Tribunals to Deal with the Past". *International Law Forum*, 112, 2(2), 2000a.
- _____. "Dealing With Past Human Rights Abuses and Promoting Reconciliation in a Future Democratic Burma". *Legal Issues on Burma*, 2, 2(2), 1, 2000b.
- _____. "The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the

Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide”.
Journal of African Law, 45, 2, 143, 2001a.

_____. “Examining the Competing Constitutional Processes in Burma/Myanmar From A Comparative and International Democratic and Human Rights Perspective”.
Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law, 2 (2), 42-68, 2001b.

_____. “Finding a Solution for the Problems Created by the Politics of Identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): Designing a Constitutional Framework for Peaceful Co-Operation”. In: Konrad Adenauer Foundation (ed.), *The Politics of Identity*, 2002.

_____. “To Prosecute or not to Prosecute that is the Question? An Examination of the Constitutional and Legal Issues Concerning Criminal Trials for Human Rights Violations Committed in the *Apartheid* Era and the Giving of Amnesty to those Who Did not Apply or Were Refused Amnesty in Post Truth and Reconciliation Commission South Africa”. In: C. VILLA-VICENCIO & E. DOXTADER (eds.), *Amnesty in South Africa* (prelo), 2003.

SARKIN, J. & BINCHY, W. (eds.). *Human Rights, the Citizen and the State*. Round Hall: Sweet and Maxwell, 2001.

SARKIN, J.; VAN DE LANOTTE, J. & HAECK, Y. (eds.). *Resolving the Tensions between Crime and Human Rights: European and South African Perspectives*. Antuérpia: Maklu, 2001.

SAUNDERS, L. “Rich and Rare Are the Gems they War: Holding de Beers Accountable for Trading Conflict Diamonds”.
Fordham International Law Journal, 1.402, 2001.

SCHARF, M. & FISCHER, T. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Foreword”. *New England Law Review*, 35, 227, inverno de 2001.

SCHRAGE, E. “A Long Way to Find Justice. What Are Burmese Villagers Doing in a California Court?”. *Washington Post*, 14 jul. 2002.

SEBOK, A. J. “Slavery, Reparations, and Potential Legal Liability: The Hidden Legal Issue behind the UN Racism Conference”, 10 set. 2001. <<http://writ.news.findlaw.com/sebok/20010910.html>>. Acesso em 19 abr. 2004.

SOLOMON, H. “Analysing Conflicts”. In: *Searching for Peace in*

Africa: An overview of Conflict Prevention and Management Activities. Amsterdam, The European Platform for Conflict Prevention and Transformation 1999.

STEPHENS, B. "Corporate Liability: Enforcing Human Rights Through Domestic Litigation". *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 401, 413, 2001.

_____. "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 45, 2002a.

_____. "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations". *Yale J. Int'l L.*, 27, 1, 2002b.

TERREBLANCHE, C. "Anglo and De Beers could be Targeted in Class-Action Suit". *Sunday Independent*, 29 set. 2002a.

_____. "Apartheid Victims File \$35 bn Suit in the US". *Cape Times*, 2 jul. 2002b.

TOMUSCHAT, C. "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations". *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 10, 157, primavera de 2002.

TRACINSKI, R. W. "America's 'Field of the Blackbirds': How the Campaign for Reparations for Slavery Perpetuates Racism". *Journal Of Law In Society*, 3, 145, inverno de 2002.

TREE, T. "Comment, International Law: A Solution or a Hindrance towards Resolving the Asian Comfort Women Controversy?". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 5, 461, 466-68, 2000.

VARNEY, H. & SARKIN, J. "Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial". *South African Journal of Criminal Justice*, 10, 141, 1996.

WARD, H. "Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts: Implications and Policy Options". *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001.

YU, T. "Comment, Recent Development: Reparations for Former Comfort Women of World War II". *Harvard International Law Journal*, 36, 528, 1995.

ZIA-ZARIFI, S. "Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 4, 81, 120-21, 1999.

VINODH JAICHAND

Advogado da Suprema Corte sul-africana e vice-diretor do Centro Irlandês de Direitos Humanos da Universidade Nacional da Irlanda, em Galway.

RESENHA

O avanço dos direitos humanos requer que os tribunais esclareçam o que entendem por direitos para grupos de pessoas. Quando as normas de direitos humanos internacionais e regionais são internalizadas mediante sua implementação num sistema doméstico, o campo se torna fértil para demandas judiciais de interesse público. Talvez a conclusão seja de que há uma evolução gradual quanto ao desenvolvimento de uma legislação de direitos humanos, do sistema internacional ao regional.

O artigo enfoca a prática do litígio de interesse público na África do Sul discutindo, entre outras, questões de acesso a justiça, educação legal clínica e assistência jurídica à população. Como exemplo de estratégia em uma ação pública, o autor analisa o processo movido contra o governo por uma campanha de ação para o tratamento da aids.

ESTRATÉGIAS DE LITÍGIO DE INTERESSE PÚBLICO PARA O AVANÇO DOS DIREITOS HUMANOS EM SISTEMAS DOMÉSTICOS DE DIREITO

Vinodh Jaichand



Baseado no tema do colóquio “O Estado de direito e a construção da paz”, este ensaio foi esboçado sob a perspectiva de uma organização não-governamental nacional voltada para a legislação referente aos direitos humanos. As observações partem de uma premissa: o avanço no campo dos direitos humanos requer que se busquem os tribunais para elucidar que sentido têm os direitos humanos para um grupo de pessoas. Certas experiências recentes na África do Sul, algumas das quais não são necessariamente exclusivas desse país, são usadas como referência.¹

Nos últimos dias, muito se falou a respeito do desenvolvimento da legislação internacional e da utilização de sistemas regionais de direitos humanos. Em resumo, pode-se concluir que tem havido uma evolução gradativa dessa legislação, passando dos sistemas internacionais para os regionais. Quando as normas internacionais e regionais de direitos humanos são internalizadas, por meio de sua implementação no sistema doméstico, cria-se um solo fértil para o litígio de interesse público.²

A expressão “litígio de interesse público” tem sido definida como “uma ação legal iniciada em um tribunal para a validação de um interesse público ou de um interesse geral em que o público, ou um grupo de pessoas da comunidade, detém algum interesse econômico ou outro,

*Ver as notas deste texto
a partir da página 148.*

em relação ao qual seus direitos ou suas responsabilidades legais foram afetados”.³

O Simpósio sobre Direito de Interesse Público⁴ realizado em Durban adotou uma visão mais ampla desse campo do direito, definindo-o em termos daquilo que ele não é: não se trata de direito público, nem de direito administrativo, nem de direito penal, nem de direito civil. A denominação foi empregada para designar uma **forma de trabalhar com a lei e uma atitude perante a lei**. Chamou-se a atenção para o fato de que levar aos tribunais casos selecionados não constitui a única estratégia de interesse público, sendo possível incluir reforma da legislação, conscientização legal, alfabetização e prestação de serviços jurídicos. Não é um terreno reservado a advogados, pois pode envolver atividades de lobby, pesquisa, defesa de interesses e conscientização relacionada aos direitos humanos. Finalmente, o litígio de interesse público constitui uma tentativa expressa de validação desse campo, atribuindo significado e conteúdo tangíveis aos direitos humanos.

O conteúdo da estratégia

O direito é muitas vezes intimidativo e atordoante, parecendo nunca ver as coisas do ponto de vista dos marginalizados, vulneráveis ou indigentes. A maioria das pessoas pensa que a lei está a seu lado quando os tribunais declaram seus direitos de maneira positiva, reforçando a crença de que os direitos humanos constituem uma realidade tangível. “Para criar tal sentido de inclusão, muitas coisas são necessárias, inclusive um marketing agressivo do conceito de justiça para os pobres”, diz um crítico.⁵ Além disso, o êxito nos tribunais representa uma significativa contribuição para apoiar esse marketing, porque os marginalizados, os vulneráveis e os indigentes se acostumaram à idéia de que serão sempre derrotados.

Um bom ponto de partida no que se refere à estratégia em litígios de real interesse público pode ser encontrado no processo que opõe o ministro da Saúde e outros e a Campanha de Ação para o Tratamento e outros,⁶ no Tribunal Constitucional da África do Sul. A análise da estratégia empregada pode ajudar a formular uma lista dos temas e dos interessados que precisam ser atendidos para que a ação seja bem-sucedida. Um método

simplista de divisão poderia ser examinar o “público” como representante da opinião geral; o “interesse público” enquanto plataforma jurídica; e, finalmente, o “litígio”, relacionando-o às questões legais apresentadas ao tribunal e a seus resultados.

O público

A Campanha de Ação para o Tratamento fez da atitude do governo em relação ao tratamento dos pacientes portadores do vírus do HIV uma questão nacional.⁷ Mobilizou ONGs que se mostravam sensíveis à indiferença do governo para com os que sofrem de aids, capitalizando a incapacidade do Estado em articular uma postura coerente diante da doença.⁸ Grande número de cidadãos interessados foram às ruas para mostrar seu inconformismo com a atitude oficial.⁹ Os portadores de HIV eram vistos como vítimas da incapacidade do governo em lidar com a doença.

Em consequência, quando um funcionário da Campanha de Ação para o Tratamento introduziu clandestinamente no país remédios genéricos contra a aids por uma fração do preço de venda habitual, as ameaças de processá-lo recuaram lentamente diante do que parecia ser o gesto de um indivíduo corajoso, decidido a mostrar a hipocrisia do sistema.¹⁰ Em uma ação anterior, a Campanha de Ação para o Tratamento se opusera, em comum com o governo, à ação judicial movida pelo Sindicato da Indústria Farmacêutica, para bloquear uma legislação de apoio aos remédios genéricos e mais baratos. Sob pressão, o sindicato retirou sua ação no tribunal. Um dos líderes da Campanha, que também é soropositivo, se recusou a tomar remédios anti-retrovirais até que estes estivessem à disposição de todos, em hospitais públicos e clínicas. A Campanha de Ação para o Tratamento continuou a questionar a letargia do governo, agora apoiada no “interesse público” que buscava.

O interesse público

Surgiu então um caso judicial ideal para ser capitalizado pela Campanha de Ação para o Tratamento: a incapacidade política do governo em fornecer aos estabelecimentos públicos de saúde a nevirapina, um anti-retroviral altamente recomendado, usado para reduzir a transmissão de mãe para

filho. O medicamento estava disponível em apenas dois locais por província. E as vítimas dessa política estatal insensível eram bebês inocentes. Ao julgar uma ação movida no Supremo Tribunal de Pretória, em 14 de dezembro de 2001, o juiz Chris Botha determinou que era dever do governo fornecer nevaripina às mulheres grávidas soropositivas. O governo recorreu dessa decisão em diversas ocasiões, até que o Tribunal Constitucional examinou o caso, em 2 e 3 de maio de 2002. O “interesse público” foi realçado pela aparente incapacidade do governo em aceitar a derrota com um mínimo de elegância.

O litígio

Em relação ao aspecto do “litígio”, a Campanha de Ação para o Tratamento reuniu os melhores especialistas jurídicos na abordagem dos direitos socioeconômicos – que em muitos países não são sequer considerados direitos. A campanha contou com o apoio de várias ONGs: Legal Resources Centre; Child Rights Centre; Community Law Centre,¹¹ Institute for Democracy in South Africa e Cotlands Baby Sanctuary. Os três últimos eram *amici curiae*, ou seja, especialistas designados para elucidar questões técnicas perante o tribunal, com base em seus conhecimentos.¹² Após a Campanha de Ação para o Tratamento ter vencido na Suprema Corte, o governo entrou com recurso no Tribunal Constitucional. Este, por sua vez, decidiu em favor da Campanha de Ação para o Tratamento, declarando que o programa do governo para evitar a transmissão de mãe para filho era inadequado.

Os resultados mais amplos do processo

O tribunal consagrou vários outros princípios importantes no processo da Campanha de Ação para o Tratamento, que viriam a ser igualmente valiosos para os marginalizados (vítimas da aids), os vulneráveis (filhos e mães) e os indigentes (pessoas pobres que não podem pagar pelo tratamento). Esses princípios poderão ser usados em vários casos no futuro.

