



revista internacional
de direitos humanos

2

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 Bradford, Reino Unido

Flavia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

J. Paul Martin

Universidade de Colúmbia, 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 das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Chile

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COORDENADOR EDITORIAL

Andre Degenszajn

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO

Elzira Arantes

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Anna Maria Quirino, Beatriz Santos, Célia Korn, Daniela Ikawa, Denise Costa Felipe, Francis Aubert, Jonathan Morris, José Roberto Miney, Juana Kweitel, Lia Rosenberg, Maria Lucia de Oliveira Marques, Noêmia de A. Ramos, Paula Martins, Regina de Barros Carvalho e Regina M. de Arantes Ramos

CIRCULAÇÃO

Camila Lissa Asano
Mathias Fingeremann

IMPRESSÃO

ProI Editora Gráfica Ltda.

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 maior cooperação entre estas e as Nações Unidas.

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

COLABORAÇÕES



A **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos** está recebendo artigos para publicação em seus próximos números. A revista é bianual, distribuída gratuitamente a cerca de 3.000 leitores em mais de 100 países e editada em três línguas: português, inglês e espanhol. Pode ser acessada também na internet: <<http://www.surjournal.org>>.

A publicação se destina especialmente a acadêmicos e ativistas que se dedicam ao estudo e à defesa dos direitos humanos. Seu principal objetivo é disseminar os pontos de vista dos países do Sul, pondo em relevo suas especificidades e facilitando o contato entre eles – sem desprezar as importantes contribuições oriundas das nações mais desenvolvidas.

A revista é publicada pela **Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos**, organização que tem por missão fortalecer a voz das universidades – em especial as do Hemisfério Sul (África, Ásia e América Latina) – e a cooperação entre organizações da sociedade civil e as Nações Unidas nas questões referentes a direitos humanos.

Sem ser temática, a revista possibilita a divulgação de artigos que abordem a questão dos direitos humanos sob diversas perspectivas. Dentro desse vasto e complexo campo, dá prioridade a textos que tratem de forma preferencial – mas não exclusiva – dos seguintes temas:

- Acesso à justiça
- Segurança e direitos humanos
- Comércio e direitos humanos

As contribuições devem ser enviadas em arquivo eletrônico em word para <surjournal@surjournal.org>, incluindo:

- Texto do artigo, com 7.000 a 10.000 palavras. Sugere-se que as notas de rodapé sejam curtas e objetivas, restringindo-se

ao essencial. Quanto às referências bibliográficas, devem estar de acordo com as normas bibliológicas internacionais.

- Biografia sucinta do autor, com no máximo 50 palavras.

- Resumo do artigo (*abstract*), com no máximo 150 palavras, incluindo palavras-chave para a devida classificação bibliográfica.

O ideal é que as matérias sejam inéditas. Porém serão aceitos, excepcionalmente, artigos relevantes já publicados, desde que com as necessárias autorizações. A seleção dos artigos e os demais assuntos editoriais são de responsabilidade do Conselho Editorial.

Todas as contribuições serão avaliadas, no mínimo, por dois membros do Conselho Editorial e, sempre que necessário, também por especialistas externos. A sugestão de eventuais modificações será enviada aos autores, e sua incorporação ficará sujeita a autorização expressa dos mesmos.

Como a distribuição da revista é gratuita e a organização não tem fins lucrativos, infelizmente não é possível remunerar os colaboradores. A função primordial da publicação é a conscientização e a luta pela defesa dos direitos humanos nos países do Hemisfério Sul, onde eles são mais desrespeitados. É nesse sentido que tomamos a liberdade de solicitar sua colaboração.

SUMÁRIO

SALIL SHETTY	7	Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Oportunidades para os direitos humanos
FATEH AZZAM	23	Os direitos humanos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
RICHARD PIERRE CLAUDE	37	Direito à educação e educação para os direitos humanos
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES	65	O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas
E.S. NWAUCHE e J.C. NWOBIKE	97	Implementação do direito ao desenvolvimento
STEVEN FREELAND	119	Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: Enfrentando os crimes ambientais
FIONA MACAULAY	147	Parcerias entre Estado e sociedade civil para promover a segurança do cidadão no Brasil
EDWIN REKOSH	175	Quem define o interesse público?
VÍCTOR E. ABRAMOVICH	189	Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados

SALIL SHETTY

Diretor da Campanha do Milênio das Nações Unidas.

RESUMO

Este artigo aborda o relacionamento intrínseco dos Objetivos do Milênio com os direitos humanos. Analisa como a adoção do discurso dos direitos humanos pelos países – em particular por aqueles onde a fome e a pobreza estão em rápido progresso – cria condições para reivindicar o monitoramento e a implementação desses Objetivos até 2015. Mostra que, apesar de sua suposta fraqueza, os Objetivos do Milênio podem ser muito proveitosos para o avanço da agenda dos direitos humanos. E sugere que os cidadãos se mobilizem para cobrar de seus governos, e das instituições internacionais, a consecução desses Objetivos, com o propósito de erradicar a fome e intensificar o desenvolvimento. [Original em inglês.]

DECLARAÇÃO E OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO: OPORTUNIDADES PARA OS DIREITOS HUMANOS*

Salil Shetty



A relação entre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), por um lado, e os direitos humanos, por outro, tem gerado certa confusão na sociedade civil. Abordo aqui a questão sob a perspectiva de um ativista dos direitos humanos, e é possível que não corresponda aos padrões dos que possuem uma compreensão apurada de seus fundamentos teóricos e legais.

Ao iniciar a discussão sobre os Objetivos do Milênio devemos ter em mente a realidade mais ampla. No mundo atual, não há maior desafio do que combater a pobreza e suas manifestações. Infelizmente, nós nos tornamos insensíveis à magnitude do problema. Enquanto estamos discutindo isso, cerca de uma em cada seis pessoas no mundo – o que significa quase 1 bilhão de pessoas – passa fome todos os dias. Estima-se que 30 mil seres humanos – crianças, em sua maioria – morrem a cada dia em consequência da pobreza. No último ano, pelo menos 500 mil mães morreram no parto, ou de desnutrição, sem qualquer justificativa.

A chamada comunidade internacional costuma agir com espantoso atraso. Preferimos lidar com as consequências do que atuar ao perceber os alertas iniciais. Os atuais ataques de gafanhotos na África Ocidental constituem um exemplo ilustrativo dessa questão, para não falar da crise em Darfur. Quase 3 milhões de pessoas morreram de aids no último ano.

* Texto editado a partir de palestra apresentada no IV Colóquio Internacional de Direitos Humanos: "A Declaração e as Metas de Desenvolvimento do Milênio da ONU: Desafios para os direitos humanos". São Paulo, 11 de outubro de 2004.

O direito à educação fundamental é negado a 120 milhões de crianças que estão fora das escolas – e os números são bem mais elevados se incluirmos as que freqüentam escolas totalmente ineficientes, com taxas de matrícula irrealis. Um bilhão de pessoas, em sua maioria mulheres e crianças, não têm acesso aos serviços sanitários.

Escancarada diante de nós está a maior arma de destruição em massa – a pobreza. Paradoxalmente, o mundo jamais viu tanta prosperidade. Consta que as mil pessoas mais ricas do planeta detêm uma fortuna pessoal maior do que os cerca de 500 milhões de habitantes dos chamados “países menos desenvolvidos”.

Envergonhados pela magnitude dessa violação aos direitos humanos fundamentais e perturbados pela potencial reação sobre a segurança global dessa extrema privação enfrentada pela maioria da população, os líderes mundiais, em setembro de 2000, assumiram um compromisso. Na maior reunião de chefes de Estado da história da humanidade, subscreveram um documento solene no qual prometiam libertar seus concidadãos da indignidade e do sofrimento que acompanham a abjeta pobreza. No momento em que se iniciava um século e um milênio, recapitularam os resultados das diversas conferências de cúpula das Nações Unidas da década de 90, e estipularam para si mesmos um período de 15 anos, ou seja, até 2015, para atingir um conjunto de metas e objetivos mínimos, embora concretos. Esse programa ficou conhecido como Metas de Desenvolvimento do Milênio, ou Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

O nome deste Colóquio faz referência aos desafios que a Declaração do Milênio e as metas visadas representam para os direitos humanos. Mas, ao contrário disso, estou absolutamente convencido de que a interpretação e a utilização adequadas da Declaração e dos Objetivos do Milênio oferecem uma oportunidade poderosíssima de converter em realidade as aspirações dos direitos humanos. Da mesma forma, assegurar que o discurso sobre os Objetivos esteja de contínuo ancorado no contexto dos direitos humanos é a única maneira de garantir que eles sejam atingidos de modo abrangente e sustentável. A meu ver, os Objetivos do Milênio e os direitos humanos são interdependentes e se reforçam mutuamente.

Procurarei a seguir explicar por que acredito nisso.

Os Objetivos do Milênio no contexto dos direitos humanos

É surpreendente que mesmo pessoas bem-informadas com frequência não se lembram que os Objetivos derivam da Declaração do Milênio, sendo posteriores a esse documento original. Gostaria, portanto, de dedicar especial atenção à Declaração do Milênio, que representa a base regulamentar e contextual do estabelecimento dos Objetivos e das Metas do Milênio.

A Declaração do Milênio apresenta oito seções de peso equivalente. A primeira seção trata de “Valores e princípios”, sendo todos integralmente fundamentados no discurso sobre os direitos humanos. Cito aqui alguns trechos dessa seção pertinentes a esta discussão:

Pensamos que o principal desafio que se nos depara hoje é conseguir que a globalização venha a ser uma força positiva para todos os povos do mundo, uma vez que, se é certo que a globalização oferece grandes oportunidades, atualmente seus benefícios, assim como seus custos, são distribuídos de forma muito desigual.

[...]

Consideramos que determinados valores fundamentais são essenciais para as relações internacionais no século 21. Entre eles figuram:

A liberdade. Os homens e as mulheres têm o direito de viver sua vida e de criar seus filhos com dignidade, livres da fome e livres do medo da violência, da opressão e da injustiça. A melhor forma de garantir esses direitos é através de governos de democracia participativa baseados na vontade popular.

A igualdade. Nenhum indivíduo ou nação deve ser privado da possibilidade de se beneficiar do desenvolvimento. A igualdade de direitos e de oportunidades entre homens e mulheres deve ser garantida.

[...]

As outras seções são: “Paz, segurança e desarmamento”; “Desenvolvimento e erradicação da pobreza” (os oito Objetivos foram originalmente extraídos desta seção); “Proteção de nosso ambiente comum”; “Direitos humanos, democracia e boa governança”; “Proteção dos grupos vulneráveis”; “Responder às necessidades especiais da África”; e “Reforçar as Nações Unidas”.

Cito ainda alguns trechos relevantes da seção “Direitos humanos, democracia e boa governança”:

Não pouparemos esforços para promover a democracia e fortalecer o Estado de Direito, assim como o respeito por todos os direitos humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos, nomeadamente o direito ao desenvolvimento.

Decidimos, portanto:

- *Respeitar e apoiar integralmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos.*
- *Esforçar-nos por conseguir a plena proteção e a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as pessoas, em todos os países.*
- *Aumentar, em todos os países, a capacidade de aplicar os princípios e as práticas da democracia e o respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das minorias.*
- *Lutar contra todas as formas de violência contra a mulher e aplicar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.*
- *Adotar medidas para garantir o respeito e a proteção dos direitos humanos dos migrantes [...] para acabar com os atos de racismo e xenofobia, cada vez mais freqüentes em muitas sociedades, e para promover maior harmonia e tolerância em todas as sociedades.*
- *Trabalhar coletivamente para conseguir que os processos políticos sejam mais abrangentes, de modo a permitir a participação efetiva de todos os cidadãos, em todos os países.*
- *Assegurar a liberdade de comunicação, para cumprir sua indispensável função e o direito do público de ter acesso à informação.*

A Declaração não deixa margem a dúvidas nem a negociação. Os Objetivos do Milênio referem-se à constatação do direito ao desenvolvimento dentro de um contexto mais amplo de direitos humanos. O desenvolvimento é visto como imperativo, com base na justiça, e não como uma opção de caridade. Os valores fundamentais para se atingir os Objetivos são os de partilha da responsabilidade, indivisibilidade, ausência de discriminação, igualdade e responsabilidade – todos eles extraídos de um dicionário de direitos humanos. Os Objetivos do Milênio são validados na base da legitimidade e dos valores dos direitos humanos, sem o que seriam um conjunto de metas vazio.

Vinculação dos Objetivos aos padrões de direitos humanos

Muitas têm sido as contribuições referentes aos dispositivos, medidas e instrumentos específicos dos direitos humanos aos quais os Objetivos do Milênio podem se alinhar, mas todas possuem como característica comum o fato de suas conexões serem amplas e óbvias. Como a Declaração do Milênio considera o desenvolvimento sob a perspectiva dos direitos humanos, podemos dizer que são relevantes todas as medidas estabelecidas em convenções e tratados internacionais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM); Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC). Isso foi detalhado no recente relatório apresentado à Assembléia Geral da ONU pelos relatores especiais para Saúde da Comissão dos Direitos Humanos (27 de setembro de 2004):

Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e medidas de direitos humanos

Objetivos de Desenvolvimento do Milênio	Principais medidas referentes a direitos humanos
1. Erradicar a pobreza extrema e a fome	DUDH, Artigo 25(1); PIDESC, Artigo 11
2. Atingir o ensino básico universal	DUDH, Artigo 25(1); PIDESC, Artigos 13 e 14; CDC, Artigo 28(1)(a); CEDM, Artigo 10; CEDR, Artigo 5º(e)(v)
3. Promover a igualdade dos sexos e a autonomização das mulheres	DUDH, Artigo 2º; CEDM; PIDESC, Artigo 3º; CDC, Artigo 2º
4. Reduzir a mortalidade de crianças	DUDH, Artigo 25; CDC, Artigos 6º, 24(2)(a); PIDESC, Artigo 12(2)(a)
5. Melhorar a saúde materna	DUDH, Artigo 25; CEDM, Artigos 10(h), 11(f), 12, 14(b); PIDESC, Artigo 12; CDC, Artigo 24(2)(d); CEDR, Artigo 5º(e)(iv)
6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças	DUDH, Artigo 25; PIDESC, Artigo 12; CDC, Artigo 24; CEDR, Artigo 5º(e)(iv)
7. Garantir a sustentabilidade ambiental	DUDH, Artigo 25(1); PIDESC, Artigo 11(1) e 12; CEDM, Artigo 14(2)(h); CDC, Artigo 24; CEDR, Artigo 5º(e)(iii)
8. Criar uma parceria mundial para o desenvolvimento	Carta, Artigos 1º(3), 55 e 56; DUDH, Artigos 22 e 28, PIDESC, Artigos 2º(1), 11(1), 15(4), 22 e 23; CDC, Artigos 4º, 24(4) e 28(3)

A Campanha do Milênio, juntamente com o Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, fará publicar em breve um pequeno documento para esclarecer as relações entre os direitos humanos e os Objetivos do Milênio e identificar sinergias.

Mas, deixando de lado o mundo da Declaração do Milênio e dos padrões de direitos humanos, no mundo real estão a ausência de dignidade, de respeito e de escolha que caracterizam a pobreza. A injustiça e a discriminação de qualquer espécie são cada vez mais vistas como determinantes-chave da pobreza, e não é por coincidência que esses mesmos determinantes são responsáveis pela maioria dos abusos de direitos humanos. Para nenhum outro grupo de pessoas a existência e a justa aplicação do Estado de Direito importam tanto quanto para os pobres e excluídos, as mesmas pessoas para quem a concretização dos Objetivos do Milênio é mais relevante. São os pobres, em particular mulheres, que têm de viver em terras sem benefícios legais, enfrentando violência e insegurança constantes. Uma visita a qualquer favela de São Paulo mostrará essa história, tal como ela é. Portanto, a pobreza é fundamentalmente uma negação dos direitos humanos.

Melhores oportunidades de erradicar a pobreza

Existem diversos motivos para que os Objetivos do Milênio, no atual contexto, ofereçam a melhor oportunidade de erradicar a pobreza:

- Eles representam, no nível dos governos, um **pacto** não somente dos países ricos e pobres com o sistema das Nações Unidas – baseado em responsabilidade compartilhada –, mas também com as instituições-chave que determinam o destino econômico do mundo em desenvolvimento: o Banco Mundial, o FMI, os bancos regionais de desenvolvimento e, cada vez mais, a OMC (Organização Mundial de Comércio). Pela primeira vez, as instituições financeiras internacionais e os governos dos países ricos deixaram claro que podem ser considerados responsáveis, tanto em termos de processo quanto em relação aos resultados.
- O mundo jamais viu tanta **prosperidade**. As centenas

de bilhões de dólares que estão sendo gastas no Iraque nos dão a perspectiva dessa situação. Só no último ano, o mundo gastou 900 bilhões de dólares em armas. Isso sem mencionar o dinheiro que escoia sob a forma de ajuda vinculada, subsídios agrícolas e pura corrupção. E poderíamos não precisar mais do que 100 bilhões de dólares de ajuda adicional por ano para cumprir os Objetivos. Financeiramente, estamos falando de valores bem pequenos.

- O desempenho dos Objetivos será **monitorado**, e isso não se resume a imponentes declarações de intenção – eles são bem precisos. Os mecanismos de monitoramento foram estabelecidos sob a forma de relatórios nacionais referentes à execução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e relatórios do Secretário-Geral à Assembléia da ONU. Muitos atores da sociedade civil começam a examinar processos independentes de rastreamento. Mais de 60 relatórios nacionais já foram produzidos em países do mundo todo.
- Os Objetivos são claramente **alcançáveis**. Na verdade, as críticas da sociedade civil afirmam que eles não são objetivos para o milênio, mas sim metas mínimas de desenvolvimento, e que talvez nem esse mínimo possa ser atingido. Mas acreditamos que estabelecer um patamar ainda mais baixo seria moralmente inaceitável. Também é verdade que, na atual trajetória, se mantivermos a atitude de “deixar como está”, os Objetivos não serão atingidos nem em 2015, data que para muitos de nós parecia estar longe demais. Há certo consenso em relação ao fato de que esses Objetivos não serão atingidos principalmente na África Subsaariana – lá, por exemplo, se persistir o atual ritmo, a primeira meta, referente à pobreza e à fome, só seria atingida em 2147.

A verdade, no entanto, é que os Objetivos não significam tanto na esfera global, ou mesmo na esfera nacional. A pobreza, a morbidade, a mortalidade e o analfabetismo são, como sabemos, fatos estatísticos em massa. Mas, em termos de indivíduos e lares, homens e mulheres, meninas e meninos são a linha divisória entre dignidade e indignidade e, em muitos, casos, entre a vida e a morte, literalmente. Pensando nisso, os Obje-

tivos não se referem à África ou aos países menos desenvolvidos, isoladamente; eles se referem da mesma forma à América Latina, aos chamados países de renda média e aos de transição.

Na verdade, a maioria dos pobres do mundo vive em países como Índia, China e Brasil, que não estão entre os considerados menos desenvolvidos. Os níveis de mortalidade infantil para os 20% da camada mais baixa da Bolívia são tão ruins quanto na África Subsaariana. Os Objetivos se referem a pessoas, e não às estatísticas em âmbito nacional ou global.

Os Objetivos devem ser definidos no nível nacional, a principal unidade de implementação, mediante um processo de participação integral e consentida de todos os cidadãos. Diversos países, como o Vietnã, decidiram estabelecer seus próprios Objetivos do Milênio, bem acima das metas globais. Os países da América Latina estabeleceram para si próprios a meta de universalização da educação de nível médio, quando o Objetivo 2 global é obter a educação básica universal. Modelos e políticas heterodoxos de desenvolvimento devem ser gerados em âmbito nacional, de modo a atingir os Objetivos definidos.

O que há de errado com os Objetivos?

Há quem critique os Objetivos do Milênio, considerando que são por demais ambiciosos, ou que estabelecem metas mínimas de desenvolvimento, diluindo compromissos anteriores (ver quadro à direita, de Katerina Tomazevski). Outros ainda julgam os Objetivos excessivamente simplistas e quantitativos. Na maioria dos casos, as metas e os indicadores é que são mais fracos e menos abrangentes. O Objetivo 3, em particular, tem merecido mais críticas, na medida em que as questões de gênero estão entre as mais polêmicas. O Objetivo 8 é outro que se mostra problemático, pois é o único a não estabelecer compromissos precisos e prazos específicos. Muitos contestam a natureza coletiva e global dos Objetivos e os enganos que isso pode gerar. Outra crítica é ao fato de os Objetivos serem apolíticos por natureza e dirigidos pelos doadores.

Diferenças entre a CEDM e os ODM

	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM)	Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)
O quê?	<p><i>Obrigações internacionais do Estado</i></p> <p>As obrigações internacionais de direitos humanos referem-se ao Estado e não são afetadas por mudanças de governo. São obrigações assumidas por via parlamentar, tornando-se legislação nacional. Mediante o processo de ratificação, essas obrigações também se tornam leis internacionais e se aplicam às relações entre Estados e indivíduos.</p>	<p><i>Compromissos políticos</i></p> <p>As mudanças de governo por via eleitoral com frequência alteram o quadro de comprometimento político; poucos governos que se comprometeram com os ODM em 2000 se mantêm no poder. Mudanças eleitorais (nos EUA ou na Dinamarca) ilustram o quanto as políticas de cooperação para o desenvolvimento podem mudar. A consecução dos ODM depende da pressão conjunta entre os governos, enquanto os objetivos e as metas podem ser alterados por meio de acordo entre os governos que estiverem no poder.</p>
Quando?	<p><i>Obrigações permanentes e imediatas</i></p> <p>Os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem padrões globais mínimos que podem e devem ser atingidos em todos os países. Podem ser reivindicados como direitos individuais pelas populações afetadas, e também como obrigações internacionais por outros governos. A obrigação de todos os Estados-Partes da CEDM é atuar continuamente em direção à igualdade de gênero, meta que nenhum país atingiu ainda. Assim, constituem parâmetros que se aplicam a todos os países, o tempo todo.</p>	<p><i>Objetivos a longo prazo</i></p> <p>Os patamares específicos foram estabelecidos no nível mais baixo, de modo a torná-los "tecnicamente viáveis até mesmo nos países mais pobres" (UN Doc. A/59/282, ago. 2004, parágrafo 77). Ao postergar o prazo dos ODM para o ano de 2015, se reduz o caráter imediato dos direitos humanos, bem como a necessidade de avanços nos países que já atingiram os objetivos quantitativos mínimos. Por serem objetivos a longo prazo, não geram direitos individuais, nem criam uma base legal para se cobrar a responsabilidade nas relações entre os Estados.</p>
Como?	<p><i>Obrigações governamentais acarretam direitos individuais</i></p> <p>Os procedimentos internacionais de reivindicação dos direitos humanos conferem aos indivíduos o direito de considerar os governos legalmente responsáveis pela falha na implementação das obrigações dos direitos humanos, tanto no plano doméstico quanto em escala internacional.</p>	<p><i>Falta de correção para o mau desempenho</i></p> <p>Os ODM prevêm apenas um processo de monitoramento da consecução de objetivos quantitativos específicos, bem como possibilidades de aumentar a ajuda para aperfeiçoar o desempenho.</p>
Quanto?	<p><i>Todos os direitos humanos para todas as mulheres</i></p> <p>A CEDM estabelece a igualdade de gênero como objetivo a ser atingido, requerendo para isso o pleno reconhecimento de todos os direitos humanos a todas as meninas e mulheres, e a eliminação de todas as formas de discriminação.</p>	<p><i>Metas quantitativas específicas</i></p> <p>Os indicadores escolhidos para o monitoramento refletem apenas os dados que já existem, deixando de lado muitas áreas para as quais não há estatísticas internacionais comparáveis (como para o casamento infantil, a poligamia ou a violência contra mulheres) e áreas em que são usados dados qualitativos (como a ausência de direitos das mulheres reconhecidos internacionalmente – mas não no nível nacional –, ou a eliminação de estereótipos).</p>

No entanto, mesmo esses objetivos mínimos e imperfeitos significam muito para as pessoas que estão longe de conhecê-los. Eles oferecem a melhor esperança no atual cenário, já que contam com o compromisso dos líderes mundiais no mais alto nível, tanto no Sul quanto no Norte. Não podemos permitir que o melhor seja inimigo do bom.

Enfim, há a questão da responsabilidade e da exeqüibilidade, que quero enfatizar no restante deste texto. Uma das maiores críticas, em particular por parte da comunidade dos direitos humanos, é que os Objetivos do Milênio, ao contrário das convenções e dos tratados de direitos humanos, não criam vínculos legais.

Como os direitos humanos podem ajudar a alcançar os Objetivos do Milênio?

Uma das principais maneiras de conseguirmos aumentar a responsabilização dos governos e atores não-governamentais é recorrendo aos processos e instrumentos de direitos humanos já existentes para ajudar a alcançar os Objetivos. Os relatores especiais já estão começando a fazê-lo em seus próprios documentos. Seria o caso de estabelecer uma estreita ligação entre os relatórios dos ODM nacionais, que já são publicados, com os do PIDESC em nível nacional. Da mesma forma, os mecanismos de monitoramento de tratados deveriam começar a incluir em suas funções o acompanhamento dos ODM.

As delegações e missões dos países poderiam utilizar seus relatórios e informes à imprensa para dar destaque ao desempenho dos ODM. Os processos referentes a cada tema também poderiam utilizar essa matriz em suas próprias avaliações e em seus relatórios.

Os objetivos e as metas localmente definidos podem fornecer importantes referências para a progressiva obtenção dos direitos humanos; por exemplo, a meta de se reduzir em dois terços a taxa de mortalidade abaixo de 5 anos antes de 2015 pode ser traduzida em patamares intermediários, que sejam apropriados ao local. Cabe aos ODM contribuir para assegurar que a realização progressiva não seja um processo que possa se estender *ad infinitum*.

Na esfera nacional, há muito espaço para o provimento

legal de diversos desses Objetivos. Em muitos países desenvolvidos estão sendo criadas leis para cooperação internacional. O Comentário Geral sobre medidas de assistência técnica internacional do Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais constitui um importante indicador nessa esfera.

Mas, voltemos ao mundo real, no qual sabemos que a reivindicação e a consecução dos direitos fazem parte de um processo político, mediado pela prática do poder. Resultam de intensa contestação e do empenho de inúmeros atores sociais e políticos. Isso é fato nos níveis local, nacional e internacional. Os direitos humanos devem ser entendidos como estando muito além dos direitos legais. Se o simples fato de declarar que essas necessidades básicas são direitos básicos nos ajudasse a atingi-los, o mundo já seria um lugar bem melhor agora.

Então, o que está impedindo que o mundo atinja até mesmo esses objetivos mínimos? No passado, poderíamos dizer que não dispúnhamos de tecnologia ou de recursos para lidar com essa questão de satisfazer ainda que as mínimas necessidades de todos os seres humanos. Acontece que este não é mais o caso. Sabemos o que deve ser feito.

Um dos principais fatores a impedir que o mundo atinja os Objetivos é a falta de vontade e de compromisso do ponto de vista político. Temos os meios, mas não a vontade. Na medida em que lidamos com países democráticos, os governos são os principais responsáveis por seus cidadãos e eleitores. A vontade política somente muda se houver uma mobilização pública nas esferas local e nacional, fundamentando processos internacionais, conforme vimos em campanhas recentes – várias da *Jubilee Action*, além de campanhas contra minas terrestres ou contra as grandes barragens.

Quero comentar dois exemplos que demonstram o poder da sociedade civil ao se organizar com base nos direitos humanos: as campanhas de Educação Básica no Quênia e para o Direito à Alimentação, na Índia. No Quênia, as principais organizações da sociedade civil efetuaram uma bem-sucedida campanha para tornar a educação básica gratuita, reivindicando-a como um direito fundamental. O novo governo, que tomou posse em dezembro de 2003, tornou gratuita a educação na primeira semana de trabalho,

promovendo o ingresso de centenas de milhares de crianças nas escolas primárias.

Em abril de 2001, a Campanha para o Direito à Alimentação, na Índia, propôs uma ação civil pública para que os estoques de cereais mantidos nos depósitos do governo fossem liberados para o sistema de distribuição pública. Após uma intensa campanha da sociedade civil – com a participação da população rural de catorze estados e ampla cobertura pela mídia, coleta da opinião popular e outros recursos –, o Supremo Tribunal deu ordens, em novembro de 2001, para que todos os governos estaduais introduzissem refeições cozidas no almoço, nas escolas primárias.

Assim, as campanhas de nível nacional sobre a Declaração e os Objetivos do Milênio em um marco de direitos humanos precisam formar a espinha dorsal de qualquer campanha internacional que possa forçar os líderes políticos a agir.

A chave do Pacto do Milênio é que os países ricos devem cumprir suas obrigações para ajudar a erradicar a pobreza, conforme está redigido de forma um tanto imprecisa no Objetivo 8 dos ODM. Isso significa cumprir seus compromissos quanto a destinar os 0,7% da renda nacional bruta para a Ajuda Pública ao Desenvolvimento (APD); aperfeiçoar a qualidade da ajuda, que inclui separar e simplificar os procedimentos e acabar com as condicionalidades, levando a uma redução mais profunda e mais rápida da dívida – a África continua, anualmente, a gastar com sua dívida mais do que recebe. A sustentabilidade da dívida deve ser agora redefinida em termos da concretização dos Objetivos do Milênio.

E precisamos aplainar muito mais o terreno na arena comercial. Isso inclui a delimitação de prazos para a eliminação dos subsídios agrícolas, que tornam o pobre mais pobre; um espaço político para os países em desenvolvimento; a revisão de todos os contratos de propriedade intelectual que apenas beneficiam as multinacionais, prejudicando a segurança alimentar e as necessidades sanitárias dos pobres. E é de fato essencial, para a concretização dos Objetivos do Milênio, concluir a Rodada Doha em favor dos países pobres.

Embora seja crucial o compromisso dos países ricos com sua parte do acordo, não há dúvida de que os países pobres podem fazer muito para obter esses direitos humanos básicos com seu próprio esforço. Afinal, não se requer tanta ajuda

externa para estabelecer políticas e planos corretos, levantar e alocar recursos internos e externos para satisfazer as necessidades da maioria da população em uma base inclusiva, responsabilizar-se diante dos próprios cidadãos e acabar com a corrupção.

Mas, como se diz, há muita retórica e pouca ação. Presta-se um suposto apoio aos Objetivos do Milênio, porém estes, com frequência, se tornam um novo rótulo sob o qual são mantidas antigas práticas ineficientes. A única maneira pela qual os governos irão atuar de fato será sob a pressão da cobrança dos cidadãos para que cumpram suas promessas.

É este realmente nosso foco na Campanha do Milênio: apoiar as ações dos cidadãos na cobrança da responsabilidade de seus próprios governos e das instituições internacionais para alcançar os Objetivos do Milênio, traduzidos nos contextos nacional e local. Sem dúvida, como não poderia deixar de ser, cada uma das campanhas que estão ganhando força em cerca de 30 países do Norte e do Sul é diferente. A campanha nas Filipinas focaliza o alinhamento dos orçamentos governamentais em direção aos Objetivos do Milênio. Já em El Salvador a campanha cobra das autoridades locais a prestação de serviços que de fato cheguem ao povo em termos de educação, água e saúde. Em Gana se busca mudar a Estratégia de Redução da Pobreza, para pôr em evidência os direitos dos pobres. A campanha italiana procura levar o governo a se comprometer com a meta de 0,7%. A campanha irlandesa é chamada *Keep Our Word* [Mantenha nossa palavra] e a indiana é experimentalmente chamada *Vaada na Todo* [Não quebre sua promessa].