O Tribunal Constitucional, a mais alta corte do país, reiterou¹³ seu poder de julgar direitos socioeconômicos porque a Constituição lhe concedeu tal poder. Disse ainda

que, no debate sobre a separação dos poderes, estava autorizado a examinar a questão mesmo que houvesse implicações financeiras.¹⁴ Já anteriormente, o Tribunal Constitucional havia aplicado o critério de racionalidade ao direito socioeconômico em questão, no caso Grootboom:¹⁵

Os contornos e o conteúdo precisos das medidas a serem adotadas são fundamentalmente uma questão da alçada do legislativo e do executivo. Eles devem, contudo, assegurar que as medidas adotadas sejam razoáveis. Um tribunal que examine a racionalidade não irá inquirir se outras medidas mais desejáveis ou favoráveis poderiam ter sido adotadas, ou se o dinheiro público poderia ter sido mais bem gasto. A questão resume-se a determinar se as medidas adotadas foram razoáveis. É necessário reconhecer que uma ampla variedade de medidas possíveis pode ser adotada pelo Estado para cumprir suas obrigações. Muitas delas atendem à exigência de racionalidade. Uma vez demonstrado que tais medidas o fazem, essa exigência será dada como cumprida.

É habitual considerar que os assuntos de política social constituem esferas de atuação do poder executivo.¹⁶ O Tribunal Constitucional chamou a atenção para o fato de que a maioria de suas decisões tem alguma implicação financeira. No caso Grootboom,¹⁷ o tribunal reafirmou o que fora dito anteriormente:¹⁸ se fosse ordenada assistência jurídica para um indivíduo acusado, como direito civil, isso também teria implicação financeira.

O juiz Albie Sachs, um dos onze juízes do Tribunal Constitucional, em palestra intitulada “Execução de direitos sociais e econômicos”, no Centro de Estudos dos Direitos Humanos, da Faculdade de Economia de Londres,¹⁹ afirmou:

A aplicação de direitos sociais e econômicos não se baseia em uma indiferença por todas as questões levantadas por serem legítimas. Não se trata de uma vitória dos direitos sociais e econômicos sobre uma filosofia conservadora que considera como função dos tribunais simplesmente defender as liberdades básicas. Baseia-se na reconciliação de princípios fundamentais profundos relacionados ao papel dos tribunais no século 21. [...] É bem possível que uma afirmação que tive a ocasião de ouvir

recentemente em Paris venha a se tornar verdade. O século 19 foi o século em que o executivo assumiu o comando do Estado. O século 20 foi o século em que o Parlamento assumiu o comando do executivo. O século 21 será o século em que o judiciário assegurará as regras, os processos e os valores básicos de funcionamento tanto do Parlamento quanto do executivo. Devo ressaltar que foi um magistrado quem fez esse vaticínio. Mas penso que estamos ingressando agora em um novo tipo de era, e a questão está deixando de ser se podemos ou não implementar direitos sociais e econômicos por meio dos tribunais, e passou a ser: qual a melhor maneira de se fazer isso?

Em relação à Campanha de Ação para o Tratamento, o Tribunal Constitucional levou em devida conta a adequação dos tribunais para julgar direitos sociais e econômicos ao declarar: “Os tribunais não são instâncias apropriadas para julgar questões em que ordens judiciais poderiam resultar em múltiplas conseqüências sociais e econômicas para a comunidade. A Constituição prevê um papel restrito e focado do tribunal – a saber, exigir que o Estado tome medidas para cumprir suas obrigações constitucionais e avaliar a racionalidade de tais medidas. A determinação da racionalidade pode efetivamente ter implicações orçamentárias, mas não tem por objetivo ajustar orçamentos. Nesse sentido, as funções judiciais, legislativas e executivas conseguem um equilíbrio mais apropriado”.²⁰

O Tribunal Constitucional conduziu também um exame da jurisprudência em outras jurisdições, a respeito da questão da doação de remédios, em que ocorrera uma violação de direitos, inclusive socioeconômicos. O tribunal analisou as práticas dos Estados Unidos, da Índia, da Alemanha, do Canadá e do Reino Unido e concluiu que enquanto três países haviam expedido algum tipo de interdição estrutural, o Reino Unido e o Canadá haviam sido relutantes em fazê-lo, preferindo ordens declaratórias, em vista do fato de seus governos costumeiramente atenderem às decisões de seus tribunais.²¹

No caso Grootboom, a senhora Irene Grootboom fora despejada de seu barraco, situado em um terreno que havia sido alocado para a implementação de um projeto habitacional de baixo custo para pessoas como ela e seus

filhos. Ela ocupava esse terreno juntamente com outras pessoas cujas casas, na estação chuvosa, eram vítimas freqüentes de inundações. O juiz Yacoob, do Tribunal Constitucional, determinou que a política do governo não atendia ao requisito da racionalidade. Afirmou que a racionalidade pode ser aferida no âmbito da programação legislativa e no de sua implementação: “As medidas legislativas em si mesmas não constituem cumprimento da Constituição. A mera legislação não é suficiente. O Estado é obrigado a agir para conseguir o resultado pretendido e as medidas legislativas terão invariavelmente de ser apoiadas por políticas e programas apropriados e bem direcionados, a ser implementados pelo executivo. O próprio programa também deve ser implementado atendendo à racionalidade. Um programa razoável que não seja implementado de maneira razoável não constituirá cumprimento das obrigações do Estado”.²²

O juiz Yacoob acrescentou ainda:

*A racionalidade deve ser também entendida no contexto da Declaração de Direitos como um todo. O direito de acesso à moradia adequada já está arraigado, porque valorizamos os seres humanos e queremos garantir que suas necessidades básicas sejam atendidas. Uma sociedade baseada na dignidade humana, na liberdade e na igualdade deve procurar assegurar que as necessidades básicas da vida sejam oferecidas a todos. Para serem razoáveis, as medidas não podem deixar de levar em conta o grau e a extensão da negação do direito que elas buscam efetivar. Aqueles cujas necessidades são mais urgentes e cuja capacidade de gozar de todos os direitos corre maior perigo não devem ser ignorados pelas medidas que visam atingir a realização do direito. Pode não ser suficiente para o teste de racionalidade que as medidas se mostrem capazes de representar um avanço estatístico na efetivação dos direitos. Além disso, a Constituição exige que todos devam ser tratados com cuidado e atenção. Se as medidas, ainda que bem-sucedidas no aspecto estatístico, falharem em responder às necessidades daqueles mais desesperados, elas podem não passar no teste.*²³

Os princípios sistematizados na Campanha de Ação para o Tratamento e no caso Grootboom são aplicáveis em litígios futuros sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

A abordagem em rede

De modo geral, a estratégia de esforço combinado, ou abordagem em rede, é um processo vantajoso, com o benefício adicional de permitir estabelecer uma área definida de atendimento de casos adequados de interesse público.

Acesso à justiça

Os advogados nem sempre são eficientes na mobilização da opinião pública – os líderes comunitários costumam fazer isso melhor. Na África do Sul, uma figura importante nesse aspecto é a do paralegal comunitário, indivíduo oriundo da comunidade na qual atua. Em futuro próximo, é possível que o meio jurídico da África do Sul admita a profissão de paralegal como fornecedor de serviços advocatícios, nos termos propostos pela Legal Practice Bill.

Embora a definição de paralegal não fique clara e a classe dos advogados seja contrária à idéia de os paralegais representarem um cliente sem supervisão, eles ficaram conhecidos como “advogados descalços”: oferecem aconselhamento jurídico ao cidadão em assuntos legais ou quase-legais. Recebem treinamento sobre a mecânica de uma determinada legislação e orientam os cidadãos em relação a ela.

Ainda que isso amplie o acesso à justiça, permitindo educar a população em relação a seus direitos, o aspecto da prestação de serviços jurídicos suscita questões de qualidade e igualdade: os ricos podem pagar pelo melhor, enquanto os pobres ficam com os paralegais. Os pobres não conhecem a diferença entre um advogado e um paralegal e os resultados prometidos por alguns paralegais são notoriamente extravagantes.

Se, como propõe a Legal Practice Bill, a maioria dos paralegais migrar para o exercício legal do direito, um vínculo muito importante com a comunidade será rompido. Isso constituiria uma grande perda, porque os paralegais encaminharam bons casos, como o da senhora Grootboom, que veio de um escritório paralegal.

Organizações não-governamentais que prestam assistência jurídica são também vitais para a estratégia de litígio de interesse público. Na África do Sul há algumas que oferecem esse serviço. O já referido Legal

Resources Centre é uma ONG de interesse público muito bem-sucedida e que atuou como parte no caso da Campanha de Ação para o Tratamento. Outras ONGs incluem a Black Sash, a mais antiga das que se dedicam aos direitos humanos na África do Sul; e a Lawyers for Human Rights. Se considerarmos a definição de direito de interesse público dada pelo Simpósio de Durban, a ONG Lawyers for Human Rights atende a muitos dos critérios para a prática desse direito. A organização fornece aconselhamento jurídico, litigação, instrução e defesa em questões de direitos humanos.

A Lawyers for Human Rights também esteve envolvida em casos marcantes de interesse público, inclusive o caso Makwanyane,²⁴ que aboliu a pena de morte, na qual atuou como *amicus curae*. Mais recentemente, teve êxito em obter uma declaração de inconstitucionalidade na nova lei de imigração, para aspectos centrais referentes à prisão e à detenção de estrangeiros.²⁵ Com seu Projeto para Segurança dos Trabalhadores Rurais, estabeleceu o precedente de um marido adquirir o direito de permanecer em uma fazenda a partir do direito de sua esposa, com base no direito à vida familiar.²⁶

Centros de educação jurídica

O aconselhamento e a assistência jurídicos são componentes vitais do direito de interesse público, mas trata-se de um serviço caro. Para ONGs que não lidam com questões legais, é vital dispor de acesso a uma assessoria jurídica consistente. Em várias partes do mundo, estudantes de direito se incumbem de prestar esse tipo de serviço, supervisionados, em centros universitários de atendimento jurídico, como parte de seu estágio. Além dos Estados Unidos, não há muitos outros países em que os regulamentos de estágio profissional permitam tal procedimento.²⁷ Na África do Sul, os vários centros de atendimento formaram uma associação própria, que oferece seu trabalho aos pobres e compete com as ONGs por financiamentos para a melhoria do serviço.

Assistência legal

Embora haja alguma forma de assistência jurídica na maioria dos países, existem dificuldades em atender à demanda com os

recursos disponíveis, o que limita o trabalho a ser realizado. Na África do Sul, o Legal Aid Board (conselho de assistência jurídica) passou por uma grande transformação, de um sistema de *judicare*²⁸ para um modelo remunerado, com centros de justiça implantados em todas as grandes cidades e em algumas áreas rurais. O modelo *judicare* tornou-se impraticável, na medida em que as ações promovidas pelos advogados não eram examinadas em tempo hábil.²⁹ O sistema de verificação das reivindicações era incômodo e moroso. Por isso, o conselho decidiu reduzir as taxas, e muitos advogados se sentiram traídos. Encaravam o sistema como uma forma de complementar suas rendas, e não como uma prestação de serviços de atendimento aos setores pobres, marginalizados e vulneráveis de nossa sociedade. Jeremy Sarkin³⁰ afirma que durante “o exercício de 1997-1998, 196.749 pessoas receberam assistência legal ao custo de 210 milhões de rands. Destas, 193.177 foram representadas por advogados particulares”.

Os centros de justiça empregam atualmente advogados remunerados e mantêm funcionários que desempenham a representação jurídica de alguns tipos de caso apenas, a um custo fixo e previsível. Visto que o padrão de rendimentos exigido pelo Legal Aid Board é bem baixo, muitos não conseguem se habilitar para receber a assistência estatal. Estes formam a maior parte de qualquer grupo com necessidade de assistência e são conhecidos como “grupo lacuna”.