O que une todas elas é o fato de entenderem os Objetivos do Milênio como um marco de direitos humanos e de justiça, conforme descrito na Declaração do Milênio – não como um conjunto superficial de metas, mas observando as causas subjacentes e estruturais da pobreza. A campanha espanhola *Sin Excusas 2015* [Sem desculpas 2015], está tendo um bom começo.

É interessante observar que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio estão se tornando uma força unificadora e levando as organizações da sociedade civil a trabalhar em conjunto em diferentes prioridades setoriais e temáticas. Estão aproximando as organizações não-

governamentais voltadas para a prestação de serviços, daquelas que têm seu foco na advocacia e nos direitos humanos. E, ainda mais importante, estão incluindo no processo outros grupos, além das ONGs voltadas para o desenvolvimento. A juventude, os parlamentares e as autoridades locais estão unindo forças para uma luta conjunta contra a pobreza.

A boa notícia é que as coisas estão começando a mudar. Diversos dos países mais pobres do mundo já estão demonstrando que os Objetivos do Milênio podem ser atingidos, se houver compromisso político, até mesmo nas circunstâncias mais adversas – como as enfrentadas pela África Subsaariana. Malawi, Eritrêa e Gâmbia fornecem exemplos na educação básica; Bangladesh, Gana e Moçambique estão progredindo na área da saúde; e Tailândia, Uganda e Senegal, no combate à aids.

Diversos países ricos estão começando a cumprir suas responsabilidades. Metade dos países da União Européia possui agora um prazo claro para chegar a 0,7% de ajuda, incluindo algumas grandes economias, como a Espanha e o Reino Unido. Após um longo intervalo, em 2003 os níveis gerais de ajuda subiram. É possível vislumbrar alguma esperança nas negociações comerciais, com as declarações de julho de 2004, referentes a subsídios agrícolas. Cancun despertou a discussão e as subseqüentes vitórias do Brasil em suas reivindicações sobre práticas comerciais desleais na OMC também dão sinais positivos. O debate sobre a dívida, reaberto na última reunião do G8, deverá prosseguir na próxima convocação. Porém, nada disso está nem ao menos perto daquilo que precisamos para atingir os Objetivos.

A sociedade civil está se fortalecendo nas esferas nacional e global, com iniciativas como o Fórum Social Mundial. E diversos grupos de excluídos começam a exercer seus direitos. Hoje, temos no poder governos e partidos progressistas e a favor dos pobres em vários países estrategicamente importantes, além de as eleições serem iminentes em diversos outros.

O ano de 2005 se reveste de particular importância para todos nós. O mundo precisa retomar sua agenda de desenvolvimento, afastando-se da obsessão com a chamada guerra ao terrorismo, que reduziu de forma significativa o espaço dos direitos humanos e levou ao desvio dos escassos

recursos antes destinados ao desenvolvimento. Nesse sentido, será fundamental a reunião de chefes de Estado prevista para, em setembro de 2005, rever os avanços da Declaração do Milênio. Ela será precedida pela reunião do G8, no Reino Unido, focalizando a África e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio; e, no final do ano, é provável que ocorra a reunião ministerial da OMC em Hong Kong. Considerando isso, formou-se, inicialmente no Reino Unido, uma coalizão de organizações não-governamentais, sindicatos, igrejas etc., com o nome de Campanha Mundial de Combate à Pobreza.¹ Para a campanha, que conta com a adesão de muitos países, já se planeja uma série de mobilizações em massa, que possam atrair a atenção mundial para a luta contra a pobreza. Grandes empresas de comunicação, como a BBC, também começam a chamar a atenção para esses esforços.

Na esfera política, o presidente Lula, apoiado por diversos chefes de Estado, tomou a iniciativa de se empenhar para criar condições que possibilitem a concretização dos Objetivos do Milênio. Isso inclui mecanismos inovadores de financiamento e uma reforma séria em muitas das principais organizações internacionais, em particular nas instituições financeiras e na Organização Mundial do Comércio.

Somos a primeira geração que pode efetivamente erradicar a pobreza, e já não temos mais desculpas. Você pode organizar sua própria campanha, ou juntar-se às campanhas nacionais existentes.² Sugerimos, por exemplo, que procure analisar o avanço dos Objetivos do Milênio em seu país, dentro de um marco de direitos humanos, ou assegurar-se de que o próximo relatório de seu Governo sobre os ODM leve em conta os direitos humanos. Ou que empreenda um ato pessoal, assinando a petição “Sem Desculpas” da Campanha do Milênio e escrevendo a seu jornal local ou a seu representante político.

1. Global Call to Action
Against Poverty:
<<http://www.whiteband.org>>.
Acesso em 17 jan. 2005.

2. Visite o site <<http://www.millenniumcampaign.org>>.
Acesso em 17 jan. 2005.
Para a participação
brasileira, visite <<http://www.nospodemos.org.br>>.
Acesso em 17 jan. 2005.

Tradução: Célia Korn

FATEH AZZAM

Diretor do Programa de Estudos sobre Migrações Forçadas e Refugiados,
Universidade Americana no Cairo, Egito.

RESUMO

Este artigo discute a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio sob a perspectiva legal e de defesa dos direitos humanos, caracterizando o hiato existente entre as abordagens que focalizam os direitos humanos e as que se concentram mais nas necessidades de desenvolvimento. Apresenta uma nova interpretação do litígio de interesse público e da análise orçamentária, requerendo uma cooperação mais estreita entre os ativistas de direitos humanos e as organizações especializadas em desenvolvimento. Defende também a adoção de estratégias que articulem a participação da sociedade civil com as ações do governo, incluindo planos nacionais de ação voltados para aspectos específicos dos Objetivos do Milênio – por exemplo, a redução da pobreza –, nos quais se atribua um papel de liderança aos “conselhos nacionais”. Finalmente, faz um apelo para a inclusão dos refugiados e de outros migrantes forçados, populações que estão entre as mais marginalizadas e que, com frequência, são excluídas dessas preocupações. [Original em inglês.]

OS DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO*

Fateh Azzam



O IV Colóquio Internacional de Direitos Humanos teve por tema a análise do paradigma dos direitos humanos como conceito legal e a importância de seu papel no cumprimento da Declaração e dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).¹ Ocorreu no momento em que se aproximava a fase de avaliação intermediária desses Objetivos. Conforme os organizadores do colóquio observaram, o documento sobre os ODM faz apenas ligeiras referências aos direitos humanos e ao Estado de Direito, mas não contém mecanismos que garantam justiciabilidade aos cidadãos e não adota, de forma geral, uma linguagem jurídica. Ao contrário, é elaborado como um “pacto entre nações”, um documento de estrutura ampla que utiliza indicadores econômicos e demográficos como medidas de progresso; um exercício numérico baseado em necessidades, por assim dizer; e uma lista de intenções sobre o que precisa ser feito. A premissa é que essa é com certeza a função dos governos responsáveis pelo bem-estar de seus cidadãos.

Entretanto, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em sua visão geral dos Objetivos, considera a responsabilidade conjunta das nações, dos cidadãos e da comunidade internacional para sua implementação. Promove atribuições para os movimentos sociais e a sociedade civil mobilizada pressionarem os governos a agir, embora pouco ofereça em termos de mecanismos para tanto.²

*Texto editado a partir da palestra proferida pelo autor no IV Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 12 de outubro de 2004.

1. Ver Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, A/RES/55/2 de 18 set. 2000.

2. “Millennium Development Goals: A compact among nations to end human poverty”. UNDP, Human Development Report 2003. Disponível em <http://www.undp.org/hdr2003/pdf/hdr03_overview.pdf>. Acesso em 31 jan. 2005.

A prática tem demonstrado com freqüência que a pressão da sociedade civil e as enérgicas reivindicações de direitos podem certamente ser bem-sucedidas, apesar da relutância dos governos. Afinal, o próprio regime de direitos humanos deve muito de seu desenvolvimento e de seu crescimento às organizações não-governamentais. Também nessa arena, os ativistas de direitos humanos, os advogados e as organizações não-governamentais têm um importante papel a desempenhar nos esforços para alavancar os ODM, mas é um papel pelo qual precisam lutar por si mesmos, e que requer uma visão mais ampla, para levá-los além dos estreitos limites dos padrões de ativismo estabelecidos. Devem testar sua criatividade e reavaliar algumas de suas estratégias, inclusive as de litígio, tornando-as mais pertinentes à tarefa específica, além de buscar novas estratégias mais apropriadas e eficazes. Os Objetivos oferecem oportunidade e também um conjunto de objetivos de certa forma concretos, que podem desafiar o ativismo em direitos humanos para que ingresse em novas áreas de atuação.

3. Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, A/Conf. 157/23 de 12 jul. 1999.

4. Para uma discussão mais abrangente das estratégias adotadas em diversas regiões do mundo ver: International Human Rights Internship Program, "Ripple in Still Water: Reflections by Activists on Local and National-Level Work on Economic, Social and Cultural Rights". Washington: IIE-IHRIP, 1997. Para sugestões e propostas de estratégias, ver também "Circle of Rights". Washington: IIE-IHRIP, 2000.

5. Ver Willem Van Genugten & Camilo Perez-Bustillo, *The Poverty of Rights: Human Rights and the Eradication of Poverty*. Londres/Nova York: Zed Books, 2001.

Caracterizando os hiatos

A existência de uma controvérsia, ou de um perceptível desligamento entre a linguagem de direitos humanos e a dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, é sintoma de uma diferença maior entre as abordagens baseadas em direitos e aquelas baseadas em necessidades de desenvolvimento. Apesar do compromisso de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, originalmente apresentado de modo formal na Declaração de Viena e no Programa de Ação de 1993,³ poucas organizações de direitos humanos articularam de fato estratégias eficazes para a defesa e a promoção de direitos econômicos, sociais e culturais, além de apresentar relatórios alternativos à Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Existem, obviamente, exceções notáveis de iniciativas bem-sucedidas em matéria de prática jurídica; estratégias e tentativas de desenvolver ações jurídicas envolvendo direitos econômicos, sociais e culturais vêm crescendo aos poucos.⁴ De fato, vários programas interessantes têm sido articulados em diferentes regiões do mundo, em especial nas Filipinas, na Nigéria, em Bangladesh e em diversos países da América Latina.⁵ No conjunto, entretanto, o compromisso com a

indivisibilidade de direitos permanece mais no campo verbal. Firmemente dedicados a estratégias de demandas judiciais diretas no trabalho com direitos civis e políticos, os advogados de direitos humanos têm apresentado maior dificuldade em lidar com os padrões menos rígidos e, talvez, menos claros, dos direitos expressos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Certamente é injusto caracterizar a divisão entre as abordagens pelos direitos e pelo desenvolvimento como uma falta de interesse, ou uma visão estreita por parte dos advogados. Da mesma forma que os direitos são interdependentes e indivisíveis, assim também são os gigantescos problemas do mundo em desenvolvimento, que se encontram tão interconectados a ponto de ficarmos desorientados, sem saber por onde começar. Os problemas de desenvolvimento deficientes resultariam simplesmente de falhas na liderança, de corrupção e falta de acesso político para os cidadãos isolados do contexto global? A democratização na esfera nacional traria soluções, ou a democratização na esfera internacional traria uma distribuição mais equitativa da riqueza global? Seria o sistema econômico mundial tão injusto e iníquo que manteria o Sul em um patamar inferior, ou isso decorreria apenas da má utilização nacional dos recursos disponíveis em cada país e do predomínio de conflitos armados? Os direitos civis e políticos trarão desenvolvimento sustentável, ou a democratização resultará de melhores condições econômicas e da garantia de direitos econômicos, sociais e culturais? O que vem primeiro: a galinha ou o ovo?

Um exemplo é minha região, no Oriente Médio e na África Setentrional, onde a maioria dos países padece com regimes autoritários e uma quase total negação dos direitos políticos e econômicos dos cidadãos, devido à falta de participação democrática nos processos de decisão em políticas que afetam nosso cotidiano. Regimes autoritários também indicam uma relativa fraqueza dos sistemas jurídicos e falta de independência do Judiciário, resultando principalmente em um “direito do Estado” em vez de um “Estado de Direito”. Adicionando-se um pouco de corrupção em vários níveis, torna-se difícil para o Estado e suas instituições lidarem de modo eficaz com os problemas da pobreza, ainda que o queiram. Esse fato tem levado a maioria dos ativistas a priorizar os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, na crença

de que sem democracia e respeito aos direitos políticos humanos – amplamente definidos – nenhum dos outros direitos pode ser alcançado. Dessa forma, assistimos nos últimos tempos a uma proliferação de apelos por reformas políticas, econômicas, jurídicas e outras, por maior participação dos cidadãos comuns na tomada de decisões e na elaboração de políticas e, em menor grau, por descentralização. Em nossa região, muitos desses apelos por reformas são efetuados pela elite política local, incluindo as organizações de direitos humanos – e na maioria das vezes permanecem circunscritos a elas. Repetem a mesma lógica do *statu quo* ao supor que, uma vez ocorrida a mudança no topo, tudo o mais virá em seu devido tempo.

A busca de estratégias criativas

Então, como prosseguir na elaboração de estratégias de direitos humanos que possam ser relevantes para os Objetivos do Milênio? Seriam nossos métodos usuais – documentação e relatórios, denúncia pública, assistência judicial e litígio em casos individuais – relevantes e eficazes nessas circunstâncias? Deveríamos tentar desenvolver novos enfoques, mais condizentes com a abordagem baseada em necessidades dos ODM e acrescentar além disso uma visão fundamentada em direitos? A seguir, apresentamos algumas reflexões sobre oportunidades que podem estar disponíveis para advogados e ativistas de direitos humanos. Cada uma delas, claro, exigiria maiores reflexões e planos estratégicos antes de se tornar viável.

Litígio de interesse público

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio não são compromissos legais nem individualizados e não possuem mecanismos para sua implementação, salvo uma exigência sucintamente explicitada para que a Assembleia Geral avalie o andamento e para que o Secretário-Geral da ONU “divulgue relatórios periódicos a serem considerados pela Assembleia Geral, que sirvam de base para futuras ações”.⁶ Esses relatórios são de natureza abrangente, atuando mais como apelos e estímulos à comunidade internacional do que como um conjunto de direitos. No entanto, talvez seja possível, e mesmo vantajoso, recorrer ao litígio de interesse público para

6. “Millennium Development Goals [...]”, parágrafo 31 (op. cit., nota 2).

que avance a implementação dos Objetivos do Milênio.

Esse tipo de litígio em geral aparece sob a forma de ações coletivas e ações contra o Estado e seus organismos, ou contra cidadãos e empresas, “em favor do interesse público”. Entretanto, nem todos os países contam com o dispositivo legal de ações coletivas, e a lei de interesse público em geral não é individualizada, ou seja, baseada em reivindicações de uma pessoa específica contra o Estado – embora processos judiciais individualizados possam ser utilizados para estabelecer precedentes e com isso contestar ou confirmar determinados princípios ou exigências de interesse público. Ações judiciais de interesse público são sempre um assunto arriscado, pois não se podem prever as decisões dos tribunais, ou esperar que sejam sempre a favor da percepção individual de “interesse público”.⁷

Com tais advertências em mente, podemos ainda considerar que as ações de interesse público podem representar uma estratégia viável para realizar avanços nos Objetivos do Milênio. Seria interessante adotar indicadores, já que os ODM podem oferecer uma medida relativamente clara do desempenho de um Estado e, em particular, de sua vontade política de implementar ao menos algumas de suas obrigações nas esferas de direitos sociais e econômicos. A dificuldade, todavia, está na definição da natureza das obrigações do Estado em relação a seus cidadãos, além do quadro em geral subentendido de realizações progressivas dentro do “máximo dos recursos disponíveis”. Podem os advogados de direitos humanos buscar obrigações legais mais claras e específicas, transferindo-as ao Estado para que possam formar a base para o litígio de interesse público?