Pro bono público

Uma maneira de enfrentar a imensa falta de aconselhamento de qualidade é a introdução ou, em muitos casos, a reintrodução do conceito de trabalho *pro bono*, que se tornaria uma parte integral da responsabilidade social de todo advogado.³¹ O vice-presidente do Tribunal Superior da África do Sul assim resumiu essa necessidade: “Nossa sociedade precisa confiar em nossos tribunais e nas outras estruturas destinadas à execução da justiça. Essa confiança será acentuada pela habilidade dos tribunais em atingir e ajudar os mais pobres entre os pobres e os mais fracos entre os fracos. A capacidade de o judiciário e os tribunais fazerem isso será gravemente prejudicada se o envolvimento na interação entre os tribunais e as pessoas que precisam dos serviços jurídicos for insuficiente e ineficiente”.³²

A prática do serviço gratuito está presente em muitos sistemas legais, geralmente como ato de caridade, mas raramente é institucionalizada. É possível criar para os advogados a obrigação de empreender esse tipo de trabalho. Uma associação de advogados (ou o órgão estatal competente) poderia deixar de emitir a habilitação para a prática, em determinado ano, se não fosse prestada uma quantidade mínima de horas de trabalho em favor da população pobre, marginalizada e vulnerável. Outro dispositivo seria exigir que, para participar de uma licitação pública, o advogado apresentasse sua ficha de trabalho de assistência jurídica dativa.

A profissão jurídica deveria considerar o trabalho gratuito “não como um ato de caridade, nem como uma ferramenta de marketing, e sim como um passo deliberado na construção do tipo de sociedade que queremos, na qual todo nosso povo possa exercer seus direitos”.³³ Mas devem ser encontrados meios de reconhecer a contribuição dada, sempre que os advogados forem além do mínimo exigido, estabelecendo-se prêmios ou a divulgação de seus nomes nos jornais.

Para o êxito desse trabalho, é fundamental uma operação organizada, reunindo os dados referentes às necessidades e uma lista dos provedores de serviço. Vinculados a isso poderiam estar as ONGs não-jurídicas, o sistema de assistência legal, os paralegais e as ONGs jurídicas voltadas a casos adequados aos processos de interesse público. O sistema não deve ser montado para isentar o Estado de sua responsabilidade de prover representação legal, mas para complementar o sistema existente de assistência jurídica. Conferências sobre a advocacia gratuita na Argentina, na África do Sul e no Chile examinaram minuciosamente muitas dessas idéias. Estão em fase de planejamento conferências similares a serem realizadas no Brasil e na Austrália.

Algumas observações conclusivas

O papel desempenhado pelas organizações da sociedade civil na África do Sul na cooperação com a profissão jurídica organizada fornece uma ilustração útil de como suas contribuições para os direitos humanos melhoraram e

fortaleceram os direitos de um grupo específico de pessoas. O impacto das vitórias legais sobre os direitos socioeconômicos em uma jurisdição doméstica reverbera em todo o mundo em solidariedade com outras populações pobres, vulneráveis e marginalizadas. Um comentarista fez a seguinte observação: “Um dos desdobramentos mais empolgantes, contudo, é justificar os direitos econômicos e sociais no plano nacional. Exemplos de implementação de direitos culturais podem ser encontrados no Canadá e na Europa, mas os direitos econômicos e sociais têm sido vistos há muito tempo como matéria de políticas e, portanto, sujeitos a um baixo grau de prioridade. Elevá-los da arena das políticas para o domínio dos direitos abre uma nova dimensão, que pode conferir um significado substantivo ao conceito da indivisibilidade de todos os direitos humanos”.³⁴

O desafio em muitas outras jurisdições talvez seja mais fundamental: criar alguma medida para tornar vigentes os direitos socioeconômicos, mediante proteção constitucional. Mas as constituições são molduras nas quais todos os direitos são supostamente contemplados: os interdependentes e indivisíveis direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Não nos deixemos confundir e pensar que não há quadro se não houver moldura. Os Estados assumiram obrigações, na Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “de empregar todos os meios a seu dispor para efetivar os direitos reconhecidos na convenção. A esse respeito, deve-se ter em mente as exigências fundamentais da legislação internacional dos direitos humanos. Sendo assim, as normas da convenção devem ser reconhecidas pela legislação nacional, com previsão de formas apropriadas de indenização ou compensação a qualquer indivíduo ou grupo lesado, e deverão ser implementados os meios apropriados para assegurar a responsabilidade das autoridades públicas”.³⁵

Um exame mais atento de muitas jurisdições pode revelar que há proteção para alguns desses direitos no direito administrativo ou em peças específicas da legislação.³⁶ Foi o que sustentou o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao afirmar: “O direito a um recurso efetivo não precisa ser interpretado como se esse recurso devesse ser sempre judicial. Em muitos casos,

os acordos administrativos serão adequados, e aqueles que vivem sob a jurisdição de determinado Estado têm a expectativa legítima, baseada nos princípios da boa-fé, de que todas as autoridades administrativas levarão em conta as exigências da convenção, no processo de tomada de decisões”.

Esclarecer o conteúdo dos direitos requer uma estratégia parecida com a que discutimos. Para tanto, é fundamental assegurar o acesso à justiça, inclusive com a colaboração de diversos atores da sociedade civil, conforme ilustrado pelas experiências recentes na África do Sul. Alguns podem querer categorizar a abordagem da Campanha de Ação para o Tratamento da aids como um movimento social. A esse respeito, Neil Stammers diz: “Os movimentos sociais foram tipicamente definidos como atores coletivos constituídos por indivíduos que consideram a alternativa de compartilhar algum interesse comum e que se identificam uns com os outros, pelo menos até certo ponto. Os movimentos sociais estão principalmente interessados em defender ou mudar pelo menos algum aspecto da sociedade, e contam com a mobilização de massa, ou a ameaça da mobilização, como sua principal sanção política”.³⁷

Ele prossegue, afirmando que há uma função potencial para os movimentos sociais na reconstrução dos direitos humanos,³⁸ citando finalmente as palavras de Richard Devlin: “Se os direitos humanos vierem a ser entendidos como um desafio ao poder, como uma forma de resistência à dominação, então precisamos confrontar o poder em todas as suas manifestações”.³⁹

NOTAS

1. O litígio de interesse público está bem estabelecido nos Estados Unidos, no Canadá e na Índia, por exemplo. Em relação à experiência indiana, ver "Circle of Rights" em <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/circle/justiciability.htm>>. Acesso em 15 abr. 2004.
2. É interessante notar que "o sistema internacional teve maior impacto onde as normas dos tratados foram incorporadas à lei nacional de forma mais ou menos espontânea (por exemplo, como parte da reforma constitucional e legislativa), e não como resultado do cumprimento da norma (por relatórios individuais, queixas, ou procedimentos de inquérito confidencial)". Christof Heyns & Frans Viljoen, "The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level". *Rights Quarterly*, 23.3, 2001, 483-6.
3. *Black's Law Dictionary*.
4. Ocorrido de 29 de junho a 8 de julho de 1997, sob os auspícios da Public Interest Law Initiative, Columbia University, patrocinado pela Ford Foundation e pelo Open Society Institute na Universidade de Natal, Durban, África do Sul. Ver <<http://www.pili.org/publications/durban/preface.html>>. Acesso em 15 abr. 2004.
5. Hernando de Soto, "The Economist versus the Terrorist", em <http://www.economist.com/people/displayStory.cfm?story_id=1559905>. Acesso em 15 abr. 2004.
6. Minister of Health et al. vs Treatment Action Campaign et al. Caso número CCT 8/02; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC).
7. Foi relatado que o presidente Thabo Mbeki questionou a ligação entre o HIV e a aids, o que parece ter tido impacto sobre o programa de combate à doença pelo Ministério da Saúde.
8. "As autoridades de saúde e o presidente Thabo Mbeki atraíram críticas por terem falhado em reconhecer a magnitude de um problema que poderia devastar a população, segundo alguns prognósticos médicos." Claire Keeton, "South African Government Ordered to Provide Nevaripine", em <<http://www.q.co.za/2001/2001/12/14-tacwins.html>>. Acesso em 15 abr. 2004.
9. Sally Sara, da Australian Broadcasting Corporation, registrou uma das muitas manifestações, no dia 27 de novembro de 2001, quando haveria uma audiência sobre a questão no Supremo Tribunal de Pretória: "Os manifestantes traziam cruzeiros brancos em memória das pessoas que já haviam morrido em decorrência da epidemia [...]".
10. Foi realizado um filme sobre a vida de Zackie Achmat intitulado *It's My Life*. Ver <<http://www.q.co.za/2001/2001/11/28-STEPSzachie.html>>. Acesso em 15 abr. 2004.
11. Uma nota à imprensa emitida pelo Community Law Centre, em 30 de abril de 2002, afirmava que "acreditavam que as mulheres grávidas com HIV têm direito ao tratamento com base em um direito essencial de todos terem acesso a um nível básico de assistência médica, inclusive de medicina reprodutiva, consistente com a dignidade humana. Os ricos gozam automaticamente desse acesso, mas os pobres só podem dispor significativamente dele se o Estado fornecê-lo gratuitamente. Toda criança também tem direito à assistência médica necessária para reduzir o risco de transmissão de HIV pela mãe".
12. A Comissão dos Direitos Humanos, citada originalmente como *amicus* no caso, "foi notada por sua ausência – de fato, sob alegações de que se retirou por pressão do governo" segundo a doutora Rachel Murray, da Birkbeck College, da Universidade de

Londres. Ver "Is the HRC Playing Fair?" de Michael Morris, em <<http://allafrica.com/stories/200303210601.html>>. Acesso em 15 abr. 2004.

13. Soobramoney vs Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA; 1997 (12) BCLR 1969 (cc) e Government of the Republic of South Africa et al. vs Grootboom et al. 2001 (1) SA (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

14. Ver nota 18.

15. Ver nota 13, parágrafo 41.

16. Ver Kevin Hopkins, "Shattering the Divide – When Judges Go too Far", em <<http://www.derebus.org.za/archives/2002Mar/articles/divide.htm>>. Acesso em 15 abr. 2004.

17. Ver nota 13.

18. *Ex parte* Chairperson of the Constitutional Assembly: *in re* Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC).

19. "Enforcement of Social and Economic Rights", 27 fev. 2003. Center for the Study of Human Rights, London School of Economics. Rascunho da transcrição.

20. Ver nota 6, parágrafo 38.

21. Ver nota 6, parágrafos 107 a 111.

22. Ver nota 13, parágrafo 42.

23. Ver nota 13, parágrafo 44.

24. 1995 (3) SA 391 (CC).

25. Nota à imprensa datada de 22 abr. 2003: Lawyers for Human Rights et al. vs Minister of Home Affairs et al.

26. Conradie vs Hanekom LCC 8 / RR.

27. Jeremy Sarkin, "Promoting Access to Justice", 41. *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, dez. 2002, 44.

28. Advogados particulares foram contratados para representar determinados clientes que atendiam aos requisitos do padrão de rendimentos. Foram remunerados pelo Legal Aid Board, com base em análise caso a caso.

29. Jeremy Sarkin, nota 27, 42.

30. *Idem*, 41.

31. Vinodh Jaichand, "A Social and Moral Responsibility". 37 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, dez. 2002; e "LHR Calls on Lawyers to Embark on Pro Bono Work". *De Rebus*, fev. 2002.

32. Juiz Pius Langa, "Making Rights a Reality". 38 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, dez. 2002, 39.

33. Geoff Budlender, "Proposals for a New System". 50 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, dez. 2002, 51.

34. Roland Rich, "Solidarity Rights Give Way to Solidifying Rights". *Academy of Social Sciences*, 2002, 25, 31.

35. Parágrafo 2º, General Comment Number 9 (Nineteenth Session, 1998). Relatório do Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc.E/1999/22, pp. 117-21.

36. *Idem*, parágrafo 9º.

37. Neil Stammers, "Social Movements and the Social Construction of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 21 abr. 1999, 980 a 983.

38. Ver nota 37, 1003/4.

39. Ver nota 37, 1008.

PAUL CHEVIGNY

Professor da cátedra Anne B. and Joel S. Ehrenkranz na Faculdade de Direito da New York University.

RESENHA

O presente trabalho avalia a forma pela qual o governo dos Estados Unidos se aproveitou da situação após o 11 de setembro de 2001 para aumentar o controle sobre as atividades das pessoas, em âmbito local e nacional, para levar aos tribunais pessoas que anteriormente eram deixadas em liberdade, para empreender detenções de estrangeiros e cidadãos americanos, e para deter pessoas suspeitas de terrorismo de forma indefinida, sem julgamento ou mesmo assistência de advogados.

A REPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS APÓS O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO*

Paul Chevigny



O ataque ao World Trade Center em Nova York, em 2001, foi um ato horrível, um evento atroz, de proporções sem precedentes. Representou um golpe devastador para o povo americano, que, literalmente, há muitas gerações, jamais sofrera uma grave agressão de agentes estrangeiros dentro de seu próprio país.