Uma abordagem possível talvez consista na utilização do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade dos Estados, que – embora primordialmente centrado nas relações entre Estados – dispõe de uma análise útil e interessante que pode ser adaptada a nossas necessidades. Nesse projeto, a Comissão apresentou uma análise das obrigações legais dos Estados segundo a lei de tratados. Dependendo da obrigação em questão, a Comissão definiu dois tipos inter-relacionados: obrigação de “resultado” (impõe um dever de assegurar que um resultado específico seja alcançado); e obrigação de “meios” ou “conduta” (o dever legal de continuar a atuar para alcançar um resultado, quer este seja ou não definitivamente alcançado).⁸ Com base nessa análise, pode-se

7. Para uma visão mais abrangente das diversas estratégias jurídicas de interesse público, ver Mary M. McClymont & Stephen Golub (eds.), *Many Roads to Justice: The Law Related Work of Ford Foundation Grantees around the World*. Nova York: The Ford Foundation, 2000.

8. Artigos 20 e 21 de “Draft Articles on State Responsibility”. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 11, Parte 1, 1977.

dizer que a natureza da obrigação dos Estados de implementar a maioria dos direitos garantidos pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um compromisso de conduta. O Estado-Parte do Pacto, com seu Executivo, seus ministérios e outras instituições e órgãos, precisaria mostrar que todos os meios disponíveis estão sendo empregados dentro do “máximo dos recursos disponíveis”, até que se possa demonstrar que está havendo progresso na implementação dos direitos definidos no Pacto.

Os Objetivos do Milênio oferecem patamares intermediários e de longo prazo para ajudar a avaliar esse progresso. Utilizando-se, por exemplo, uma análise comparativa do número de crianças no curso primário (Objetivo 2) ou do número de meninas em cursos primários e secundários (Objetivo 3) em 2000, em comparação com as matrículas em 2005 e 2010, teremos um indicador para avaliar se o empenho do Estado tem sido consistente para cumprir ao menos parcialmente os Objetivos, e se ele está obtendo êxito ou, pelo menos, alcançando alguns resultados. A utilização do conceito de “obrigação estatal” pode fortalecer os argumentos legais relativos ao alcance progressivo dos direitos econômicos e sociais com base nos parâmetros definidos pelos Objetivos aos quais um Estado está comprometido em virtude de sua filiação à ONU.

9. Ver Maria Socorro Diokno, *A Rights-Based Approach to Budget Analysis*. Washington: Institute for International Education/International Human Rights Internship Program, 2000.

10. “Education-Africa: Calls for Global Campaign to Abolish Primary School Fees”. Inter Press Service, 6 dez. 2000. Disponível em <<http://www.aegis.com/news/ips/2000/IP001209.html>>. Acesso em 31 jan. 2005. Ver, ainda, o interessante quadro apresentado em *Duties sans Frontières: Human Rights and Global Social Justice*. Genebra, International Council on Human Rights Policy, 2003, p. 5. Disponível em <<http://www.ichrp.org/ac/excerpts/137.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2005.

Análise orçamentária

Outra estratégia desenvolvida em algumas regiões refere-se ao uso da análise orçamentária como ferramenta para medir o comprometimento do Estado com direitos econômicos, sociais e culturais, em geral, que com certeza pode ser útil para implementar os Objetivos do Milênio.⁹ A destinação anual de verbas orçamentárias pelos Estados fornece excelentes indicadores de seu comprometimento com o progresso em diversas áreas, especialmente quando se faz a comparação com os dispêndios militares. Um exemplo impressionante foi apresentado pela Oxfam em 2000, ao prever que se fossem adicionados 8 bilhões de dólares anuais ao orçamento atual – quantia equivalente a algo em torno de quatro dias da despesa militar global –, seria possível universalizar a educação básica.¹⁰

Recorrendo mais uma vez às referências dos Objetivos do Milênio, um estudo das destinações orçamentárias estatais em

saúde, educação e revitalização econômica forneceria indicadores das tentativas realizadas pelos Estados para atingir os Objetivos. Admite-se que é difícil um julgamento definitivo do sucesso ou do fracasso de estratégias estatais específicas pela simples análise das verbas reservadas a cada programa. Investir dinheiro em um problema não significa, em princípio, resolvê-lo, e se o orçamento estatal para educação ou saúde tiver sido duplicado, não significa que o índice de mortalidade infantil foi automaticamente reduzido pela metade. Entretanto, combinar a revisão de estratégias e seus efeitos intermediários com o acompanhamento do orçamento contribui para avaliar os esforços feitos e indicar se está havendo progresso nessas áreas, no âmbito dos ODM.

Devemos observar que os processos de análise orçamentária variam muito – alguns são elementares, outros extremamente complexos. E quanto mais complexo é o processo, maior a capacitação necessária para sua implementação. Desnecessário dizer que essa capacitação não costuma fazer parte da qualificação dos ativistas de direitos humanos, pois são mais afinadas com o campo de trabalho de economistas, demógrafos e estatísticos. Quando a análise orçamentária é necessária em áreas específicas, como saúde ou educação, os especialistas é que estarão capacitados para analisar os dados. A essa altura, é essencial que os ativistas de direitos humanos envolvidos na implementação dos Objetivos façam alianças com organizações e especialistas em desenvolvimento e serviços.

Construindo pontes com organizações de desenvolvimento

O fato de os ativistas e as organizações de direitos humanos não serem especialistas em todos esses campos explica de alguma forma por que há tão poucos trabalhos que tratem de direitos econômicos, sociais e culturais, em relação aos estudos jurídicos sobre a análise e o escopo dos direitos humanos. Educadores, organizações de desenvolvimento, prestadores de serviços médicos e cientistas sociais, de modo geral, possuem as habilidades necessárias para analisar dados em suas respectivas áreas de trabalho, e é por isso que devemos procurar construir pontes e alianças entre eles e os advogados de direitos humanos. Os ativistas dedicados aos direitos humanos e os que estão fora dessa área específica devem apoiar reciproca-

mente suas ações, pela troca mútua de uma abordagem baseada em direitos, com os dados e conhecimentos necessários para avaliar os avanços, fortalecer os argumentos legais e conduzir a defesa dos direitos humanos a partir do conhecimento claro e especializado da situação real no setor.

Apresso-me a acrescentar que têm havido tentativas de unir os paradigmas de direitos humanos e os de desenvolvimento. Algumas organizações de desenvolvimento e de atendimento social já realizaram essa união, com crescente uso da linguagem de direitos. Por exemplo, organizações dedicadas à promoção das mulheres ganharam nova vida com a promulgação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção propiciou-lhes um conjunto claro de padrões e patamares mínimos que de imediato começou a ser utilizado em todos os trabalhos, desde atividades de geração de renda para mulheres até educação, batalhas contra a violência doméstica e pela participação política. De maneira equivalente, as ONGs de atendimento social não tardaram em se apropriar dos dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança e a utilizá-los; vimos proliferarem os programas educacionais sobre os direitos da criança e as novas reivindicações de verbas para a educação e a assistência infantil.

Também é possível construir pontes no contexto da estratégia para as ações de interesse público e de seu impacto. Ativistas de direitos humanos podem encarar as organizações que prestam serviços sociais como clientes para trabalharem juntos pela realização de um ou mais dos Objetivos do Milênio, ou colaborar com essas organizações de maneira mais genérica, aderindo a estratégias legais e outros tipos de atuação na busca de mudanças reais. Além disso, funcionários dessas organizações podem ser treinados para atuar como paralegais, com participação mais direta em estratégias judiciais e na prestação de serviços jurídicos e aconselhamento a seus clientes, identificando eventualmente processos que estabeleçam precedentes para casos semelhantes, e abrindo caminho para novas idéias e abordagens para o trabalho jurídico de interesse público.

Em suma, o ativismo em direitos humanos teria muito a ganhar com um relacionamento mais estreito entre advogados e especialistas de áreas como saúde, educação, desenvolvimento etc. A especialização em ciências sociais, se combinada com conhecimentos de direitos humanos e utilizando os Objetivos

do Milênio como critério e padrão de comparação, possibilitaria pressionar o Estado, dentro do sistema jurídico, para a obtenção de mudanças e para a implementação dos Objetivos.

É importante observar que a implementação dos Objetivos do Milênio pode agregar força e argumentos significativos para atividades em andamento, de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os relatórios alternativos preparados pelas organizações de direitos humanos para a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ganham força quando existe cooperação entre organizações de desenvolvimento e outras organizações relevantes nessa área. Já observamos o claro impacto dos relatórios do Índice de Desenvolvimento Humano e como os significativos dados e informações que fornecem têm ajudado os ativistas de direitos em suas demandas públicas e privadas por mudanças.

Planos nacionais de ação

Diversos países estão adotando “planos nacionais de ação” com relação a vários temas: crianças, mulheres, direitos humanos etc. Essa estratégia compromete o Estado e seus cidadãos com uma série de medidas de âmbito nacional para aperfeiçoar o desempenho e promover as necessárias melhorias na qualidade de vida, a fim de atingir as metas desses planos. Trata-se de uma estratégia especialmente viável e reconhecida, na qual o plano nacional tem sido estruturado como resultado de um amplo processo consultivo, envolvendo o governo, a sociedade civil, organizações não-governamentais, acadêmicos e, algumas vezes, órgãos internacionais como as agências intergovernamentais da ONU. Por definição, os Objetivos do Milênio são de longo prazo e requerem um esforço plurianual e pluripartidário, sujeito a avaliação e revisão constantes. Conforme o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) reitera: “A participação nacional – por governos e comunidades – é a chave para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. De fato, os Objetivos podem promover o debate democrático, e os líderes ficam mais propensos a praticar os atos necessários para atingi-los quando são pressionados pelas populações envolvidas”.¹¹

Dessa forma, um plano de ação nacional deve ser o mecanismo para a implementação dos Objetivos do Milênio. Trabalhando com organizações da sociedade civil, inclusive as de desenvolvimento e

11. Ver “Millennium Development Goals [...]”, p. 1 (op. cit., nota 2).

serviço social, mas também com órgãos governamentais, as organizações de direitos humanos podem exercer uma liderança jurídica para a articulação de um Plano Nacional que se destine a promover a firme implementação de tais objetivos.

Está crescendo a ação dos chamados “planos e estratégias para redução da pobreza”, com o objetivo de desenvolver planos nacionais coerentes para reduzir a pobreza e, por conseqüência, implementar os Objetivos do Milênio. Cada vez mais, esses planos têm sido cobrados dos governos e Estados – pelos países doadores e pelas instituições financeiras internacionais – como condição para a ajuda ao desenvolvimento. Entretanto, surgem debates cáusticos em torno do comércio internacional e do protecionismo de mercado praticado por países desenvolvidos, das políticas de instituições financeiras internacionais, das exigências de privatização e reformas de base, como também das políticas tarifárias. Tudo isso tem um efeito direto e freqüentemente nocivo em relação à pobreza global. A esse respeito, o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas aponta as políticas das nações desenvolvidas como fomentadoras – se não causadoras diretas – da pobreza e esclarece que, se for para implementar os ODM, será necessária uma cooperação em nível mundial para reavaliar tais políticas.¹²

A maneira de desenvolver os planos e estratégias para redução da pobreza é tão importante para a eficácia e a legitimidade potenciais de um plano nacional de ação quanto a existência desse tipo de programa. Há consenso em relação ao fato de que as perspectivas de êxito são maiores quando o plano é elaborado em conjunto, de maneira participativa e como resultado de um esforço nacional de colaboração, envolvendo todos os setores da sociedade. Um esforço nacional unificado e coerente a esse respeito eliminaria diversas lacunas. Ampliaria a cooperação entre as organizações de direitos humanos e as de desenvolvimento, e entre elas e o governo. Tal empenho também ajudaria a abrandar as linhas de confronto – que em geral resultam de conflitos sobre direitos civis e políticos – entre os Estados autoritários e os ativistas de direitos humanos. Os ativistas de direitos humanos podem encontrar uma causa comum com seus governos, ajudando, por meio do plano nacional, a fortalecer os esforços oficiais para ter voz e negociar um espaço na ordem econômica internacional.

Ainda assim, é também importante os ativistas de direitos humanos se assegurarem de que os planos nacionais (de redução

12. *Idem*, pp. 11-13, para a visão do PNUD sobre o papel da dívida, dos recursos e de outras políticas internacionais que afetam a implementação dos ODM.

da pobreza ou de implementação dos ODM) sejam de sua alçada e estejam de fato embasados em garantias de padrões mínimos, segundo as leis internacionais de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e de outras frentes. Alguns trabalhos importantes já foram realizados nesse sentido e podem ser úteis. Por exemplo, é possível obter esclarecimentos junto ao Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, que em 2002 patrocinou uma ampla e detalhada discussão sobre um conjunto de projetos de diretrizes para redução da pobreza sob uma abordagem de direitos humanos. Esses projetos de diretrizes incluem, *inter alia*, definições, exigências e critérios para ações em direitos humanos na área de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como debates sobre o âmbito de cada um desses direitos e, por fim, importantes questões relativas a mecanismos de controle e responsabilidade pela prestação de contas.¹³ Outra boa fonte é o trabalho completo e excelente que está sendo realizado sobre direito a moradia e, de forma mais ampla, sobre direitos econômicos, sociais e culturais pela Habitat International Coalition.¹⁴

Conselhos nacionais

Com ou sem planos nacionais de ação, alguns Estados adotaram modos alternativos de atuar em determinadas áreas, ou em torno de temas específicos. O Egito, por exemplo, conta com um Conselho Nacional para a Infância e a Maternidade, órgão semi-oficial que tem como responsabilidade principal promover o bem-estar de famílias e crianças. Recentemente houve intensa cooperação desse conselho com organizações de direitos da criança que agregaram a dimensão de direitos humanos a sua atuação, e também com outras organizações da sociedade civil e instituições intergovernamentais como o PNUD, o UNICEF e o ACNUR. Destaca-se ainda a atividade do Conselho Nacional da Mulher, que enfatiza em sua agenda os direitos das mulheres estabelecidos na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e está aberto ao recebimento de queixas, à prestação de assistência jurídica e à orientação para reparação de danos.

Esses organismos, inclusive os comitês nacionais de direitos humanos, nos lugares em que existem, podem desempenhar um papel de liderança, centralizando os esforços da sociedade para

13. Ver "Poverty Reduction Strategies", documento do Alto Comissariado para Direitos Humanos. Genebra, 2002. Disponível em <<http://www.unhcr.ch/development/povertyfinal.html>>. Acesso em 31 jan. 2005.

14. Ver especialmente a minuta do documento: "Holding Donors Accountable: An interactive training program for southern NGOs and grassroots organizations" e outros instrumentos e metodologias sobre moradia e demais direitos econômicos e sociais em *Habitat International Coalition, Housing and Land Rights Network – Middle East and North Africa*. Disponível em <<http://www.hic-mena.org>>. Acesso em 31 jan. 2005.

melhorar a qualidade de vida em seus grupos-alvo. No Egito, tais organismos podem muito bem assumir as propostas dos Objetivos do Milênio relativas a educação, e a meninas e mulheres, por exemplo. Com seu caráter semi-oficial, têm condições de incentivar e promover a cooperação entre o governo e a sociedade civil na articulação e na implementação de planos nacionais de ação, e avaliar os avanços, mesmo sem a existência de um plano nacional. No entanto, deve haver pressão para que ocorram tais ações, especialmente porque a eficácia desses comitês nacionais ainda não teve uma avaliação completa. Os ativistas de direitos humanos desempenham aqui um importante papel como catalisadores e instigadores, atuando, de modo geral, como sentinelas do trabalho dos comitês nacionais.