Isso tudo é indiscutível. A questão aqui é que as autoridades públicas dos Estados Unidos, tanto no âmbito local quanto no nacional, se aproveitaram da indignação e do medo causados pelos atentados para tentar assumir o controle do povo, e até mesmo da política do país. Tratam as críticas, como esta que faço aqui, como atos de deslealdade. Três meses após os ataques, o secretário da Justiça dos Estados Unidos declarou: “Aos que amedrontam o povo amante da paz com o fantasma da liberdade perdida, minha mensagem é a seguinte: essa tática só ajuda aos terroristas, pois corrói a unidade nacional e enfraquece nossa determinação. Ela fornece munição aos inimigos da América e incertezas a seus amigos”.¹

Apesar das muitas ações empreendidas contra terroristas, e contra estrangeiros em geral, desde o 11 de setembro, acho que o objetivo de controlar o povo americano e criar uma agenda doméstica repressiva está bem configurado. Isso vem sendo levado a cabo com o cerceamento da privacidade e, de modo mais geral, dos direitos dos suspeitos, mediante a

*Palestra realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo, em outubro de 2003.

1. Declaração de John Ashcroft, 6 dez. 2001.

discriminação maciça contra estrangeiros de origem árabe e muçulmana, ações legais repressoras e intervenções na garantia do *habeas corpus*. Por outro lado, não quero exagerar: felizmente, o alcance da repressão tem sido limitado, graças a uma certa resistência popular, nos tribunais e até mesmo dentro da própria administração pública.

Também está claro que muitas das ferramentas de repressão são anteriores ao 11 de setembro, e já existiam mesmo antes de a presente administração assumir o poder. As ferramentas foram forjadas com base em leis contra o terrorismo promulgadas durante a administração Clinton, também pela já antiga legislação de imigração, que sempre foi potencialmente repressiva, e ainda por leis relativas ao serviço de informações sobre estrangeiros. É verdade que o governo federal adotou novas leis, como o USA Patriot Act, sobre o qual vocês já devem ter ouvido falar, e sobre o qual falarei mais adiante; mas leis como essa trazem apenas mudanças adicionais. Os governos locais e o nacional vêm se aproveitando principalmente do potencial repressivo da legislação já existente; organizações não-governamentais como a American Civil Liberties Union, há anos vêm nos advertindo sobre os perigos de tais leis.

No Brasil, tal como em muitas outras nações, a maioria da população não lida com problemas desse tipo, nem é diretamente afetada por eles. São notícias estrangeiras, talvez interessantes, mas algo remotas. Assim, na medida do possível, tentarei relacionar os problemas com experiências latino-americanas. As atitudes atuais do governo norte-americano não são comparáveis à repressão, legal e extralegal, existente no Cone Sul de vinte anos atrás. Mas algumas delas são aflitivamente familiares para muitos. Entre elas, a detenção de centenas de pessoas por longos períodos, sem conhecimento da opinião pública, ou a tática de afastar os suspeitos dos processos criminais e mantê-los sob custódia militar, em nome da segurança, impedindo que sejam soltos mediante *habeas corpus* e sujeitando-os a interrogatórios intermináveis.

Também pode parecer-lhes familiar a reação de alguns tribunais. Em vários casos, os juízes rejeitam as medidas repressivas tomadas pelo governo; no geral, porém, se empenham em aprovar tais ações, sempre que possível, mesmo que no íntimo não concordem com elas. Os juízes hesitam em interferir nos atos do executivo, pois temem ser desobedecidos. Não vêm vantagem em enfraquecer sua legitimidade,

expedindo mandados que serão desafiados em nome da guerra contra o terror.

Em alguns casos, as ações do governo americano entraram em conflito com a lei humanitária internacional ou com os direitos humanos. Essas medidas jamais são mencionadas pelo governo e raramente por qualquer outra pessoa no país, exceto por especialistas em direito internacional.

Invasão de privacidade

A grande onda de protestos do público contra as intrusões do governo em sua privacidade ocorreram no final da década de 1960 e no início da seguinte. Naquela época, quando o governo reivindicava o poder de efetuar escutas telefônicas de grupos radicais do país, a Suprema Corte sustentou que, para tais medidas, a autoridade pública estava constitucionalmente obrigada a obter uma autorização judicial, fundamentada na demonstração da probabilidade de que um crime fora ou poderia vir a ser cometido.² Entretanto, na época, estava claro que a coleta de informações sobre estrangeiros, que não seria usada em um processo penal interno, poderia ser efetuada com menos restrições, pois a Constituição não se aplica a estrangeiros que não se encontram no país. Um tribunal especial foi estabelecido para expedir mandatos para a obtenção de informações no exterior, com base em um nível de exigências bem mais baixo, bastando, muitas vezes, uma simples solicitação governamental. Milhares dessas ordens judiciais têm sido concedidas ao longo dos anos.

Mais ou menos na mesma época, na década de 1970, foram criadas restrições à espionagem realizada pela polícia contra grupos políticos nos Estados Unidos. Um famoso relatório do Senado descreveu os abusos de agentes federais que incitavam ao crime, promoviam a dissensão em grupos políticos e disseminavam informações danosas fora desses grupos.³ Práticas semelhantes foram encontradas nos departamentos de polícia estaduais e federais, inclusive em Nova York. Após vários processos judiciais, firmou-se uma espécie de “trégua” negociada, reconhecendo que, como regra geral, não seria permitido à polícia praticar espionagem apenas por razões políticas, mas unicamente com base em informações que apontassem para a possibilidade de práticas criminosas.

Os governos federal e local se aproveitaram do temor do

2. US vs US District Court, 407 US 297 (1972).

3. “Final Report of the Select Committee to Study Gov’t Operations with Respect to Intelligence Activities”. Relatório do Senado 94-755 (1976).

público depois do 11 de setembro para permitir um grau maior de invasão da privacidade, quer por meios eletrônicos, quer recorrendo a informantes e infiltração, não apenas na esfera da inteligência internacional, mas, igualmente, em casos criminais e contra os ativistas políticos nacionais.

Atualmente, admite-se que o governo use ordens judiciais do United States Foreign Intelligence Court (tribunal de recursos da inteligência internacional) em crimes domésticos. Um dos artigos do USA Patriot Act, sancionado logo após o 11 de setembro, estipula que esse tribunal pode autorizar escutas telefônicas, tanto em investigações domésticas quanto nas estrangeiras. Esse dispositivo era quase invisível no texto da lei, pois foi preciso alterar apenas duas palavras da legislação anterior, que permitia a escuta telefônica para fins do serviço de inteligência internacional.⁴

O Foreign Intelligence Court também pode ser utilizado para fins mais gerais de espionagem política. O USA Patriot Act permite ao tribunal conceder ordens judiciais para a produção de documentos relacionados a uma investigação. Essa medida aparentemente inocente pode ser usada, por exemplo, para solicitar que as bibliotecas revelem quais livros foram retirados pelos leitores, sem poder informar aos leitores que eles estão sob investigação. Após uma tempestade de críticas, em setembro deste ano [2003], o secretário de Justiça, John Ashcroft, anunciou que o Departamento de Justiça jamais havia “usado” essa lei para forçar qualquer biblioteca a entregar seus registros, afirmando opor-se a “distorções e informações errôneas” relacionadas a ela.⁵ Talvez ao pé da letra seja verdade que o governo jamais foi ao tribunal a fim de conseguir uma ordem judicial para forçar qualquer biblioteca a revelar informações, mas um levantamento prévio revelou que o FBI obteve informações a respeito de centenas de leitores.⁶ Se há uma lei permitindo que as autoridades consigam essa informação por coerção, parece pouco provável que um bibliotecário recuse uma solicitação “voluntária”. Preciso acrescentar que os bibliotecários estão atemorizados e confusos?

Ao mesmo tempo, o governo vem mudando os padrões de vigilância e infiltração política da polícia, tentando anular as mudanças feitas na década de 1970. O secretário da Justiça alterou as diretrizes do FBI para a abertura de investigações sobre grupos internos, exigindo apenas uma “indicação

4. USA Patriot Act, seção 218.

Nancy Chang, “How Democracy Dies: The War on Our Civil Liberties”. In: Cynthia Brown (ed.), *Lost Liberties*. Nova York: New Press, 2003, p. 43.

5. Eric Lichtblau, “US Says It Has Not Used New Library Records Law”. *New York Times*, 19 set. 2003, A20.

6. USA Patriot Act, seção 215.

Nancy Chang, op. cit., p. 44.

razoável” de atividade criminosa, ou até menos, no caso de um inquérito preliminar.

Os esforços para enfraquecer a proteção contra a espionagem política chegaram ao âmbito local em várias cidades, sendo Nova York o caso mais recente. Na década de 1970, foi movido um processo contra a polícia da cidade, alegando que ocorrera abuso de poder, por motivos políticos; este foi um dos inúmeros casos que levaram à “trégua” descrita acima.⁷ O caso foi resolvido na década seguinte. A polícia admitiu não investigar qualquer grupo político ou religioso, a menos que tivesse dados a respeito do envolvimento desse grupo com o crime; tais investigações deveriam ser aprovadas por uma comissão constituída de dois oficiais de polícia e uma pessoa de fora. Ela também concordou em limitar a divulgação de relatórios sobre a atividade política. E – muito importante – o tribunal federal se dispôs a fazer cumprir o acordo, o que chamamos em nossa legislação de “decreto de consenso” (*consent decree*). A ordem judicial vigorou durante dezessete anos e, aparentemente, funcionou bastante bem.

Depois de todos esses anos, no segundo semestre de 2002, a polícia voltou ao tribunal federal para desfazer o acordo, alegando que, diante da ameaça do terrorismo, não poderia mais condicionar as investigações à necessidade de uma informação específica que apontasse para um crime, ou restringir a divulgação de dados. Os advogados da parte contrária, entre os quais me incluo, lutaram contra isso, mas o tribunal aprovou diretrizes para investigações similares às do FBI e depois saiu de cena, sem nem mesmo incorporar as diretrizes à sua decisão.

Então ocorreu um escândalo, pequeno, mas significativo. A polícia de Nova York começou a prender pessoas em manifestações contra a guerra, e a intimidá-las com perguntas sobre suas afiliações políticas. Nada a ver com terrorismo, nada a ver com influência estrangeira – eram apenas cidadãos que se opunham à atual política externa. Manifestantes pacíficos em Nova York eram pegos de surpresa e intimidados; muitos quiseram dar queixa à justiça. Agora estávamos de volta ao tribunal, e o juiz, irritado com as táticas policiais, incorporou as novas diretrizes para investigações em sua decisão, dando-lhes força de ordem judicial.

Todas essas alterações na proteção da privacidade são significativas – fraco nível de exigência na obtenção de mandado judicial para realizar escuta telefônica em casos

7. Chevigny, “Politics and Law in the Control of Local Surveillance”. *Cornell Law Review*, 69: 735-84, 1984, descreve a situação tal como era há vinte anos.

criminais e obter informações em bibliotecas e outras instituições, e enfraquecimento da proteção contra espionagem. Porém, o mais importante nisso tudo, o ponto que desejo enfatizar, é que as alterações não foram dirigidas principalmente contra o terrorismo estrangeiro. Os mandados do Foreign Intelligence Court podem agora ser empregados em assuntos domésticos. As alterações das diretrizes do FBI a que me referi não servem para investigar o terrorismo estrangeiro. O FBI tem um conjunto de diretrizes especiais para tais investigações, secretas há anos, e eu não faço a mínima idéia de seus dispositivos. As diretrizes que foram alteradas são as que tratam da criminalidade interna e de outros assuntos. No momento em que escrevo, o *New York Times* noticia que os novos poderes foram amplamente usados em assuntos criminais domésticos.⁸ E a história que relatei sobre as mudanças em Nova York é um exemplo de como as alterações são feitas com o objetivo de atingir o povo – o povo americano que não concorda com o governo.

8. Eric Lichtblau, "US Uses Terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling". *New York Times*, 28 set. 2003, A1.

Processos criminais posteriores a 11 de setembro

São poucos os processos instaurados por crimes posteriores aos eventos de setembro de 2001 – em parte, na realidade, por terem decorrido apenas dois anos desde aquela data. Além do mais, embora tenham envolvido centenas de pessoas, as detenções feitas pelo governo revelaram pouquíssimos crimes graves. E foi porque o governo não teve muitos casos de peso para levar a julgamento, por mais que quisesse encontrá-los, que ocorreu o incidente que relato a seguir. Ou, pelo menos, é o que me parece.

Esse caso diz respeito a uma advogada de Nova York, Lynne Stewart, indiciada em 2002, juntamente com outros dois advogados, por fornecer "apoio material" a uma organização terrorista estrangeira, cometer fraude e mentir para o governo dos Estados Unidos. São acusações graves. A de fornecer apoio material a uma organização terrorista estrangeira decorre das leis antiterrorismo sancionadas durante a administração Clinton, que reputam ser crime apoiar qualquer organização rotulada pelo governo como entidade terrorista estrangeira. A configuração do crime não depende de algum auxílio real a terroristas, ou da intenção de ajudar o terrorismo. Tudo de que se precisa é que o acusado tenha apoiado uma das organizações proibidas. Assim, por exemplo, se uma

instituição beneficente muçulmana enviar donativos para organizações na Palestina, e algumas delas for violentamente contra Israel, essa instituição será rotulada como organização terrorista estrangeira – e dar dinheiro a ela será considerado crime. Isso aconteceu com várias organizações muçulmanas.

Uma das organizações rotulada como terrorista sob essa lei chamava-se Grupo Islâmico, com sede no Egito. O xeque Abdel-Rahman, líder religioso muçulmano supostamente ativo no grupo, era um refugiado egípcio. Em 1995, o xeque e vários outros acusados foram condenados por conspirar para bombardear locais públicos de Nova York, inclusive o World Trade Center. Sua defesa baseou-se em parte na afirmação de que sua pregação era meramente retórica – pois trabalhava em uma mesquita –, e na realidade não planejara ato algum de violência. O júri não se convenceu e ele foi condenado à pena de prisão perpétua e mais alguns anos. Lynne Stewart, uma advogada que participou de sua defesa, tinha um histórico de envolvimento com causas radicais e se interessou pelo caso do xeque.

Enquanto trabalhava na apelação da sentença, em 2000, Lynne Stewart visitou o xeque na prisão, acompanhada de um tradutor árabe. A visita foi gravada eletronicamente, assim como suas conversas telefônicas com os seguidores do xeque. Como ele era considerado um prisioneiro político perigoso, a advogada precisou assinar uma “medida administrativa especial”, pois ele estava impedido de se comunicar com pessoas de fora. Durante a visita, o xeque redigiu uma declaração que ela divulgou para a imprensa. Ela foi acusada também de ficar falando em inglês, em voz bem alta, para encobrir a conversa, em árabe, entre o xeque e o tradutor, impedindo que as autoridades entendessem o que diziam. A acusação alegou ainda que, ao telefone, ela concordou com a divulgação de uma mentira: de que a prisão não prestava cuidados médicos adequados ao prisioneiro. Supostamente, ela teria dito a um dos seguidores do xeque que ninguém iria descobrir a verdade.

Segundo a teoria oficial, a visita de Lynne Stewart, incluindo a declaração à imprensa e o telefonema, constituiu “apoio material” para o Grupo Islâmico. A acusação de mentir e cometer fraude contra o governo surgiu porque a advogada assinou a medida administrativa especial. As autoridades alegaram que ela jamais teve a intenção de cumpri-la e, portanto, cometera fraude ao concordar com ela.

Tomemos um pouco de distância para examinar o aspecto político do caso. Todo o processo tomou por base leis que estavam em vigor antes da administração Bush, porém o mais importante é que os acontecimentos também eram anteriores a esse governo. Os fatos ocorreram durante a administração Clinton e, na época, não foram considerados suficientemente importantes para justificar a instauração de um processo. Depois do 11 de setembro, o governo passou a dar-lhes importância suficiente para entrar com uma ação. Ashcroft, secretário da Justiça, foi em pessoa a Nova York para anunciar a acusação, em 2002.

Nem preciso dizer que muitos advogados criminais de defesa nos Estados Unidos se sentiram ultrajados com a instauração desse processo. Ele se baseava em atos que sem dúvida haviam sido imprudentes, mas inúmeros advogados fariam o mesmo por um cliente. Além do mais, quase todas as provas estavam alicerçadas na escuta eletrônica de Lynne Stewart, na prisão e ao telefone. Aparentemente, a escuta fora autorizada como uma investigação contra estrangeiros, do tipo daquelas que já mencionei. É provável que a escuta seja tecnicamente admissível, mas ela ilustra o problema de tais táticas. Em um momento de descuido, a maioria de nós poderia ter dito algo como “decerto ninguém lá fora saberá disso”, sem supor que isso serviria para um indiciamento por conspiração. A escuta torna muito difícil o trabalho eficiente de um advogado. Ela nos intimida e nos deixa em constante alerta contra a espionagem estatal. Ashcroft reforçou esse ponto, introduzindo uma regra geral que autoriza o governo a monitorar as comunicações entre os prisioneiros e seus advogados em todos os casos, quer envolvam ou não terrorismo ou relações exteriores.⁹ Mais uma vez, o 11 de setembro está sendo usado como desculpa para um cerceamento geral do trabalho dos advogados de defesa.

Um dos melhores advogados do país concordou em defender Lynne Stewart, e persuadiu o tribunal a rejeitar algumas das acusações. Em agosto, o tribunal considerou que as palavras e os atos da advogada não constituíam “apoio material” para uma organização, como seria uma contribuição com fundos. E sustentou que, se o significado das palavras incluísse atos como os de Lynne Stewart, a lei seria vaga demais para definir um crime. Sem dúvida, foi um grande alívio para a defesa; todavia, a advogada ainda está sendo acusada de mentira e fraude a respeito da medida administrativa especial.

9. 28 Code of Fed.

Regulations, seção 501.3d.

Chang, op. cit., p. 38.

E ainda não sabemos qual o alcance do crime de “apoio material” para uma organização terrorista estrangeira.

Enquanto preparava o processo contra Stewart, a administração Bush também se apressava em expandir o alcance das leis contra o terrorismo. O USA Patriot Act define “terrorismo doméstico” como atos criminosos que ameacem a vida “com o objetivo [...] de influenciar a política do governo mediante a coerção”.¹⁰ Até agora não se instauraram processos por esse crime, mas parece claro que o governo tenta usar o temor criado pelo terrorismo internacional para atingir protestos domésticos violentos, como os tumultos em Seattle em torno do comércio e das finanças internacionais.

10. USA Patriot Act, seção 802; 18 US Code sec. 1331.

As detenções ocorridas desde o 11 de setembro

As detenções foram muito mais comuns que os processos criminais. Talvez sejam, até o momento, o maior sinal de repressão, apesar de ainda ser cedo demais para dizer o que o futuro trará. Imediatamente após o 11 de setembro, o governo efetuou a captura de centenas de pessoas, sobretudo estrangeiros, e praticamente todas, até onde pude perceber, com sobrenome muçulmano ou árabe. Por exemplo, dois cidadãos norte-americanos com nomes que pareciam árabes foram presos ao voltar de uma viagem ao México, e um deles permaneceu detido durante dois meses.¹¹

11. Kate Martin, “Secret Arrests and Preventive Detention”. In: Cynthia Brown, op. cit., p. 77.

Essas centenas de pessoas foram presas sob pretextos variados: pequenos delitos, questões de imigração, ou mesmo a vaga alegação de ser “testemunha material”, expressão que autoriza a detenção, pela legislação americana. No entanto, a verdade é que não sabemos exatamente quantas foram presas, os motivos alegados, quem são ou o que houve com elas, pois o governo simplesmente se recusou a prestar qualquer informação ao público. Como indivíduos, se suas famílias conseguissem encontrá-los e se comunicar com eles, poderiam contratar os serviços de um advogado. O secretário da Justiça aumentou o sigilo decretando que, nesses casos, os procedimentos da imigração ficariam interditados à imprensa e ao público.¹² Apesar das inúmeras reclamações por parte de conhecidas organizações de direitos humanos, a tática do governo teve bastante sucesso, o que provavelmente não surpreenderia um advogado latino-americano; na medida em que os procedimentos governamentais são mantidos em

12. Id., pp. 79-80.

segredo, fica difícil para o público acompanhar tais ações. Essas centenas de presos receberam bem pouca simpatia do público, pois constituíam apenas um vago grupo de pessoas não-identificadas; supunha-se que eram em sua maioria estrangeiros, e que seriam deportados por terem violado sua condição de imigrantes. Na verdade, centenas acabaram sendo libertados dentro dos Estados Unidos. A condição dessas pessoas era apenas um pretexto; parece que as mesmas táticas sigilosas teriam sido adotadas se a maioria dos detidos fosse composta por cidadãos americanos.

Nos Estados Unidos, as ONGs, apoiadas pela imprensa, entraram com uma ação para forçar o governo a revelar os nomes e as acusações e, a princípio, um juiz determinou que o governo deveria revelar os nomes dos detidos. Mas o poder público entrou com recurso e o tribunal de apelação em Washington decidiu que as ONGs não tinham o direito de saber esses nomes. Ao tomar essa decisão, o tribunal declarou: “É papel do executivo melhorar e exercer sua perícia na proteção da segurança nacional. Não cabe aos tribunais questionar as decisões do executivo tomadas em prol da consecução do papel precípua desse poder”.¹³

O tribunal de apelação se apoiou em casos recentes, julgados por outros tribunais que assumiram posição semelhante, de que não poderiam interferir nas decisões do executivo. O resultado foi desastroso para as centenas de pessoas detidas após o 11 de setembro. Quando o governo esconde seus atos do público, ou quando seus atos não são transparentes, é possível que esteja escondendo abusos cometidos contra os que são mantidos sob custódia, como os advogados da América Latina sabem por experiência própria. Era exatamente isso o que a imprensa e as ONGs temiam no caso desses detidos, e com razão. Apesar de, no momento, a maioria deles ter sido solta – alguns foram deportados dos Estados Unidos, mas centenas ganharam a liberdade dentro do país –, na primavera de 2003, o corregedor-geral do Departamento de Justiça emitiu um relatório criticando a maneira como haviam sido tratados.

Parece que o corregedor-geral se incumbiu de redigir um relatório detalhado, de mais de trezentas páginas, em parte porque havia tão pouca informação pública sobre as prisões. Os abusos identificados por ele eram exatamente o que esperaríamos naquelas circunstâncias. Em geral, os motivos de suspeita eram quase nulos. O corregedor-geral exemplifica com

13. Center for National Security Studies vs US Dept. of Justice (D.C. Cir. 2003). Caso n. 02-5254, 02-5300.

o caso de um homem do Oriente Médio que encomendou um carro em uma revendedora, em setembro de 2001. Ele foi preso por não aparecer para buscar o carro e só foi solto seis meses depois. Em outro caso, alguns homens originários do Oriente Médio que trabalhavam na construção de uma escola de Nova York foram parados por causa de uma infração de trânsito; e presos porque, naturalmente, carregavam a planta da escola no carro. A posição do governo era de que ninguém poderia ser solto até que a suspeita de terrorismo pudesse ser descartada e, como resultado, havia grande relutância em liberar qualquer um que fosse. O período de detenção era extraordinariamente longo – em média, de mais de oitenta dias, de onde se infere, é claro, que muitas vezes fosse bem maior. Os três órgãos públicos envolvidos – Federal Bureau of Investigation (FBI), Central Intelligence Agency (CIA) e Serviço de Imigração – não possuíam pessoal suficiente para processar um número tão elevado de pessoas e, além disso, não estavam acostumados a coordenar seus trabalhos. Sem a vigilância da população, eles não tinham qualquer incentivo para agilizar os processos.

Além de tudo, em muitos casos o corregedor relatou que as autoridades trataram os presos como se já estivessem condenados por atos terroristas, embora a maioria nem mesmo tivesse sido acusada por qualquer crime. Muitos permaneceram confinados em uma seção de segurança máxima da cadeia federal de Manhattan. As celas eram pequenas, luzes e câmaras de vídeo permaneciam ligadas e os prisioneiros sempre saíam algemados de suas celas. Durante as duas primeiras semanas após o 11 de setembro, foram impedidos de entrar em contato com suas famílias ou advogados e não tinham permissão para telefonar. Alguns contaram que os guardas os ameaçavam com frases como “você nunca mais vai sair daqui”.¹⁴

Em síntese, o relatório do corregedor é um documento oficial extraordinário. Ele recomendou várias mudanças no procedimento dos órgãos do governo – para, dois meses depois, informar que muitas delas ainda não tinham sido adotadas.