Uma nota sobre refugiados e outros migrantes forçados

Refugiados e outros migrantes forçados constituem uma categoria negligenciada em nossos conceitos de direitos humanos, e com freqüência os relegamos ao regime jurídico de refugiados, excluindo-os da arena jurídica de direitos humanos, mais ampla e mais completa. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, havia 17,1 milhões de pessoas refugiadas e internamente deslocadas no final de 2003.¹⁵ Mais de 66% dos refugiados mundiais se encontram em países em desenvolvimento e metade deles nos 49 países menos desenvolvidos.¹⁶ Esses percentuais alcançariam patamares mais elevados se fôssemos considerar as vítimas de deslocamentos internos, os trabalhadores migrantes, os trabalhadores domésticos e o crescente número dos chamados “migrantes irregulares” e de vítimas de tráfico de pessoas.

O empenho para implementar os Objetivos do Milênio, que focaliza primordialmente os mais pobres dos pobres em todo o mundo, precisa incluir essas populações marginalizadas, devido às dificuldades específicas encontradas por elas, como a falta de acesso a certos privilégios concedidos unicamente aos que gozam do status de cidadãos. Refletindo sobre o fato de os direitos econômicos, sociais e culturais serem universais, e sabendo que a maioria deles não se aplica apenas aos cidadãos, mas também a todos que vivem dentro da jurisdição de um Estado, os ativistas de direitos humanos devem procurar

15. “Global Refugee Trends”.
Genebra, UNHCR, jun. 2004, p. 1.

16. Core Group on Durable
Solutions, “Framework for
Durable Solutions for
Refugees and Persons of
Concern”. Genebra, UNHCR,
maio 2003, p. 9.

assegurar a inclusão de refugiados e outros migrantes forçados. Permitir que os migrantes forçados sejam excluídos das estatísticas ou dos esforços nacionais e globais de defesa ao se promover e implementar os Objetivos do Milênio seria o mesmo que criar uma mera ilusão de progresso. Além disso, essa inclusão pode muito bem contribuir para melhorar suas condições e as principais causas de sua privação e da migração forçada, nas esferas política, econômica e de segurança.

Conclusão

As diversas estratégias e modalidades de ação sugeridas acima são reflexões iniciais sobre o papel dos direitos humanos na implementação dos ODM. Ativistas de direitos humanos, advogados e organizações têm, potencialmente, o importante papel de catalisadores, ao estimular as ações que têm os Objetivos do Milênio tanto como referência quanto como critério, reunindo diferentes atores sociais com base nos direitos humanos. Com os direitos humanos no foco central do “interesse público”, os ativistas podem analisar as políticas orçamentárias e incumbir-se de questões legais para controlar a obrigação estatal de utilizar todos os meios dentro dos recursos disponíveis para implementar os ODM e os direitos econômicos e sociais de modo mais amplo. A clara interdependência de direitos é um trunfo importantíssimo para esses ativistas, e sua dinâmica participação para acionar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio seria vantajosa para o desenvolvimento de novas estratégias voltadas à promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como para realimentar seus trabalhos em direitos civis e políticos.

Aos ativistas de direitos humanos, os Objetivos do Milênio também oferecem uma oportunidade de encontrar uma causa comum com seus governos, na confrontação com poderosas forças econômicas e políticas mundiais. Mas mesmo onde os governos estão menos dispostos a adotar estratégias colaborativas, os esforços de cooperação de ativistas com outros atores da sociedade civil, local, regional ou global podem gerar estratégias e causar pressão significativa nas esferas local e nacional, para minorar as condições de pobreza.

Para realizar tudo o que foi acima exposto, deve-se adotar uma visão abrangente e estratégias inclusivas, com a perspectiva de integrar direitos e atores em todas as esferas.

RICHARD PIERRE CLAUDE

Professor emérito da Universidade de Maryland, Estados Unidos.
Editor fundador de *Human Rights Quarterly*. Autor de *Science in the Service of Human Rights*, Universidade da Pennsylvania, 2002.

RESUMO

O artigo recapitula os debates dos elaboradores da Declaração Universal dos Direitos Humanos em relação ao direito à educação. Discute as propostas iniciais e apresenta exemplos de programas contemporâneos de educação para os direitos humanos, projetados para atingir cada uma daquelas propostas específicas. [Original em inglês.]

DIREITO À EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

Richard Pierre Claude



A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. E assume o status de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento. Além disso, pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômica e cultural. Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a auto-suficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna.

Ao postularem a educação como um direito, os autores da Declaração Universal dos Direitos Humanos basearam-se, axiomáticamente, na noção de que a educação não é neutra em relação a valores. Com esse espírito, o Artigo 26 estabelece uma série de metas educacionais, analisadas aqui juntamente com a discussão que focaliza a educação para os direitos humanos à luz desse artigo.

A Educação para os Direitos Humanos é uma estratégia de longo prazo direcionada para as necessidades das gerações

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 63.

futuras. Essa educação para o futuro dificilmente terá o apoio dos impacientes e dos provincianos, mas é essencial elaborar programas educacionais inovadores a fim de fomentar o desenvolvimento humano, a paz, a democracia e o respeito pelo Estado de Direito. Refletindo essas aspirações, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Resolução 49/184, que instituiu a Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos – 1995-2004. Ao fazer isso, a comunidade internacional identificou a educação para os direitos humanos como uma estratégia única para o “desenvolvimento de uma cultura universal dos direitos humanos”.

O direito à educação na Declaração Universal dos Direitos Humanos

No final da Segunda Guerra Mundial, o mundo estava em ruínas, dilacerado pela violência internacional, da Polônia às Filipinas, da tundra aos trópicos. A discussão sobre a importância da educação como fator indispensável para a reconstrução do pós-guerra emergiu nos primeiros trabalhos da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Esse órgão foi criado em 1946, pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da entidade, para elaborar recomendações que promovessem o respeito e a observância dos direitos humanos, partindo da teoria não comprovada de que os regimes que respeitam os direitos humanos não guerreiam com outros regimes similares.

Assim, para levar a paz ao mundo, os membros da Comissão iniciaram os trabalhos em 1947, e Eleanor Roosevelt foi eleita para presidi-la. Segundo o relator, doutor Charles Malik, do Líbano, desde o início todos os integrantes da Comissão sabiam que a tarefa de elaborar uma declaração dos direitos humanos era, em si, uma empreitada educacional. Segundo ele: “Precisamos elaborar uma declaração geral dos direitos humanos definindo em termos sucintos os direitos e as liberdades fundamentais de [todos] que, segundo a Carta, a Organização das Nações Unidas deve promover. [...] Esse respeitável anúncio dos direitos fundamentais exercerá uma poderosa influência doutrinária, moral e educacional nas mentes e no comportamento das pessoas de todo o mundo”.¹ A afirmação de Malik refletia o Preâmbulo da Declaração

1. Charles Malik, *These Rights and Freedoms*. Nações Unidas: Department of Public Information, 1950, pp. 4-5.

Universal, que proclama o instrumento como um padrão de conquistas comuns para todos os povos e todas as nações, que deveriam “se empenhar no ensino e na educação de modo a promover o respeito por esses direitos e liberdades [...]”. Esse programa global inteiramente novo, “de baixo para cima”, destinado a educar as pessoas em relação a seus direitos humanos, representou um desafio para as estratégias “de cima para baixo”, usuais na diplomacia tradicional, nas manipulações no quadro do equilíbrio de forças e na *Realpolitik*, estratégias que haviam sido insuficientes para evitar a calamidade de duas guerras mundiais.

A formulação do direito à educação

A Declaração Universal mostra que seus idealizadores perceberam como a educação não é neutra em matéria de valores. No esboço do documento, os soviéticos – mais sensíveis às ideologias – foram os primeiros a levantar esse ponto. Alexandr Pavlov, da União Soviética, argumentou que “a educação de jovens dentro de um espírito de ódio e intolerância”² havia sido um dos fatores fundamentais no desenvolvimento do fascismo e do nazismo. Assim, em sua redação final, o Artigo 26 incorporou o ponto de vista de Pavlov quanto ao fato de a educação ter objetivos políticos inevitáveis, mas ignorou seus conceitos ideologicamente rígidos, substituindo-os por diversas metas positivas. Por isso, o Artigo 26, em sua seção mais controversa, determina que o direito à educação deve se vincular a três objetivos específicos: (1) pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecimento do respeito aos direitos do ser humano e às liberdades fundamentais; (2) promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e a todos os grupos raciais e religiosos; e (3) incentivo às atividades da ONU para a manutenção da paz.

2. E/CN.4/SR.67, Comissão sobre os Direitos Humanos, Terceira Sessão. Relatório sumário da 69ª Assembléia (Lake Success), 11 jun. 1948, p. 13.

■ O primeiro objetivo

Embora seja abstrata, essa interessante noção de desenvolvimento pleno da personalidade é importante por ser um fio temático que percorre toda a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Seu significado na consolidação de um conceito holístico da

natureza humana – de seres essencialmente livres, social e potencialmente instruídos e capazes de participar de tomadas de decisão fundamentais – é amparado por sua reiteração em diversos pontos:

- O Artigo 22 diz que toda pessoa tem direitos sociais, econômicos e culturais “indispensáveis [...] ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.
- O Artigo 26 consagra um direito à educação e afirma: “A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana”.
- O Artigo 29 reafirma a visão holística dos direitos humanos ao estabelecer: “Toda pessoa tem deveres perante a comunidade, onde – e somente onde – é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade”.

A redação que vincula esses dispositivos em termos de “pleno desenvolvimento” ilustra a natureza orgânica da Declaração, na qual diversos direitos emanam de uma crença na igualdade de todas as pessoas e na unidade de todos os direitos humanos. Reiterado muitas vezes, o direito “ao pleno desenvolvimento da personalidade humana” foi visto pela maioria dos autores como um direito reforçado pela comunidade e pela interação social. Ele articulou e sintetizou todos os direitos sociais, econômicos e culturais da Declaração. Dado o objetivo de pleno desenvolvimento da personalidade humana no contexto da sociedade – o único contexto em que ele pode ocorrer –, conclui-se que o direito à educação é um direito social, um bem social e uma responsabilidade da sociedade como um todo.

Os latino-americanos desempenharam um papel de liderança na concepção do direito à educação. O brasileiro Belarmino Austregésilo de Athayde fez uma declaração fundamental sobre a importância da educação baseada em valores, e foi o primeiro a sustentar que a educação oferece ao indivíduo os recursos “para desenvolver sua personalidade, que constitui o objetivo da vida humana e o fundamento mais sólido da sociedade”.³ Uma proposta argentina incutiu substância nessas abstrações, reproduzindo o Artigo 12 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos. A Declaração de Bogotá, com apenas um ano de vida, dizia: “Toda pessoa tem direito a uma educação que a prepare para

3. Registro Oficial da Terceira Sessão da Assembléia Geral, Parte I, “Social Humanitarian and Cultural Questions”, 3º Comitê, Registro Sumário da Assembléia, 21 set.-8 dez. 1948, relatando a 147ª Assembléia da Comissão realizada no Palais de Chaillot, Paris, 19 nov. 1948, p. 597.

sobreviver de maneira digna, melhorar seu nível de vida e ser útil à sociedade”.⁴ Solicitando mais concisão, Eleanor Roosevelt pediu cautela quanto à linguagem, que poderia sobrecarregar o direito à educação. Com esse espírito, os elaboradores optaram por uma redação mais simples: “A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana”.⁵

A expressão “pleno desenvolvimento” pretendia contemplar tanto o direito à educação como a educação para os direitos humanos – o desenvolvimento das habilidades pessoais de cada um e a garantia de uma vida digna. Isso é o que se pode depreender da leitura atenta da expressão “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, seguida imediatamente, sem uma vírgula sequer, pela frase: “e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”. Adotando uma abordagem padronizada da construção jurídica da frase, pode-se concluir que a junção dos dois componentes foi deliberada e significativa, especialmente se considerarmos a determinação de Eleanor Roosevelt para que o texto fosse conciso.

A lógica das duas idéias combinadas nos diz que, ao promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana, e a dignidade que isso acarreta, a educação também promove os direitos humanos. E, para esse pleno desenvolvimento, a educação para a dignidade deve levar em conta a lista completa dos direitos humanos: direitos pessoais, como a privacidade; direitos políticos – como a participação, bem como a busca e a divulgação de informações; direitos civis, como a igualdade e a ausência de discriminação; direitos econômicos, como um padrão de vida digno; e o direito a participar da vida cultural da comunidade. Essa análise se antecipava à visão defendida pelo brasileiro Paulo Freire em seu livro *A pedagogia do oprimido*. Freire (1973) ressalta as conexões entre a educação do povo e a auto-realização, em conseqüência do aprendizado e do exercício dos direitos humanos.

■ O segundo objetivo

O Artigo 26 requer que a educação “promova a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos [...]”. Essa idéia foi inicialmente formulada de

4. Emenda argentina (A/C.3/251).

5. Emenda cubana (A/C.3/261).

6. Registro Oficial da Terceira Sessão da Assembléia Geral, op. cit., p. 587.

7. Id. p. 584.

outro modo. O professor René Cassin, prestigiado delegado francês e vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos, conseguiu apoio para declarar que um dos objetivos da educação deveria incluir “o combate à intolerância e ao ódio contra outras nações e contra grupos raciais e religiosos de qualquer lugar”.⁶ Mas, outra vez, as delegações latino-americanas tiveram a última palavra, mostrando a força de sua votação, ao apoiar a posição de Campos Ortiz, do México, para quem os objetivos educacionais deveriam ser estruturados em termos positivos, sem incluir preceitos negativos como “combater o ódio”. Ele foi convincente ao dizer que o Artigo 26 deveria vincular o direito à educação ao objetivo positivo de “promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos [...]”.⁷

■ O terceiro objetivo

8. Id., p. 594.

9. Id., *ibid.*

10. Id., 589.

O Artigo 26 diz que a educação deve apoiar “as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. Nas considerações finais da Declaração, diante da Assembléia Geral, o delegado mexicano afirmou que o direito à educação devia estar ligado aos objetivos pacíficos das atividades da ONU. O sr. Watt, da Austrália, contestou de imediato e insistiu no apoio a uma referência mais ampla a todos os “propósitos e princípios das Nações Unidas”.⁸ De novo, Eleanor Roosevelt manifestou seu desagrado por qualquer formulação que não tivesse concisão e especificidade, e por isso apoiou a proposta do México, mais simples. Ela considerava que, nos objetivos educacionais, as atividades da ONU para a manutenção da paz deveriam ser reconhecidas como “o principal objetivo”⁹ daquele organismo. Fiéis ao modelo, outras vozes latino-americanas se associaram no apoio à iniciativa mexicana. Carrera Andrade, do Equador, concluiu com lirismo que, quando a juventude mundial incorporasse os “princípios que orientavam as Nações Unidas, o futuro [prometeria] [...] mais esperança para todas as nações viverem em paz”.¹⁰

Por fim, adotou-se a referência às atividades pacíficas da ONU e todas as dissidências foram abolidas da versão final do Artigo 26, que conquistou a unanimidade de 36 votos, com duas abstenções. Em conseqüência disso, o Artigo 26, com três itens separados, agora diz o seguinte:

1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. O ensino elementar será obrigatório. O ensino técnico e profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no mérito.

2. A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. A educação promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e apoiará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada a seus filhos.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral adotou e proclamou solenemente a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse órgão demonstrou ter consciência de que tal documento produziria poucos efeitos práticos, a menos que os povos de todas as partes tomassem conhecimento dele e percebessem seu significado para todo ser humano. Por esse motivo, a Assembléia também aprovou a Resolução 217, que insistia na divulgação mais ampla possível da Declaração e convidava o Secretário-Geral, bem como as agências especializadas da ONU e organizações não-governamentais, a envidar todos os esforços possíveis para chamar a atenção de seus membros para o documento. Um dos resultados é que, atualmente, a Declaração Universal pode ser lida em 300 idiomas no portal da Organização das Nações Unidas: <<http://www.unhchr.ch/udhr/index.htm>>.