A detenção desse primeiro grupo de centenas de indivíduos, por pior que tenha sido, não foi o fim dos problemas enfrentados por estrangeiros após o 11 de setembro. O serviço de imigração criou um sistema especial de registro para homens e meninos de vários países, a maioria árabes ou muçulmanos. Milhares de homens foram obrigados a procurar as autoridades para se registrar, sendo às vezes detidos sem aviso. Em Los Angeles,

14. US Dept. of Justice, Office of the Inspector General, “The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks” (Washington DC, abr. 2003).

15. Lawyers Comm for Human Rights, "Imbalance of Powers", 43 (2003).

em dezembro de 2002, as autoridades da imigração prenderam quatrocentas pessoas, mantendo muitas delas em condições cruéis, em celas superlotadas.¹⁵ As detenções em massa, tendo por única justificativa a origem no Oriente Médio, geraram pânico e consternação entre a comunidade muçulmana espalhada por todo o território norte-americano.

Se as detenções nos Estados Unidos afetaram milhares de pessoas, o aprisionamento dos assim chamados combatentes inimigos suscitou as questões legais mais sérias. Nesses casos, o governo se omitiu, ou se recusou a apresentar acusações, e também se desobrigou de levar essas pessoas aos tribunais.

Em ações anti-terroristas empreendidas fora do território norte-americano, sobretudo no Afeganistão, o exército e outras instâncias prenderam centenas de pessoas e a maioria foi levada a um enclave americano em Cuba, em Guantánamo. Embora o governo cubano seja tecnicamente soberano sobre esse território, ele foi arrendado pelos Estados Unidos, por cem anos, para estabelecer uma base militar.

Algumas das pessoas detidas em Guantánamo alegam que foram capturadas por acaso, em batidas realizadas por tropas locais afegãs. Mas jamais conseguiram ser ouvidas em tribunal algum. Os Estados Unidos assumiram diversas posições que não são inteiramente consistentes com as leis internacionais, mas em geral tiveram êxito nos tribunais americanos e perante a opinião pública. Aqueles que foram capturados em guerra, assim parece, deveriam ser tratados como prisioneiros de guerra, de acordo com a Convenção de Genebra de 1949. Nos termos do artigo 5º da Terceira Convenção de Genebra, os detidos cujo status legal é questionável deveriam ter o direito a uma audiência em um "tribunal competente" para determinar esse status. Entretanto, os Estados Unidos jamais aceitaram que qualquer um fosse denominado "prisioneiro de guerra". Em nome dos detidos, foi apresentado um protesto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, em 12 de março de 2002, a comissão adotou medidas preventivas exigindo que os Estados Unidos "tomassem as necessárias e urgentes providências para que um tribunal competente determinasse o status legal dos detentos na baía de Guantánamo". Pelo que sei, até agora a mídia e o governo dos Estados Unidos continuam a ignorar essa importante decisão.

Em lugar de um tribunal determinar o status legal dos presos, o governo dos Estados Unidos os designou "combatentes

inimigos”, termo sem significado exato na lei internacional. Alguns tentaram obter um *habeas corpus* para esclarecer sua posição, alegando que qualquer pessoa privada da liberdade por funcionários norte-americanos, em local controlado pelos Estados Unidos, tinha esse direito. O governo argumentou que Guantánamo se encontrava fora da jurisdição dos Estados Unidos e, como os detentos não possuíam direitos de cidadãos, não havia jurisdição hábil para a expedição de um *habeas corpus*. O tribunal de apelações acatou os argumentos do governo e rejeitou a petição.¹⁶

Ao que parece, o governo prendeu pessoas em Guantánamo para poder alegar que os tribunais norte-americanos não tinham jurisdição sobre elas, e essa tática foi bem-sucedida. Creio que os tribunais estão aliviados por terem conseguido evitar a revisão das decisões estatais sobre o motivo das prisões. No entanto, isso apenas deixa em aberto a questão a respeito do que o governo pretende dos detentos, e nesse ponto a intenção é muito clara: quer saber tudo sobre o terrorismo. Deseja poder interrogar os detentos até ter certeza de que conseguiu todas as informações possíveis. O governo libertou umas poucas pessoas que pareciam nada saber. Também está clara a razão pela qual o governo não considera os detentos como prisioneiros de guerra. Se fossem assim denominados, eles não teriam obrigação de dar informações a seus captadores.

Há dois casos de cidadãos detidos nos Estados Unidos rotulados como “combatentes inimigos”. Eles enviaram petições de *habeas corpus* e seus casos não podem ser descartados com tanta facilidade quanto os de Guantánamo, pois expõem perfeitamente a questão dos poderes do executivo. Embora sejam tão poucos, são juridicamente significativos.

O primeiro caso, Hamdi, envolve um cidadão americano que efetivamente combateu no Afeganistão ao lado do Taleban. O presidente declarou-o combatente inimigo e enviou-o para um centro militar de detenção. Seu pai enviou uma petição de *habeas corpus* para determinar seu status legal e o tribunal de apelações emitiu uma opinião restrita.¹⁷ O tribunal julgou que, sendo cidadão, ele tinha direito de requerer *habeas corpus*. Mas, segundo o tribunal, em tempos de guerra o presidente tem o poder de decretá-lo combatente inimigo, determinação que os tribunais não podem rever. Assim, o tribunal não poderia conceder-lhe o *habeas corpus* ou ajudá-lo de alguma forma. Com relação ao argumento de que Hamdi tinha direito a uma

16. Al Odah vs US 321 F.2d 1134 (D.C.Cir. 2003).

17. Hamdi vs Rumsfeld, 316 F. 2d 450 (4th Cir. 2003).

audiência nos termos da Convenção de Genebra, o tribunal simplesmente disse que a Justiça Federal americana não tinha jurisdição para examinar casos sob a Convenção. Esse caso talvez seja menos alarmante, porque aparentemente Hamdi participou de um exército inimigo.

O outro caso é bem mais perturbador. Ninguém alega que José Padilla, cidadão norte-americano, tenha participado de algum combate contra os Estados Unidos em qualquer sentido relevante do termo. Primeiro, ele foi preso como testemunha, sob a suspeita de que tivesse conhecimento de atividades terroristas. Foi designado um advogado para representá-lo. Nada de extraordinário, nos dias que correm. De repente, como o governo suspeitava de uma importante conexão com conspiradores terroristas, Padilla foi declarado combatente inimigo e posto sob custódia militar. Nem o advogado, nem qualquer outra pessoa recebeu autorização para entrar em contato com ele – ele estava e permanece incomunicável. Seu advogado requereu um *habeas corpus*. Como no caso Hamdi, o tribunal sustentou que Padilla tinha direito de submeter a petição e que o presidente tinha poder de declará-lo combatente inimigo.¹⁸ Mas o tribunal também acrescentou que Padilla tinha o direito de questionar as bases para a decisão e precisaria ver seu advogado; não podia ser mantido incomunicável. E foi nesse ponto que o conflito com o executivo aconteceu.

O governo se recusou a cumprir a ordem e tentou fazer com que o juiz mudasse de idéia. Este, um magistrado de primeira instância da Justiça Federal, ficou evidentemente frustrado e mesmo enfurecido. Porém, o governo jamais permitiu que Padilla visse seu advogado e o juiz desistiu, encaminhando o caso em recurso extraordinário, que ainda não foi a julgamento. Enquanto tentava manter Padilla incomunicável, o governo enfim explicou o que seus interrogadores desejavam. Aqui, cito a declaração de um comandante da Defense Intelligence Agency (DIA):

Desenvolver o tipo de relacionamento de confiança e dependência necessário para a realização de interrogatórios eficientes é um processo que pode levar muito tempo. Há inúmeros exemplos de situações em que os interrogadores foram incapazes de obter informações valiosas durante meses, até mesmo anos, após o início do processo.

Qualquer coisa que ameace a confiança e a dependência

18. Padilla ex. rel. Newman vs Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002).

experimentadas entre o interrogado e o interrogador ameaça diretamente o valor do interrogatório como instrumento de coleta de informações. Até mesmo interrupções aparentemente sem importância podem exercer profundo impacto psicológico nas delicadas relações entre o interrogado e o interrogador. Qualquer inserção de aconselhamento nas relações entre o interrogado e o interrogador – mesmo por tempo limitado ou para um propósito específico – pode desfazer meses de trabalho e interromper permanentemente o processo de interrogação.

Creio que o significado disso é bem claro. As autoridades alegam que o presidente tem o poder de afastar uma pessoa do processo no tribunal e confiná-la sob custódia militar. Na verdade, vão mais longe, alegando que o homem não será torturado, mas apenas interrogado, até fornecer as respostas desejadas. E se o tribunal afirmar que as autoridades não podem agir desse modo, elas simplesmente desobedecerão à decisão judicial.

Essa postura traz semelhanças com a situação jurídica vivenciada durante as ditaduras na América Latina. O governo afirma que pode prender pessoas e pô-las sob custódia militar a seu bel-prazer. Nessa condição, elas permanecerão incomunicáveis e sujeitas a infundáveis interrogatórios. Um pedido de *habeas corpus* ou de outro recurso similar mostra-se inútil, ainda que tecnicamente admissível. O requerente pode protocolar a petição, mas se o tribunal acatá-la, o governo desafiará o tribunal. Isso deixa os tribunais em uma posição embaraçosa. Eles não possuem meios de fazer cumprir suas determinações sem o auxílio do poder executivo, e se suas decisões forem desafiadas, ficarão em condições piores do que se jamais houvessem acatado o pedido. É provável que procurem meios de evitar deferir tal petição.

O triste histórico de detenções durante períodos repressivos anteriores levou o sistema interamericano de direitos humanos a estabelecer uma instância específica para os pedidos de *habeas corpus*. Como vocês provavelmente já sabem, na década de 1980 o Tribunal Interamericano determinou que o *habeas corpus* é um direito básico de tal importância que não pode ser suspenso, mesmo em situação de emergência nacional. Ele não é derogável.¹⁹ Creio não haver dúvida de que o tribunal busca deixar claro para os governos do Ocidente que o padrão de deter e interrogar pessoas, mantendo-as

19. Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinions 8/87 and 9/87.

incomunicáveis e sem recursos legais, é a ferramenta essencial da repressão; se o poder dos tribunais de acatar as petições de *habeas corpus* for reconhecido, o poder da repressão será amplamente enfraquecido. A Convenção Internacional para os Direitos Civis e Políticos não foi tão precisa; parece que a proteção do *habeas corpus* pode ser suspensa em situações de emergência nacional, porém apenas se for feita uma declaração minuciosa das condições de emergência ao secretário-geral das Nações Unidas.

Naturalmente, os Estados Unidos não fizeram tal declaração e é bem pouco provável que a façam. A Constituição dos Estados Unidos determina que o direito ao *habeas corpus* não pode ser suspenso, exceto “em casos de rebelião ou invasão, quando a segurança pública assim o exigir”.²⁰ O governo americano não assumiu uma atitude oficial de suspender o *habeas corpus*, ou qualquer outro direito; e seria politicamente muito difícil adotar tal postura. Em vez disso, evitou enfrentar o problema tomando a posição de que, com efeito, os declarados combatentes inimigos não têm direito aos benefícios desse mandado, mesmo no caso de serem cidadãos. Sem dúvida, o governo diria que está engajado em uma guerra contra o terrorismo e que Padilla participou dessa guerra; mas isso implica que qualquer pessoa acusada de conexão com o terrorismo estrangeiro pode ser detida e mantida incomunicável, sem direito a um recurso eficiente. Trata-se de uma posição espantosa e perigosa.

Quais as lições a serem tiradas dessas experiências análogas, nas duas metades do hemisfério? Elas sugerem que a resposta provável dos governos a graves ameaças à segurança nacional será similar. O governo se aproveitará da ameaça, não só para agir contra seus inimigos, como também para controlar e disciplinar a massa da população, sejam cidadãos do país ou estrangeiros. Assim fazendo, estará justificando as invasões de privacidade, os processos políticos e as detenções maciças. Ele tentará manter sua atuação em segredo, tanto quanto possível, para que haja menos protestos públicos; e o próprio sigilo tanto ocultará quanto encorajará os abusos. Mais importante: o governo deixará claro para os tribunais que, se desafiarem o executivo, o executivo, em contrapartida, os desafiará. É possível que mesmo um judiciário totalmente independente receie se tornar ineficiente sob tais circunstâncias.