Como se viu, as diretrizes educacionais do Artigo 26 apontam três objetivos distintos. O uso dessa estrutura tripartite permite vislumbrar exemplos atuais da educação para os direitos humanos voltada para cada um dos três objetivos.

A educação para os direitos humanos hoje

No mundo todo, a educação envolve mais pessoas do que qualquer outra atividade institucionalizada, de acordo com Katarina Tomaševski, relatora especial da ONU sobre

11. Relatório Anual da relatora especial sobre Direito à Educação, Katarina Tomaševski, apresentado de acordo com a Resolução 2001/29 da Comissão de Direitos Humanos, parágrafo 46, E/CN.4/2002/60.

Direito à Educação. Em seu relatório de 2002 para a Comissão de Direitos Humanos ela afirmou que, embora o compromisso com a educação institucionalizada esteja presente no mundo inteiro, em todos os lugares ele se refere ao “*hardware*, em detrimento do *software*”.¹¹ Nesses termos, ela “lamenta o [...] desequilíbrio entre a estrutura institucional formal e os conteúdos escolares, de um lado, e a essência do ensino e do aprendizado orientado por valores, do outro. [...] esse desequilíbrio [se manifesta em] disputas ferrenhas e intermináveis sobre a orientação e o conteúdo do ensino”.

Embora há 50 anos esteja definida internacionalmente a obrigação de países, escolas e cada um de nós na promoção dos direitos humanos por meio da educação, é recente sua aceitação em ampla escala. Entre as diversas razões para isso, talvez nenhuma seja mais importante do que o fim da Guerra Fria, que tornou o anúncio da Década dos Direitos Humanos da ONU mais realista do que antes. Foi então que esse organismo passou a intervir nas “ferrenhas disputas” citadas por Tomaševski, ao requerer a inserção de conteúdos referentes aos direitos humanos na orientação da educação e no material utilizado nas salas de aula.

Em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, pediu que a ONU agisse para acelerar a promoção desses direitos. Um resultado importante foi a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas declarar o período de 1995 a 2004 como a Década Mundial para a Educação em matéria de Direitos Humanos, estabelecendo como objetivo “o pleno desenvolvimento da personalidade humana num espírito de paz, compreensão mútua e respeito pela democracia e pelas leis”. A resolução diz que esse ensino precisaria ser introduzido em todos os níveis da educação formal (sistema escolar convencional) e adotado na educação informal (chamada “educação popular”, como a promovida pelas organizações não-governamentais). A resolução também se refere a questões de metodologia, valorizando métodos de ensino interativos, participativos e culturalmente relevantes.¹²

12. Resolução 49/184 da Assembléia Geral da ONU.

Há diversos exemplos de programas que incorporam esses objetivos e métodos. Vale a pena associar os recentes programas de Educação para os Direitos Humanos a cada um dos objetivos

presentes no Artigo 26 da Declaração: (1) pleno desenvolvimento pessoal; (2) promoção da tolerância; e (3) progresso nos objetivos de paz da ONU. Os exemplos resumidos a seguir provêm tanto da educação formal quanto da informal, de diversos grupos que se ocupam de clientela especializada.

Eles foram escolhidos para ilustrar como os projetos de educação para os direitos humanos se tornaram abrangentes, a partir de sua concepção ainda recente. O “*software*” é muito diversificado. Assim, por exemplo, alguns projetos são de curto prazo e outros refletem compromissos educacionais de longo prazo. Alguns estão voltados para o esclarecimento de valores e o desenvolvimento cognitivo. Outros se concentram em habilidades analíticas e resolução de problemas, enquanto há aqueles voltados para mudanças de atitude e de comportamento. Alguns se inserem em programas de educação formal e outros, em programas de educação popular. Todos evidenciam um ou mais dos objetivos educacionais especificados no Artigo 26 da Declaração Universal.

Pleno desenvolvimento pessoal e respeito pelos direitos humanos

■ Educação popular sobre direitos da criança no Nepal

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembléia Geral da ONU em 1989 e em pouco tempo entrou em vigor como tratado internacional. Os Estados-membros têm a obrigação de divulgar amplamente seus princípios e determinações, tanto para adultos como para crianças, e devem enviar um relatório sobre essas atividades para o arquivo do Comitê para os Direitos da Criança – um grupo de dez especialistas. O Nepal é um dos 192 países que ratificaram o tratado (até 2004). Apesar das disputas civis que ocorrem nesse reino do Himalaia, as organizações não-governamentais locais revelaram engenhosidade ao divulgar suas decisões e se valer das obrigações atribuídas ao Estado como oportunidade para lançar um programa educacional de alcance nacional sobre os direitos da criança.

Em 1992, muitas ONGs nepalesas, juntamente com o

Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), organizaram um *workshop* sobre a Convenção sobre os Direitos da Criança em Katmandu, capital do Nepal. Esse *workshop* proporcionou uma oportunidade para transmitir informações aos elaboradores de políticas, motivar perguntas da imprensa e aprofundar o nível de consciência do público em geral em relação às questões da infância e aos deveres do Nepal, de acordo com a Convenção. O *workshop* foi repetido em cinco regiões administrativas do país e, por fim, em todos os 75 distritos provinciais. As crianças, vindas de diversas localidades, participaram também de um Seminário Nacional de ONGs, retornaram em seguida a suas comunidades para compartilhar o que tinham aprendido e voltaram mais uma vez à capital com amigos.

Esses esforços culminaram em um Seminário das Crianças, no qual se discutiu a situação das crianças e suas responsabilidades, assim como as respectivas obrigações dos pais, da comunidade, dos órgãos locais de governo e dos partidos políticos. Como resultado desse processo, a Comissão de Planejamento Nacional do governo – responsável por preparar o relatório do acordo nepalês, exigido pela Convenção sobre os Direitos da Criança – criou uma comissão mista, com participação das organizações não-governamentais. Dessa forma, o *workshop* nacional, promovido pelas ONGs, e o Seminário das Crianças, além de diversas declarações e planos de ação desenvolvidos no esteio de tais ações, constituíram a base da contribuição das organizações não-governamentais ao relatório nacional para a ONU. Se tal relatório foi importante, mais ainda foi o processo de educação nacional comandado pelas ONGs sobre o tema dos direitos da criança.

O objetivo das ONGs em relação à intensificação e ao esclarecimento de valores realizou-se em diversos níveis, à medida que o Nepal se preparava para assumir suas responsabilidades no âmbito da Convenção sobre os Direitos da Criança, com a incorporação dos direitos humanos e dos direitos da criança nos currículos da educação formal. A Convenção diz que essa educação deve estar orientada para “[...] desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial; [...] imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades

fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas”.

■ Os direitos das mulheres na Etiópia

Um projeto na Etiópia, iniciado por um grupo denominado Associação de Profissionais de Ação para o Povo, ressalta a importância da educação para o pleno desenvolvimento pessoal, com atenção específica para o respeito aos direitos humanos das mulheres.

Em 1995, os Profissionais de Ação buscavam um programa de ensino para promover os direitos das mulheres, levando em conta que a Etiópia havia ratificado a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [CEDAW, na sigla em inglês]. Documentei o trabalho do grupo, acompanhando a implantação de programas de direitos humanos com base na comunidade, inclusive o que se chama “Bringing CEDAW Home” [Como trazer o CEDAW para casa]. O planejamento do currículo foi meticuloso e o manual de treinamento resultante, *The Bells of Freedom*, está disponível na internet.¹³

O trabalho começa com o objetivo de promover a mudança de comportamento e a capacitação das mulheres por meio da educação informal baseada na comunidade, a fim de romper o antigo tormento da dominação de um gênero sobre o outro e eliminar a discriminação. Com métodos e linguagem simples, a CEDAW foi apresentada, artigo por artigo, com a explicação de que o governo havia prometido cumprir suas determinações. Depois, as pessoas foram convidadas a narrar experiências relacionadas a algum dispositivo específico da CEDAW, tal como o Artigo 5, pelo qual devem ser eliminadas as práticas habituais baseadas na idéia da inferioridade de um dos sexos.

O aspecto mais importante foi que, ao adotar uma abordagem com foco na resolução de problemas, as participantes elaboraram programas de ação e selecionaram, dentre as diversas propostas, um único plano de ação que todas estariam efetivamente dispostas a pôr em prática, inclusive o que era destinado especificamente a remover as barreiras ao pleno desenvolvimento da personalidade da mulher. Um resultado significativo foi, por exemplo, as

13. Action Professionals Association for the People (APAP), *The Bells of Freedom*. Adis-Abeba, 1996. Disponível em <<http://www.umn.edu/humanrts/education/belfry.pdf>>. Acesso em 9 jan. 2004.

mulheres concordarem em parar de usar a coerção – e até a força – para arranjar casamentos para suas filhas pré-adolescentes, mantendo-se fiéis ao Artigo 16 da Declaração Universal, que diz que todos têm o direito de escolher livremente um cônjuge.

Promoção da tolerância e da amizade internacional

■ **Experiência cambojana** sobre preconceito e discriminação

Na tentativa de evitar a duplicidade de esforços, as organizações não-governamentais do Camboja, tal como as de muitos países em desenvolvimento, encontraram meios de realizar seu trabalho dividindo entre si as tarefas. Algumas se especializaram em problemas de portadores de deficiência, outras cuidam de viúvas de guerra, e há as que tratam da violência doméstica. Em 1999, com o patrocínio da Asia Foundation, trabalhei com uma ONG cambojana muito criativa, especializada em programas educacionais rurais para minorias étnicas: a Associação dos Direitos Humanos do Khmer Kampuchea Krom [KKKHRA, na sigla em inglês]. A organização realiza avaliações das necessidades de grupos minoritários carentes e organiza sessões educativas para os cidadãos, incluindo aqueles expostos ao preconceito e à discriminação. Entre 1993 e 1999, os programas de educação popular dessa ONG beneficiaram 23.716 cambojanos.

No exemplo do trabalho da KKKHRA descrito a seguir, apresento um plano completo de curso, para ilustrar a organização adotada. Os seguidores de Paulo Freire reconhecerão a metodologia do brasileiro posta em prática. O curso padrão consta de cinco partes: (1) **apresentação geral**, que explica em termos históricos e sociais por que a experiência é importante; (2) **objetivos**, do ponto de vista dos participantes e das desejadas competências de aprendizado que se esperam deles; (3) **procedimentos**, em que são apresentados determinados indicadores ao monitor que irá trabalhar com os grupos – por exemplo, para que adote referências visuais para os participantes analfabetos, recorrendo ao desenho de “figuras adesivas”; (4) **materiais**, incluindo dispositivos específicos da Constituição do Reino

do Camboja, além de padrões internacionais de direitos humanos aplicáveis ao país; e (5) **seqüência**, na qual o monitor recebe orientações passo a passo.

1. Apresentação geral. Primeiro, o monitor precisa se familiarizar com as informações básicas que tenham importância no contexto histórico e demográfico do projeto e que sejam também úteis para a análise de problemas correlatos. Nesse caso, ele explica a importância de compreender o que é preconceito, discriminação, racismo, sexismo e etnocentrismo. Essas formas de exclusão moral são, em suma, manifestações do problema central da negação da dignidade humana, o que dá origem a diversos tipos de discriminação, principalmente contra as minorias. Entre os grupos discriminados estão as minorias étnicas e idiomáticas, refugiados e pessoas que não podem ser repatriadas, minorias religiosas e outros. As minorias étnicas do Camboja sofreram muito no início da década de 1970, no período que ficou conhecido como do “Pol Pot”. Antes de 1975, a nação tinha uma população de 7,2 milhões de habitantes; nos quatro anos seguintes, esse total caiu para algo em torno de 6 milhões (parte foi vítima de genocídio, outros se tornaram refugiados). No final da década de 1990, a população saltou para 10 milhões. Em termos étnicos, os khmers constituem o grupo dominante e existem minorias significativas de chineses e vietnamitas, assim como uma pequena percentagem de grupos tribais. O preconceito e a ignorância provocam a desumanização das minorias étnicas, o que, por sua vez, alimenta e dá sustentação a muitas formas de discriminação.

2. Objetivos. Os participantes devem:

- refletir sobre o significado e a natureza do preconceito;
- refletir sobre o processo e as características da discriminação e sobre suas raízes no preconceito;
- conseguir identificar os problemas de preconceito e discriminação dos grupos minoritários;
- recomendar um modo de ação para um problema de discriminação enfrentado pelos membros de uma minoria étnica, com base nos padrões nacionais e internacionais de direitos humanos.

- 3. Procedimentos.** O monitor precisa ser criativo para explicar a diferença entre preconceito e discriminação e para verificar se os participantes compreenderam as conexões envolvidas. Pode ser um assunto delicado para algumas pessoas e, por isso, é importante dar tempo para expressarem os diversos pontos de vista. Não convém tentar “corrigir” concepções que pareçam preconceituosas, mas admitir comentários do grupo. Os passos 5 e 8 são um pouco complexos, por isso o monitor precisa circular entre os diversos grupos, a fim de verificar se entenderam suas tarefas.
- 4. Materiais.** Artigos 26 e 27 da Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos [ICCPR, na sigla em inglês]; Artigos 31 e 45 da Constituição do Camboja, que dispõem sobre discriminação.

5. Seqüência

Passo 1. Pedir para os participantes citarem as diferentes minorias étnicas do Camboja. Dizer que devem identificar um grupo com o qual estejam familiarizados e explicar se esse grupo sofre preconceitos.

Passo 2. Contribuição do monitor: explicar que preconceito e discriminação são muito semelhantes, e que o preconceito leva à discriminação. Dar uma breve palestra com a seguinte linha de apresentação:

O **preconceito** envolve crenças, sentimentos e posturas [dar ênfase]. O preconceito nasce da crença, e da atitude, de que determinadas pessoas são inferiores e devem ser tratadas de modo indigno, ou mesmo com desprezo. O preconceito é um solo fértil no qual determinados costumes, hábitos e posturas se enraízam e evoluem para a opressão sistemática. Em geral, o preconceito e a animosidade são dirigidos às mulheres e também a outros grupos da sociedade: refugiados e pessoas deslocadas, grupos religiosos, grupos étnicos, idiomáticos etc. O preconceito tende a ser maior em pessoas e sociedades nas quais a avaliação racional é frágil; a ignorância explica os processos preconceituosos de exclusão moral dos outros e o processo de negação do

direito a um tratamento imparcial e justo. É por ignorância que se afirma que a exclusão e a negação são “naturais”. Muitas vezes, o preconceito permanece velado, mas torna-se evidente quando as pessoas (1) usam xingamentos ao se referir a uma minoria, como “*juan*”, uma referência pejorativa e maldosa aos cambojanos de origem vietnamita, e (2) empregam estereótipos, como: “Ah, o grupo X! Todos eles são preguiçosos e burros!”.

A **discriminação** implica ação [dar ênfase], quase sempre baseada em regras injustas. Os atos de discriminação estão fundamentados no preconceito de que um grupo, ao se considerar melhor do que outros, se sente no direito de negar a estes determinados direitos humanos básicos e o acesso a certos benefícios sociais. Portanto, a discriminação é a negação da dignidade humana e da igualdade de direitos. Tais ações negam a igualdade humana e impõem uma vida de problemas e lutas para alguns, enquanto conferem privilégios e benefícios a outros. Assim como o preconceito facilita a discriminação, a própria discriminação dá lugar à exploração e à opressão. Quando a exploração e a opressão são reforçadas pelos costumes e pela tradição, fica difícil, mas não impossível, extirpá-las ou modificá-las. No contexto khmer, as minorias étnicas sofrem preconceito e discriminação; além disso, a subserviência das mulheres pressupõe tanto a exploração como a opressão.

Perguntar aos participantes se eles compreendem essas diferenças e idéias, e insistir para que levantem questões.