20. US Constitution, artigo 1º, seção 9, cláusula 2.

Por outro lado, não desejo pintar um quadro totalmente pessimista. Com certeza, há problemas nos Estados Unidos que apontam para um quadro de repressão. Invasões de privacidade, aumento da vigilância política, interferência no trabalho dos advogados, assédio de pessoas devido a suas ligações árabes ou muçulmanas, sigilo governamental e detenções sem direito a recurso visando interrogatório ilimitado são problemas perturbadores. Na verdade, são intimidantes tanto para o judiciário quanto para todos nós, nos Estados Unidos.

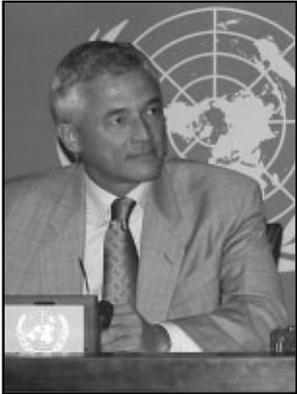
Entretanto, há uma oposição imensa às medidas adotadas até agora. Milhares marcham em manifestações contra o governo e dezenas, como eu, escrevem artigos criticando o governo. Até o momento, não foi tomada nenhuma medida séria contra nós. O secretário da Justiça tem viajado pelo país, tentando se contrapor às críticas, o que significa que a questão começa a preocupar o governo. Alguns juízes, sobretudo os de primeira instância, têm rejeitado a argumentação jurídica do governo, ainda que não venham sendo muito bem-sucedidos em suas apelações. Não obstante, o processo de apelações não terminou. E alguns funcionários do governo já se declararam contra os abusos governamentais, como no caso da crítica do corregedor-geral à detenção de estrangeiros.

Embora o Congresso não tenha feito quase nada para resistir ao USA Patriot Act em 2001, rejeitou algumas tentativas de introduzir outros programas repressivos nos últimos dois anos. Alguns dos dispositivos mais invasivos de fiscalização inseridos nessa lei estarão prescritos em 2005.²¹

Além do mais, o USA Patriot Act não se mostrou uma medida completamente repressiva. Para aplacar os receios que suscitou, o Congresso determinou em um dos artigos da Lei que o corregedor-geral do Departamento de Justiça deveria receber as reclamações de violação da liberdade civil e informar a respeito;²² foi esse dispositivo que permitiu ao corregedor-geral conduzir suas investigações. Ele poderia ignorar essa determinação, ou simplesmente efetuar sua investigação de forma aparente; pouquíssimos teriam notado. Em vez disso, levou seu trabalho a sério. Enquanto houver cidadãos vigilantes e funcionários responsáveis, os poderes da repressão permanecerão restritos.

21. USA Patriot Act, seção 224.

22. USA Patriot Act, seção 1.001.



SÉRGIO VIEIRA DE MELLO

Nasceu no Rio de Janeiro, em 1948. Aos 21 anos, cursando filosofia e ciências humanas na Sorbonne, iniciou sua brilhante carreira nas Nações Unidas, ao longo da qual acumulou um admirável histórico de missões bem-sucedidas. Trabalhou a maior parte do tempo para o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur), em Genebra. Em 1981, foi nomeado conselheiro político sênior das forças da ONU no Líbano. Depois disso, desempenhou diversas funções importantes na sede do Acnur no Camboja e na África Oriental, até ser nomeado seu Alto Comissário Adjunto, em 1996. Por um breve período, atuou como representante especial do Secretário-Geral em Kosovo e como administrador temporário em Timor Leste. Em 12 de setembro de 2002, foi nomeado Alto Comissário da ONU para os Direitos Humanos, função da qual se licenciou em maio de 2003, para atuar como Representante Especial do Secretário-Geral Kofi Annan no Iraque.

No desempenho desta sua última missão faleceu em circunstâncias trágicas, em 19 de agosto de 2003.

Apresentamos aqui dois textos de sua autoria. O primeiro comenta o papel da ONU diante do conflito no Iraque e das graves ameaças atuais aos direitos humanos e à segurança internacional. O segundo aborda questões cruciais para a compreensão dos direitos humanos na atualidade.

APENAS OS ESTADOS-MEMBROS PODEM FAZER A ONU FUNCIONAR

Sergio Vieira de Mello



A preponderância militar dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha não nos deve levar a pensar que a estabilidade internacional possa ser assegurada pela força. Se quisermos que o sistema internacional se baseie em algo mais do que o poder, os Estados terão de retornar à instituição que criaram: as Nações Unidas. Essa instituição passa por uma grave crise. Temos de encontrar maneiras de resolvê-la – ou nos defrontaremos com pesadas conseqüências.

Os debates sobre o Iraque, tanto antes da guerra como agora, demonstraram que as grandes potências têm sido incapazes de utilizar uma linguagem em comum para se comunicar. Essa dissintonia é particularmente flagrante no Conselho de Segurança e na Comissão de Direitos Humanos. No caso do Iraque, o Conselho de Segurança teve dificuldade de chegar a um acordo acerca do papel da ONU em relação à segurança. Do mesmo modo, a Comissão de Direitos Humanos não tem se mostrado capaz de discutir direitos humanos.

Existirá alguma forma de renovar, ou redescobrir, uma linguagem em comum que nos permita superar o impasse atual? Julgo que sim, desde que mudemos radicalmente a relação entre segurança e direitos humanos.

O debate no Conselho de Segurança versou sobre as armas de destruição em massa, uma clássica questão de segurança,

muito familiar para o Conselho desde o início. Mas ele não foi capaz, ou não teve disposição, de perceber que seu mandato é mais amplo, que vai além dessa estreita base. O debate não abordou inúmeros temas de evidente interesse para seus membros – como a ausência de democracia no Iraque e as freqüentes campanhas de terror contra os opositores políticos, reais ou imaginários, levadas a cabo pelo governo vigente. Não foi discutida uma questão central: como lidar com os riscos para a segurança internacional representados por um regime que violava os direitos humanos de seus cidadãos desde havia muito e de maneira flagrante, e que passara a atacar também seus vizinhos. Por fim, ficou a impressão de que os principais participantes do debate estavam falando de uma coisa, mas era outra a que tinham em mente.

Talvez os membros do Conselho de Segurança imaginassem que seria mais lógico discutir as questões de direitos humanos meramente no âmbito da Comissão de Direitos Humanos. No entanto, durante as atuais sessões, muitos dos 53 Estados representados na Comissão argumentaram que não lhes competia se debruçar sobre a questão do Iraque, uma vez que o Conselho já se ocupava disso, e que a questão básica era de segurança. Outros sustentavam que os direitos humanos no Iraque estavam relacionados à guerra, considerando-se o preço pago em vidas civis, e não à violação dos direitos humanos. Fosse qual fosse o argumento, o desejo manifesto da maioria dos Estados, tanto em Genebra como em Nova York, foi evitar uma discussão sobre os direitos humanos no Iraque.

Durante as semanas que precederam a guerra, falei com muitos dos principais atores envolvidos nos debates do Conselho de Segurança. Todos demonstraram interesse em buscar um consenso. Faltou, entretanto, o entendimento político necessário para que tal consenso pudesse existir de fato, na prática. O impasse na Comissão de Direitos Humanos foi semelhante, mas talvez ainda mais grave. O que faltou a ambos os órgãos foi reconhecer que as violações flagrantes e sistemáticas dos direitos humanos são, com freqüência, o principal motivo, o cerne da insegurança, tanto interna quanto internacional.

O problema não é novo. Basta recordar a incapacidade das Nações Unidas de impedir o genocídio em Ruanda e o massacre

de Srebrenica. O que têm esses malogros em comum? Ambos representaram situações de emergência, seguidas de horríveis carnificinas, cuja natureza não se enquadrava nos esquemas conceituais do Conselho de Segurança, nem mesmo da Comissão de Direitos Humanos. Não foram percebidos como fatores que provocariam ameaças à segurança internacional, ou que violassem seriamente os direitos humanos.

Sinal do fracasso político de nossa época, aqueles episódios mostraram a incapacidade de compreender que violações flagrantes e sistemáticas dos direitos humanos representam grave ameaça para a segurança internacional, e que é premente a necessidade de se alcançar consenso sobre a maneira de responder a esse tipo de risco. Agora que contemplamos o trágico saldo de 24 anos de tirania no Iraque e de desleixo internacional, vemos que o preço de nosso fracasso político foi, e continuará sendo, muito alto.

Devemos nos voltar para os Estados-membros das Nações Unidas, especialmente para os que têm assento no Conselho de Segurança – sobretudo China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia –, sugerindo-lhes que se interroguem sobre esse fracasso e tentem superá-lo, com base em suas responsabilidades, e não em suas rivalidades. Criticar as Nações Unidas por não terem conseguido alcançar um consenso sobre o Iraque é passar ao largo do problema.

Quando os Estados-membros ignoram as próprias regras do jogo, ou desmantelam a própria arquitetura política coletiva, é injusto culpar a ONU, ou seu secretário-geral, cujos bons ofícios não são solicitados tanto quanto deveriam. Kofi Annan tem defendido incansavelmente o consenso sobre essas questões vitais, mas não pode impor esse consenso. Eu tampouco estou em posição de fazê-lo, na Comissão de Direitos Humanos – que eu não dirijo nem controlo, pois seu poder está, corretamente, nas mãos dos Estados-membros.

Os Estados-membros das Nações Unidas têm uma oportunidade única. Por suas ações recentes, revelaram uma vez mais as deficiências da instituição que criaram e, ao mesmo tempo, salientaram algumas de suas qualidades. As definições tradicionais de segurança, pouco adequadas à realidade contemporânea, revelaram sua inutilidade na crise que acaba de atingir o mundo. A população iraquiana,

que sofre desde há muito, é que suporta as conseqüências da guerra e, agora, de uma paz contestada e controversa. Precisa ficar claro que chegou a hora de todos os Estados redefinirem a segurança global, colocando os direitos humanos no centro desse debate. Ao fazê-lo, cada nação deve exercer suas responsabilidades de maneira proporcional a seus meios. Só então os Estados responsáveis – e não meramente os mais fortes – serão capazes de oferecer uma estabilidade duradoura a nosso mundo.

CINCO QUESTÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS*

Sergio Vieira de Mello



Tratarei aqui de apenas cinco questões para as quais não tenho respostas – ou talvez tenha um princípio de resposta para cada uma. Eu poderia certamente ter acrescentado outras mais. Cogitei dessa hipótese, mas decidi me limitar a essas cinco, que Scott Malcolmson, recém-chegado a meu gabinete, me ajudou a concatenar.

* Palestra proferida no simpósio do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos em Nova York, 18 de fevereiro de 2003. [Texto editado]

1. Terrorismo não-estatal

Neste simpósio, inúmeros conferencistas abordaram essa questão, à qual Mary Robinson¹ costumava se referir como “questão T”: o terrorismo não-estatal.

Há dois anos, dificilmente alguém seria capaz de imaginar quão gratos poderíamos vir a ficar pela previsibilidade do terrorismo de Estado, e isso era relativamente compreensível. E dificilmente alguém poderia imaginar quão desnorteados e impotentes nos sentiríamos, após setembro de 2001, diante dessa nova e horrível forma de criminalidade internacional. Tais crimes assumiram características irreconhecíveis em relação ao terrorismo de Estado, porque este pode ser contido, por assim dizer. O terrorismo não-estatal não pode ser contido de maneiras similares – não, pelo menos, com alguns dos meios que vêm sendo utilizados. Voltarei a esse ponto mais adiante.

1. Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, 1997-2002.

Observando os atos recentes de terrorismo não-estatal, as pessoas tendem a dar explicações bem amplas, nenhuma delas muito convincente. Quando o terror é de Estado, vamos em busca daquele Estado. Com o terrorismo não-estatal, tendemos a procurar causas mais evidentes, como a hierarquia de poder global ou a gravidade da situação nas regiões mais miseráveis do mundo. Tendemos mesmo a considerar o que ocorre nos territórios ocupados em Israel. Contudo, mesmo articulando todas essas explicações, ainda somos incapazes de esclarecer a gênese e a lógica dessas formas de terrorismo.