Passo 3. Mostrar aos participantes quatro figuras, com um balão acima das respectivas cabeças, olhando para outra figura, identificada como membro de uma minoria étnica. Citar a condição de minoria étnica dessa pessoa – por exemplo: indivíduo de etnia vietnamita. Pedir aos participantes para discutirem, em grupos pequenos, como preencher os balões com um xingamento destinado a reforçar a noção de que o indivíduo de uma minoria é inferior, ou nada humano, e outros balões com estereótipos (todos agressi-

vos, cruéis etc.). Incentivar a discussão sobre esses xingamentos e estereótipos como reflexo da ignorância e da falta de compreensão. Explicar que todos esses itens indicam preconceito, e que este, como um veneno, leva a resultados socialmente prejudiciais em termos de discriminação.

Passo 4. Desenhar uma seta saindo de cada figura para o membro de uma minoria, dizendo que a seta mostra uma ação que implica discriminação, como atos de negação e exclusão – por exemplo, a exclusão de uma criança de etnia vietnamita de um evento social da comunidade ou da escola local.

Passo 5. Dividir os participantes em grupos pequenos e propor a cada um que lide com uma minoria étnica diferente. Os grupos devem eleger: (1) um relator, que informará sobre problemas de **preconceito** e atitudes que as pessoas têm em relação à categoria de indivíduos focalizada, incluindo xingamentos e estereótipos; e (2) um relator que informará sobre problemas de **discriminação** ou atos de exclusão, exploração e opressão dirigidos contra essa categoria de pessoas. Os dois relatores apresentarão a discussão e as conclusões do grupo em sessões plenárias. Estimular os participantes a pedir ao “relator dos preconceitos” que explique como o preconceito leva à discriminação. E incentivar os participantes a pedir ao “relator da discriminação” que conte como o preconceito é a base da discriminação e por que isso é prejudicial à comunidade.

Passo 6. Contribuição do monitor: Dizer aos participantes que, quando as minorias são prejudicadas pela discriminação, consideradas inferiores ou tratadas com pouca ou nenhuma tolerância, uma grave violação dos direitos humanos está sendo cometida. Os direitos humanos exigem que as minorias sejam tratadas com respeito e dignidade. Qualquer forma de discriminação ou intolerância viola o respeito e a dignidade do ser humano. Portanto, qualquer forma de discriminação deve ser levada a sério. Perguntar aos participantes se eles compreenderam.

Passo 7. Dizer que os caminhos para buscar justiça, quando os direitos das minorias são violados, incluem:

- dar queixa em um tribunal que possa tomar alguma atitude;
- informar à polícia e pedir que ela tome uma atitude;
- informar a uma organização de defesa que possa oferecer assistência legal;
- comunicar a uma ONG de direitos humanos que possa investigar e relatar o incidente;
- informar à mídia: jornais, rádio, televisão;
- informar a um representante da Assembléia Nacional da província;
- pedir ao líder comunitário para investigar e agir de acordo com a declaração;
- dar uma aula para a comunidade, patrocinada por uma ONG voltada para o ensino dos direitos humanos.

Passo 8. Pedir aos participantes que se reúnam novamente em grupos, imaginando que são membros de uma minoria e, como tal, decidam quais ações corretivas poderiam recomendar, dentre as orientações apresentadas nos passos anteriores; eles devem adicionar a essa recomendação as determinações da ICCPR e da Constituição do Reino do Camboja que se aplicarem ao caso. Por fim, os grupos devem relatar as respectivas recomendações.

Essa experiência se insere no contexto de um programa completo de cursos de educação popular sobre direitos humanos.¹⁴

■ Programa de educação árabe-israelense

Em 2003, o Conselho da Europa reuniu educadores da Irlanda do Norte, da Palestina e de Israel para comparar técnicas empregadas em programas educacionais de incentivo à tolerância.

Os participantes palestinos e israelenses dedicados à elaboração de livros escolares ficaram sabendo como as autoridades ligadas à educação na Irlanda do Norte tentavam superar os problemas do ensino numa sociedade dividida. Mikhail Margelov (da Rússia), relator do Conselho sobre a

14. Uma variação desse "exercício de preconceito" pode ser encontrada, em formato mais generalizado, em Claude, 2003, na Atividade 15.

Situação no Oriente Médio, parabenizou o “espírito de tolerância” que prevaleceu durante as reuniões dedicadas à supressão, nos livros escolares, da linguagem que insufla e incita o ódio. Os participantes ouviram exemplos de linguagem provocativa utilizada nos atuais livros didáticos palestinos e israelenses, e concordaram em realizar modificações para favorecer a tolerância. Considerando o fato de que a maioria das interações hostis, dos atos de violência e de destruição, em Israel e na Palestina, é realizada e sofrida por jovens, quase sempre incitados por adultos, o relator afirmou: “O que me deixa otimista é o nível de autocrítica e de cooperação que ficou explicitado”.

Por sua vez, os educadores árabes e israelenses foram capazes de compartilhar um exemplo positivo de programa educativo voltado para a promoção de grupos interativos de entendimento entre jovens das escolas de nível médio, em Israel. “As regras do jogo” consistem no que seus elaboradores denominam um currículo “de baixo para cima”. Essa expressão chama a atenção para o fato de que, desde o início, o projeto foi desenvolvido com a total participação de um número igual de professores do ensino médio árabes e judeus.

O objetivo do grupo de 20 educadores era cooperar no desenvolvimento de um currículo que promovesse a compreensão dos direitos humanos e dos princípios democráticos, incluindo tanto o governo de maioria como os direitos das minorias. A fase de planejamento dos professores se prolongou por um ano de debates e discussões, com *workshops* intensivos que utilizavam material da Al-Haq e da B’Tselem, organizações não-governamentais de direitos humanos árabe e israelense, respectivamente.

O projeto de aprendizagem participativa, feito pelos professores, pressupunha a construção e o reforço de atitudes de tolerância, respeito mútuo e liberdade individual. Com esse propósito, o currículo enfatizava uma abordagem cognitiva, para levar os estudantes a diferenciar entre descobertas empíricas e julgamentos de valor, entre indícios comprovados e boatos, e entre um argumento lógico e um argumento emocional. Os professores manifestaram a esperança de que “[...] um currículo ‘elementar’, apresentado pelos próprios professores que o desenvolveram, poderia assegurar a boa vontade e a cooperação fundamentalmente necessárias para a

superação de atitudes negativas e de resistência às mudanças” (Felsenthal & Israelit, 1991, p. 95).

No exemplo israelense, os professores dos dois lados do conflito atuaram de forma cooperativa para planejar um programa que promovesse os valores inerentes ao processo de colaboração: resolução de conflitos, tolerância quanto aos pontos de vista divergentes e respeito mútuo pelos direitos humanos.

Outras atividades da ONU para a manutenção da paz

■ Manual para a construção da paz

Em 2003, estudiosos do Centro para o Estudo dos Direitos Humanos [CSHR, na sigla em inglês] da Universidade de Colúmbia publicaram um manual de planejamento e avaliação minucioso e altamente especializado, patrocinado pelo Instituto da Paz dos Estados Unidos. *Human Rights Education for Peace Building* é um projeto de pesquisa de diversos autores, que reflete os muitos anos de discussões e trabalhos de campo realizados por J. Paul Martin, Tania Bernath, Tracey Holland e Loren Miller. Eles reuniram materiais educativos e fizeram entrevistas em áreas que haviam passado por conflitos, como El Salvador, Guatemala, México, Libéria e Serra Leoa, e onde a comunidade internacional buscava restaurar a paz. O resultado foi um manual repleto de lições extraídas dessas zonas de conflito e apresentadas para auxiliar futuros planejadores, administradores e professores a implementar a Educação para os Direitos Humanos em áreas oprimidas pela violência, alvo dos programas de construção da paz.

Martin e seus colegas fornecem aos praticantes dos direitos humanos um guia detalhado para, em condições adversas, conceber, planejar e executar programas de educação para os direitos humanos, com todos os componentes cognitivos, atitudinais, comportamentais e instrumentais. O manual para a construção da paz inclui uma rica mistura de conhecimento teórico e formulações práticas para ajudar na reconstrução e na transição para a paz, com componentes educacionais. Nesses ambientes conturbados, a contribuição dos direitos humanos reside na perspectiva de uma vida sem violência oferecida a pessoas dominadas pela impotência. São defendidos os projetos

educacionais de longo prazo que dêem uma alternativa conceitual à violência, como meio para a ação social.

Com forte orientação analítica, o livro revela que determinados objetivos da Educação para os Direitos Humanos podem ser adequados a um nível de construção da paz, mas não a outros. O modelo contempla as transições entre os diversos estágios da passagem do conflito para a paz, com variações nos objetivos – adequando-os a cada etapa, tendo em vista os direitos humanos. Há uma primeira etapa, anterior à paz e outra imediatamente após seu estabelecimento; depois, há a negociação e passa-se então à etapa de reconstrução. Por exemplo: os objetivos educacionais da etapa anterior à paz são reativos, a ênfase recai no monitoramento e no registro das violações para possíveis processos legais. À medida que as atividades de reconstrução vão se desenvolvendo, os programas se tornam proativos e procuram se antecipar, concentrando-se em expandir as noções de direitos humanos para além das queixas legais e das normas para a vida do dia-a-dia, inclusive a não-discriminação, a empatia e o respeito pela dignidade humana de todas as pessoas.

Em resposta à pergunta “Em que a Educação para os Direitos Humanos se diferencia de outras atividades de construção da paz?”, os co-autores do CSHR afirmam:

No olho do furacão, onde tudo parece negociável e, por isso, tudo se sujeita à sanção dos mais poderosos, a Educação para os Direitos Humanos pode oferecer tanto uma estrutura como modelos. Introduce uma alternativa para prevenir os abusos aos direitos humanos, recorrendo a um conjunto de leis ou códigos definido pela comunidade internacional, longe do calor da crise. Foi exatamente essa a motivação dos Estados, após os horrores de uma guerra mundial, ao aprovar em 1948 a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

■ Educação para os direitos humanos nas Filipinas: militares e policiais

Apesar da origem brasileira da pedagogia de Paulo Freire, em alguns aspectos a Ásia compartilha o crédito de berço da educação para os direitos humanos, pois tais programas tiveram início nas Filipinas, em escala nacional, por exigência de sua Constituição de 1987 – uma Carta Magna elaborada por pessoas

que haviam sofrido sob o tirânico regime anterior, comandado por Ferdinand Marcos. A nova Constituição representou uma forte resposta àquele momento histórico. Com a educação para os direitos humanos, seus criadores buscaram, explicitamente, mudar o ambiente político e os valores, as atitudes e os comportamentos dos cidadãos em geral e das corporações encarregadas da segurança pública em particular. Eles pretendiam que a educação e o ensino de direitos humanos tivessem um duplo impacto, preventivo e remediador. A capacitação das pessoas poderia evitar o aparecimento de problemas, graças ao respeito pelos direitos dos outros e, igualmente, serviria para alertar as autoridades para o fato de que a população estava informada a respeito das possibilidades de reparação.

As organizações não-governamentais das Filipinas valem-se do princípio constitucional para criar seus próprios programas de desenvolvimento comunitário e suas redes de auto-ajuda prática para mulheres e crianças, agricultores, portadores de deficiências, favelados etc. Programas desse tipo correm menos risco de provocar a oposição das elites quando estão vinculados ao ensino dos direitos humanos, pois todos conhecem a referência constitucional para eles. Além disso, as ONGs filipinas descobriram que seus programas tinham mais probabilidade de influir sobre os valores se os direitos humanos estivessem vinculados às melhorias concretas da comunidade, em resposta às necessidades manifestadas.

A partir de 1987, quando a nova Constituição determinou o ensino dos direitos humanos, o treinamento de policiais, militares e professores foi implementado, com graus variados de sucesso. No início, pela falta de modelos bem planejados, os esforços para aplicar a Educação para os Direitos Humanos aos serviços de segurança foram hesitantes e incertos (ver Claude, 1996). Assim, por exemplo, em um período de três anos houve sete tentativas de golpe de Estado contra o novo governo – até que uma Comissão do Senado filipino se concentrou na necessidade de uma disciplina mais forte, suplementada por uma educação mais vigorosa. Essa Comissão concluiu (apud Claude, 1996, p. 73):

É necessário um programa educacional mais eficaz para os militares e o pessoal do governo, para que consigam desenvolver uma compreensão maior de seus deveres e de suas responsabilidades

na proteção e no incentivo aos direitos humanos, de acordo com a Constituição, as leis, as normas e padrões de direitos humanos internacionalmente aceitos.

A necessidade do restabelecimento da paz doméstica foi uma reprimenda à Comissão Nacional de Direitos Humanos, constitucionalmente responsável pelo ensino dos direitos humanos aos militares e policiais.

Depois do fracasso de diversas tentativas de implementar a Educação para os Direitos Humanos, e em resposta à crítica do Senado, foram feitos novos esforços para conseguir que os militares aceitassem o ensino efetivo dos direitos humanos, sob a liderança de Amâncio S. Donato, diretor educacional da Comissão de Direitos Humanos. Ao conversarmos em Manila, Donato, doutor em filosofia, contou-me que suas idéias sobre a melhor maneira de apresentar a educação para os direitos humanos a policiais e militares fora parcialmente influenciada pelo texto “Human Needs and Human Rights”, de Johan Galtung e Anders Helge Wirak.¹⁵ No novo programa, que Donato planejou com o auxílio de cientistas sociais e professores de direito, milhares de policiais e oficiais militares começaram a freqüentar cursos de oito dias de “conscientização” sobre direitos humanos, legislação constitucional e leis humanitárias. A força desse programa decorreu da determinação, expressa em decreto presidencial, de que as promoções e os aumentos salariais somente seriam autorizados aos oficiais que conseguissem aprovação no curso obrigatório sobre direitos humanos e leis humanitárias internacionais.

A Comissão de Direitos Humanos teve de enfrentar o desafio de garantir a aceitação do programa dentro das fileiras militares, entre as quais muitos desprezavam os oficiais escolhidos para a Comissão. Diante da predominância de tais posturas, o desafio educacional consistia em elaborar um modelo que adicionasse a mudança de atitude e de comportamento ao desenvolvimento das habilidades cognitivas. Como tema afim, a Comissão precisava lidar com a delicada questão da “legitimidade” do programa. A aceitação pelo corpo de oficiais continuava problemática, pois eles não haviam participado de sua elaboração e tinham pouca afinidade com suas determinações. Em resposta, a Comissão propôs várias maneiras de intensificar o apoio ao ensino de direitos humanos pelos militares e pelos policiais. O doutor Donato resumiu

15. Galtung & Wirak, “Human Needs and Human Rights — A Theoretical Approach”. *Bulletin of Peace Proposals* 8, pp. 251-258, 1977.

para mim, em linguagem coloquial, os métodos adotados para ensinar direitos humanos aos militares, reduzindo as instruções de planejamento a uma série de máximas:

Adote termos populares: utilize linguagem coloquial e evite o “juridiquês”, dando ênfase à cultura filipina e ao contexto comunitário, de modo a garantir uma compreensão empática.

Deixe os participantes se sentirem donos da situação: estimule-os a criar seu próprio projeto de um código de ética profissional, depois que uma profunda compreensão emergir da discussão dos direitos humanos e das leis e normas humanitárias.

Faça tudo parecer pessoal: com criatividade, ressalte o fato de que o respeito aos direitos humanos é coerente com as necessidades humanas dos próprios indivíduos em treinamento (interesses familiares, educação dos filhos etc.), vinculadas ao respeito às necessidades humanas dos outros.

Torne tudo compensador: mostre que o sucesso do programa coincide com os interesses de cada oficial; destaque os incentivos (promoções e aumentos salariais) mais do que as sanções (ameaças de investigações, punição e humilhações).