Em outras palavras, o certo é que o terrorismo não-estatal não é totalmente novo. De certo modo, seria visto como uma categoria na qual alguns Estados podem colocar seus opositores e depois fazer o que bem entenderem, com a explicação de que esses terroristas, por não serem estatais, estão fora do alcance da lei. Os riscos de um abuso desses são grandes, conforme Mary Robinson e eu relatamos ao comitê antiterrorista do Conselho de Segurança, ao qual irei submeter um relatório sobre o assunto, baseado na compreensão oportunista da novidade representada por um grupo como a Al Qaeda.

Apesar de tudo, não é fácil incluir o terrorismo não-estatal nas categorias dos direitos humanos. Por exemplo, o assassinato de civis em larga escala por motivações políticas, com o intuito de incutir o terror, tem sido descrito como tendo por alvo ameaçar ou solapar os direitos humanos. Cheguei mesmo a ouvir um dos principais patrocinadores de nosso escritório e da causa dos direitos humanos dizer que eu não deveria usar a expressão “grave violação dos direitos humanos” quando me referisse a atos terroristas, pois tais violações estavam restritas à prática estatal – somente Estados poderiam agir contra os direitos humanos.

Ora, ainda que eu aprecie arazoados cuidadosamente elaborados, e há de fato razões poderosas, também acredito que a maioria das pessoas acharia esse tipo de discurso curioso, quando não evasivo. E acredito que tal preciosismo não impressionaria um governo decidido a repelir esses ataques.

Esses são problemas reais. Como defensores dos direitos humanos, quando confrontados com algo novo devemos

encontrar novas respostas que sejam plausíveis para os Estados, mas também para os ativistas dos direitos humanos e para as pessoas que se encontram do lado de fora desses dois círculos – ou seja, a vasta maioria, que pode se voltar para nós em busca de orientação. Devemos ser cautelosos, é verdade, mas também rápidos e enérgicos.

2. Limites de crescimento dos direitos e pactos de direitos

A segunda questão diz respeito aos limites de crescimento dos direitos humanos. Quantas categorias de direitos humanos podem haver no mundo? Talvez estejamos nos iludindo, particularmente quanto aos mecanismos da Comissão de Direitos Humanos.

Suspeito, obviamente, que ainda há outras categorias ou áreas a serem descobertas. Em outras palavras, a expansão dos direitos ou, de modo mais preciso e modesto, a expansão das categorias de direitos, fizeram dos últimos 25 anos um período particularmente inspirador. [...]

Acho que isso tem sido real principalmente em relação aos direitos da mulher. É muito verdadeiro para os direitos ao desenvolvimento, aos quais talvez não tenhamos prestado a devida atenção aqui, mas que continuarão a ser um motivo de controvérsia nos mecanismos da Comissão de Direitos Humanos, como pude testemunhar no encontro do Grupo de Trabalho sobre o Direito ao Desenvolvimento, que ocorreu pela quarta vez em Genebra, recentemente. [...]

Comparei à posse de nosso novo presidente em Brasília, no dia 1º de janeiro, e preciso contar-lhes como me senti orgulhoso de ser brasileiro quando o ouvi afirmar, em seu discurso diante dos parlamentares, que sentia “vergonha” (essa palavra tão forte), e que todos os brasileiros deveriam sentir o mesmo, de que outros brasileiros padecessem de fome e fossem excluídos de direitos econômicos e sociais fundamentais, como o acesso à saúde, à educação e ao emprego.

Na manhã seguinte, ele me concedeu uma audiência. Passamos grande parte do tempo discutindo a separação mais do que anacrônica entre direitos civis e políticos e direitos econômicos e sociais. O presidente me disse que no Brasil, paradoxalmente, havíamos recuperado a maioria dos direitos civis e políticos (a maioria, devo frisar), antes de sermos

capazes de nos aperceber dos direitos econômicos e sociais – e talvez, logicamente, devesse ser o contrário.

Mesmo assim, há um limite para a expansão dessas diferentes categorias de direitos, assim como há um limite também para a proliferação de pactos, mecanismos e procedimentos especiais.

Curiosamente, nesse encontro do Grupo de Trabalho sobre o Direito ao Desenvolvimento a que me referi, o Japão chegou a sugerir que o direito ao desenvolvimento estava sendo usado de maneira imprópria, e que poderia levar a uma inútil retomada do conceito de uma Nova Ordem Econômica Internacional, das décadas de 1960 e 1970, ou seja, que basicamente estávamos perdendo nosso tempo.

Eu sugeriria que não é bem assim e que, ao contrário, já fomos muito além dos debates algo fúteis dos anos sessenta e setenta sobre a nova ordem econômica internacional, claramente vinculados aos dias da guerra fria. E, se estamos nos iludindo, não é por tentar tratar de questões fundamentais, como o direito ao desenvolvimento, mas talvez por desviar nossa atenção para outros assuntos que são de algum modo secundários.

Tenho plena convicção [...] de que deveríamos nos engajar, ainda mais do que meus predecessores – e nesses poucos primeiros meses é o que tenho feito – com as lideranças de instituições financeiras internacionais e, sem dúvida, com o novo diretor-geral da Organização Mundial do Comércio. É particularmente nessas áreas que residem alguns dos obstáculos fundamentais para a realização desses direitos, além da necessidade de reformas de âmbito nacional, que na minha opinião os países em desenvolvimento deveriam realizar. Digo isso porque todos sabemos o que está bloqueando o acesso a drogas baratas para combater o vírus da aids. Sabemos o que é e onde está sendo bloqueado, e é em Genebra, na OMC. [...]

3. Religião

Passemos à terceira questão: pode o campo dos direitos humanos melhorar suas relações com a religião?

Embora a liberdade de religião seja reconhecida como um direito humano, salvaguardada por tratados internacionais, a liberdade de culto é provavelmente o direito humano mais

antigo de todos, que estabeleceu o padrão para o conceito de direitos de grupo, assim como os padrões para os direitos transnacionais e supranacionais. [...]

Entretanto, nos círculos que tratam de direitos humanos, paira há muito tempo a sensação de que a liberdade de culto é ao mesmo tempo um vestígio e um precursor. Tem-se a sensação de que, embora a vida religiosa, por sua própria característica, situe seus objetivos para muito além do cotidiano, constitui ao mesmo tempo uma das atividades humanas mais ricas do ponto de vista local e histórico.

Há uma coexistência instável da religião com as principais correntes de pensamento dos direitos humanos. Assim, por exemplo, a religião é, com frequência, uma forma de entrada agressiva demais para se encaixar bem na categoria da diversidade cultural.

Tenho me debatido com esses conceitos nas últimas semanas, mas ainda não encontrei uma resposta satisfatória.

Ao longo das últimas décadas, parece que nós do universo dos direitos humanos tivemos de admitir que houve um aumento, e não uma diminuição, da força do sentimento religioso. Se basearmos nossa abordagem da religião na idéia de que a fé irá em seu devido tempo desaparecer ou se tornar politicamente insignificante, penso que estaremos fadados ao fracasso e enganando a nós mesmos.

Defendemos a liberdade de religião ou a liberdade de formas extremas de religião, como o fundamentalismo?

Não é muito simples traçar essa distinção, pois cristãos, judeus ou muçulmanos, e possivelmente também outras religiões (embora eu tenha procurado, mas não tenha conseguido encontrar, formas de extremismo na religião budista), conheceram diferentes modos de extremismo. Em que momento a defesa da liberdade de culto ou, na verdade, da diversidade cultural, cruza a linha da defesa de algo que quer ou pretende restringir aqueles direitos mais gerais pelos quais lutamos?

4. Interesses de Estado

Passo agora à quarta questão: será que podemos aperfeiçoar nossa compreensão do interesse dos Estados? À medida que os Estados passaram a integrar a suas práticas a preocupação com os direitos humanos (o que sem dúvida tem acontecido),

também aprenderam a manipular os direitos humanos para servir a seus próprios fins.

Os perigos aqui são grandes. Ao cabo, porém, ou os Estados entenderão os direitos humanos como sendo úteis, ou, melhor ainda, fundamentais para seu interesse nacional, ou os direitos humanos conhecerão um futuro algo limitado e esvaziado.

O discurso dos direitos humanos muitas vezes parece aspirar pelo desaparecimento final dos Estados em favor dos direitos humanos universais – ou, pelo menos, essa é a visão simplista que alguns têm da retórica dos direitos humanos. Por analogia com a religião, o governo mundial é a escatologia dos direitos humanos. Mas em nossa área, como em teologia, o final dos tempos ainda está em um futuro distante, e podemos dizê-lo com toda franqueza.

Os direitos humanos não podem ir muito longe sem os Estados, e devemos enfrentar a questão do interesse de Estado se queremos que os direitos humanos figurem na pauta principal. Isso não é um conselho inspirado pelo desespero; antes, acho que seremos muito mais bem-sucedidos se pensarmos de modo tangível em Estados específicos e épocas específicas e planejarmos nossa intervenção tendo isso em mente. E devemos sempre tentar articular os direitos humanos em termos de oportunidades, bem como de obrigações. [...]

5. Resultados práticos em direitos humanos

Finalmente, a questão dos resultados práticos, que está relacionada com as outras quatro. Nossa atuação deve ter impacto sobre as vidas enquanto estas são vividas. Digo isso claramente, porque entendo que é algo claro de se ver, como ocorreu comigo ao longo desses 34 anos que passei servindo a esta organização – felizmente, durante a maior parte do tempo, na frente de batalha, e não apenas em Nova York ou Genebra.

Ao lidar com direitos humanos, lidamos com o poder que se manifesta no cotidiano. Opomo-nos, é verdade, a muitas formas de poder e a abusos de poder, mas também, inevitavelmente, recorremos ao poder. Posso conceber motivos estratégicos para fingir que as coisas se processam de outro modo – temos, sem dúvida, essa capacidade –, mas

também posso pensar que não há razão para acreditar que as coisas sejam diferentes.

Como alto comissário, estou tentando enfatizar de que modo a presença em campo do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos pode afetar essa situação. Esse tem sido o cerne de minha própria experiência. “Como posso fazer com que isso funcione agora?” – esta é a questão difícilíssima que tento responder. Como posso fundir o mais elevado nível de sofisticação, de que acredito dispormos, e de consistência jurídica, da qual me parece que não dispomos, com as vidas cotidianas de pessoas que desesperadamente necessitam de nossa ajuda e não podem ficar esperando? Elas quase certamente não precisam de *workshops* – embora este aqui seja particularmente útil, pois estamos em meio a uma crise.

Digo isso porque tenho observado que muitas das atividades de campo do que agora posso denominar meu escritório estão voltadas para aproximar as pessoas, organizando seminários e *workshops*. Elas podem ser úteis no curto prazo, mas não creio que tenham um verdadeiro impacto de longo prazo nas vidas daqueles que necessitam de nós. E haverá uma mudança significativa no uso de nossos recursos nesse sentido.

Ora, se nossas regras e debates não protegem os fracos, então que valor têm, qual a importância de encontros como este? É claro que não pretendo sugerir que trabalhar pelo avanço dos direitos humanos constitua um mero exercício de poder, pois o movimento pelos direitos humanos não se resume a ganhar ou perder. Trata-se de um projeto aberto. Não posso jamais me dar ao luxo de cantar vitória, nem vocês. Ao contrário, precisamos renovar nosso compromisso com essa luta e certamente não podemos anunciar o fim de coisa alguma. Se existe algo que podemos anunciar, é apenas o início.

Tenho ouvido dizer que o assim chamado discurso dos direitos humanos está gasto e que a onda dos direitos humanos já passou. Acho isso ridículo, tal como vocês também acham. Imagino que poderia ser verdadeiro se algum dia viéssemos a acreditar que temos todas as respostas. Estou convencido de que temos muitas das questões corretas e de que temos algumas das respostas. Aventurei respostas antigas e reelaborei

algumas delas. Não lhes forneci, deliberadamente, resposta alguma. Quisera poder fazê-lo.

No entanto, julgo que, ao levantar aqui para discussão essas cinco questões fundamentais, é possível que vocês forneçam algumas pistas, algumas indicações, que me fariam querer prosseguir nessa tarefa no final do dia. Não acho que devamos ser tímidos, de modo algum, e este certamente não é um público tímido. Os tempos não estão para complacência ou cinismo. E deixem-me repetir o que disse antes: conto com vocês.