Em 1995, ao reconhecer a importância de avaliar o programa Educação para os Direitos Humanos em relação ao treinamento de militares e policiais, a Academia de Desenvolvimento, vinculada à Universidade das Filipinas, propôs uma avaliação desse treinamento em dois níveis. Primeiro, no nível individual, uma pesquisa sobre atitudes e habilidades ajudou a observar mudanças de atitude e de comportamento dos treinandos. Segundo, uma pesquisa no nível da comunidade investigou a incidência de aumento ou diminuição das violações aos direitos humanos entre aqueles que passaram pelo programa. Os profissionais responsáveis pelo processo reconheceram a importância da avaliação crítica para garantir a adaptação dos programas em um prazo longo às mudanças nas circunstâncias, bem como o alcance dos objetivos que haviam sido propostos.

Recursos e apoios globais na Educação para os Direitos Humanos

Sob muitos aspectos, a Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos (1995-2004) foi um sucesso. No seu encerramento, programas de Educação para os Direitos Humanos podiam ser encontrados na maioria dos países, em todo o mundo, fortalecidos e facilitados por diversos reforços. Muitos foram:

- facilitados pelo apoio e pela assistência técnica da ONU e de órgãos regionais;
- financiados por agências internacionais;
- transformados em programas de longo prazo, com a ajuda de certificações universitárias e treinamento de professores;
- complementados por projetos de educação popular conduzidos por ONGs que atendem grupos específicos, tais como mulheres e crianças, portadores de deficiências, pessoas carentes da área rural e as que não são atendidas pelos sistemas escolares formais.

Uma das estruturas de apoio de nível internacional é a Divisão de Direitos Humanos, Democracia, Paz e Tolerância, da UNESCO, que fornece estratégias para o ensino de direitos humanos em nível regional e internacional. Também da ONU, o “UN Cyber School Bus” – <<http://www.un.org/Pubs/CyberSchoolBus/humanrights>> – é um atraente portal da internet que facilita a combinação de atividades de sala de aula com informações e materiais sobre direitos humanos. O portal inclui uma versão interativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma versão em linguagem simples desse documento, perguntas e respostas, definições da terminologia dos direitos humanos adequadas aos alunos do ensino elementar e médio, e um engenhoso *Global Atlas of Student Activities*.

O apoio regional ao ensino dos direitos humanos fica evidente nas ações da União Européia, do Centro Asiático de Recursos Regionais, do *Workshop* Anual Africano sobre Ensino de Direitos Humanos, e de publicações e programas instrucionais do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. As agências financiadoras nacionais e internacionais

têm estimulado a adoção de programas de Educação para os Direitos Humanos. Entre as principais fontes de apoio financeiro estão a Fundação Europeia dos Direitos Humanos, a Fundação Canadense dos Direitos Humanos e a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional, além de diversas fundações particulares, como a Fundação Ford, a Redd Barna, da Noruega, a Fundação Fredrick Neuman (Alemanha), o Ministério do Exterior Holandês, e a Fundação da Ásia, entre muitas outras.¹⁶

Um novo passo no âmbito das instituições financeiras internacionais foi dado quando o Banco de Desenvolvimento da Ásia, embora tivesse pouca tradição em iniciativas progressistas, constatou que os sistemas legais da região, no início do século 21, estavam “infestados pela corrupção e por interesses destinados a manter o *statu quo*”. O banco concluiu que seus projetos de financiamento do desenvolvimento poderiam se beneficiar da inclusão de programas de “treinamento para a alfabetização jurídica”, expressão menos controversa para os governos asiáticos do que “educação popular sobre direitos humanos”. Vinculado aos projetos de desenvolvimento, o “treinamento para a alfabetização jurídica” deveria, de acordo com o banco, fortalecer governos fundamentados no “conhecimento dos direitos pelos cidadãos, exigências quanto à responsabilidade e participação na tomada de decisões”, a fim de promover a “receptividade do sistema jurídico às necessidades dos desprotegidos”.¹⁷

Diversos *sites* da internet apóiam os programas de Educação para os Direitos Humanos, sendo úteis para professores e organizações não-governamentais que estejam iniciando projetos educacionais. Alguns exemplos sugerem o alcance e a diversidade de tais fontes. “All Different, All Equal” é um projeto do Conselho da Europa que inclui um currículo para fomentar a educação intercultural. A Anistia Internacional Americana dá apoio a um *site* de Ensino dos Direitos Humanos, enviando por e-mail um boletim mensal destinado a educadores interessados. No Serviço Internacional da BBC, o programa “I Have a Right to...” apresenta estudos de caso usados para dar aulas a respeito da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Há também material de grande importância sobre o assunto em *sites* como: “Human Rights Internet”; “Human Rights Education Associates”;

16. As agências financiadoras que apóiam o ensino dos direitos humanos estão relacionadas em Frank Elbert (ed.), *Human Rights Education Resource Book*. Cambridge/Amsterdam: Human Rights Education Associates, 2000.

17. Asian Development Bank, “Legal Literacy for Supporting Governance”. Manila: Regional Technical Assistance Study RETA 5856, 1999.

“The People’s Movement for Human Rights Education”; “Partners in Human Rights Education”; entre outros.

Conclusão

Nos dias de hoje, muitos observadores, ativistas e educadores percebem o início de um movimento internacional em apoio ao ensino dos direitos humanos. Tais iniciativas tornaram-se mais viáveis graças aos recursos da ONU disponíveis mundialmente, além de uma rede internacional de cooperação de grupos públicos e privados, em rápida expansão. O ponto de vista compartilhado pelos envolvidos focaliza a construção de uma “cultura universal de direitos humanos”, não mais uma utopia fantasiosa, e sim um desafio atual para um mundo globalizado, que precisa compartilhar valores positivos. Estamos diante da obrigação, em nível internacional, nacional, local e pessoal, de adotar programas eficazes de ensino de direitos humanos e empregar metodologias que possam garantir que a tarefa seja bem feita, de forma consistente com os objetivos de paz mundial e respeito aos direitos humanos por toda parte.

Para reforçar nossas responsabilidades de apoiar a educação para os direitos humanos, vale refletir sobre um tocante comentário de Eleanor Roosevelt. Como se estivesse falando agora conosco, ela disse, em 1948:

Vai demorar um bom tempo até que a história faça seu julgamento sobre o valor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e esse julgamento dependerá, penso eu, do que os povos de diferentes nações farão para tornar esse documento conhecido por todos. Se o conhecerem muito bem, irão se esforçar para conquistar alguns dos direitos e liberdades anunciados nele, e esse esforço irá torná-lo valioso no sentido de deixar claro o significado do documento, no que se refere aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CLAUDE, Richard Pierre. "Civil-Military/Police Relations". In: *Educating for Human Rights: The Philippines and Beyond*, pp. 71-101. Manila/Honolulu: Universidade das Filipinas – Universidade do Haváí, 1996.

_____. *Educación Popular en Derechos Humanos: 24 guías de actividades participativas para maestros y facilitadores*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.

FELSENTHAL, Ilana & RUBINSTEIN, Israelit. "Democracy, School, and Curriculum Reform: The 'Rules of the Game' in Israel". In: Roberta S. SIGEL & Marilyn HOSKIN (eds.), *Education for Democratic Citizenship: A Challenge for Multi-Ethnic Societies*, pp. 87-102. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1991.

FREIRE, Paulo. *Pedagogy of the Oppressed*. Nova York: Seabury Press, 1973.

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, Brasil.

RESUMO

A partir das declarações de dois juristas, o texto desvenda o que leva pessoas cultas e formadas em direito a reprovar a concessão de iguais direitos aos homossexuais. Reflete, ainda, sobre a falta de discussão moral e jurídica a respeito desse estigma social no Brasil, de modo geral, e particularmente entre os juristas que, por um lado, são levados a uma compreensão irracionalista ou tradicionalista (outra forma de irracionalismo) dos fundamentos da vida moral, e a adotar argumentos ignorantes e errados do ponto de vista da filosofia e da ciência contemporâneas; por outro lado, impede que os danos físicos e psicológicos causados às crianças e aos jovens homossexuais sejam percebidos como uma forma de violência, estimulada por um ordenamento jurídico que abriga preconceitos religiosos específicos. A partir desses dois eixos, o artigo procura mostrar como o direito pode exigir o fim das discriminações sociais de gays e lésbicas. [Original em português.]

O DIREITO AO RECONHECIMENTO PARA GAYS E LÉSBICAS

José Reinaldo de Lima Lopes

*Os homossexuais são uma raça maldita, perseguida como Israel.
E finalmente, como Israel, sob o opróbrio de um ódio imerecido
por parte das massas, adquiriram características de massa,
a fisionomia de uma nação [...]
São em cada país uma colônia estrangeira.*

Marcel Proust



“O Brasil não está preparado para a união civil. É desnecessária e contraria as bases culturais e religiosas do país.” É assim que o juiz de direito Marcos Augusto Barbosa dos Reis se manifesta, em entrevista concedida à revista *Trip* (n. 95, nov. 2001), a respeito da união entre pessoas do mesmo sexo. “Nem o direito natural e nem a legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras prevêm a união homossexual. [...] Essas decisões isoladas jamais significarão que dois, ou duas pessoas, possam encontrar a felicidade e a proteção do direito a partir de uma conduta que é um desvio da natureza das coisas.” E este é o teor da declaração dada pelo advogado Jaques de Camargo Pentead, no jornal *Tribuna do Direito* (n. 82, fev. 2002). Tais declarações contemporâneas mostram o quanto a discussão jurídica brasileira está contaminada por equívocos e por falta de entendimento adequado do que são o direito, a democracia e a moral. As duas declarações confundem coisas que em sociedades liberais, democráticas e modernas (ou pelo menos pós-tradicionais) já não se poderiam confundir.

Em primeiro lugar, confundem a ordem jurídica com a ordem aceitável para a maioria, o que deixa de lado o aspecto fundamental da democracia: a proteção aos direitos das

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 94.

minorias. Em segundo lugar, confundem o direito com uma ordem moral tradicional: dizer que algo não é aceitável porque vai contra a índole tradicional de um grupo é ignorar o caráter prescritivo e contrafático de qualquer ordem normativa. Em terceiro lugar, confundem religião e Estado: a ordem jurídica de um Estado democrático não se funda em razões religiosas de nenhum dos grupos que compõem a cidadania daquele Estado. Em quarto lugar, apelam para conceitos de direito natural e de natureza no mínimo equívocos. Como deveriam saber os juristas, o direito natural não é um conjunto de comandos ou ordens, mas uma condição de possível organização social da vida. E a natureza, por seu lado, o que é? É o conjunto de necessidades e regularidades cósmicas? Bem, nesse caso, andar de avião e fazer transfusões de sangue são coisas contra a natureza. É um conjunto fixo de funções e finalidades? Então, é o caso de “subjativizar” a natureza e dizer que ela “quer” algo, o que a rigor ninguém admitiria, a não ser de forma metafórica. Mas o uso metafórico das palavras não produz argumentos convincentes.

Mesmo assim, o fato de juristas se expressarem publicamente com essa naturalidade mostra o quanto é preciso ainda discutir e como se colocam, com ares de seriedade, afirmações que apenas reproduzem o senso comum ou a moral pré-crítica. É uma surpresa decepcionante ver um jurista escudar-se na resposta “a sociedade não está preparada”. Para muita coisa a sociedade não está preparada: não está preparada para abolir a tortura e para repartir a riqueza. Mas não esperamos que ela esteja preparada para condenar a tortura e criar impostos e contribuições sociais. É também decepcionante ouvir alguém dizer que a natureza é prescritiva: operações cirúrgicas, casamentos de pessoas sem capacidade reprodutiva e outros fatos semelhantes nos permitiriam dizer que são coisas proscritas pelo “direito natural”.

Dois argumentos a favor de uma moral crítica para o direito

No início dos anos 60, quando no Reino Unido se discutiu o fim da criminalização dos atos homossexuais consensuais entre adultos, travou-se um importante debate, que deveria ser exemplar para todos os estudantes de direito. O debate deu-se

entre Lord Devlin, membro da mais alta instância judicial do reino (seção de justiça da Câmara dos Lordes – os *Law Lords*) e um dos grandes juristas do século passado, Herbert L. Hart. Mais tarde, o mesmo tema foi abordado por Ronald Dworkin, outro jurista de primeira grandeza, ainda vivo. O debate mostra como, para tratar de questões de dignidade humana e de direitos fundamentais, é preciso ter uma formação moral mínima. É preciso, em resumo, apartar-se do ceticismo relativista, que considera questões morais como se fossem questões de paladar; e apartar-se do puro e simples tradicionalismo, que aborda questões morais apenas como um problema de costumes, que deveriam ser reconhecidos e preservados.

Àquela altura, a Comissão Wolfenden, criada no Reino Unido, concluiu que os atos homossexuais consensuais entre adultos deveriam ser descriminalizados. Parte da opinião pública britânica sentiu-se contrariada, pois isso significava fazer uma escolha de caráter moral, tirar de tais práticas o caráter de algo sujeito a pena, apartá-las da idéia de pecado. Lord Devlin entrou no debate dizendo que é sim função do direito, especialmente do direito penal de um país, determinar ou escolher uma moral, e que esta é ou deve ser a moral da maioria. Dizia ele (Devlin, 1991, p. 74): “A sociedade não é mantida por laços físicos, mas por laços invisíveis de pensamento comum. Se esses laços se afrouxarem, os membros irão à deriva”.

Para esse autor, religião e moral não podem ser separadas de modo completo e os padrões morais aceitos no Ocidente em geral são os padrões cristãos (p. 69). Assim, alguém que vive em uma sociedade cristã não pode ser obrigado a se converter ao cristianismo, mas está obrigado a aderir à moralidade cristã, que é a moralidade social de seu meio. E uma moral comum é tão necessária quanto um governo; por isso, se é legítimo o governo punir atividades subversivas – como formas de traição – é legítimo o Estado punir também os vícios (sic, p. 77). Ele reconhece como natural que a punição jurídica não seja simplesmente a continuação da pena religiosa ou moral; assim, o Estado pode punir certas condutas não por serem pecado, em si, mas por atentarem contra a ordem – a moral em geral aceita. Finalmente, Lord Devlin diz que não se trata de tomar como padrão de julgamento moral apenas a opinião da maioria. Afinal de contas, ele vem da terra de John Stuart Mill, terra que conheceu um intenso debate sobre a liberdade individual.

J. S. Mill, há quase duzentos anos, chamava a atenção para o perigo de a democracia suprimir as liberdades individuais (a liberdade moral dos indivíduos) em nome do processo representativo das maiorias. Dizia ele: “atualmente, a tirania da maioria é normalmente incluída nos males contra os quais a sociedade precisa ser protegida”. E mais: a “maioria pode ser uma parte que deseja oprimir outra parte”. Por isso, concluía Mill, a única liberdade que merece o nome de liberdade é a de buscarmos nosso próprio bem, à nossa própria maneira, desde que não impeçamos ninguém de fazer o mesmo (Mill, 1974, p. 138). Devlin, ao contrário, diz que o critério é o do “homem comum”, da pessoa honesta (*right-minded*): a imoralidade é, pois, o que a pessoa honesta considera imoral. Logo, não é a moral da maioria, mas a moral do homem comum que deve inspirar o legislador. No caso dos homossexuais, a questão se resolve com simplicidade: tanto a maioria quanto o imaginado “homem comum” condenam as pessoas e as práticas homossexuais.

Como se vê, o argumento de Devlin se baseia na idéia de que a sociedade é frágil e que os indivíduos não são capazes de se desenvolver autonomamente. O desenvolvimento autônomo cria o risco do esfacelamento social. De outro lado, ele não crê em uma moral crítica ou racional. Como grande parte de nossos contemporâneos, acha que a moral é uma questão de tradição, costume, regularidade e conveniência. Assim, não se pode, no debate moral, procurar uma perspectiva crítica – que é sempre universal – mas apenas uma perspectiva conveniente e prática, a do homem comum.

Contra esse argumento levantou-se, em primeiro lugar, Herbert Hart. Sob o título de “Imoralidade e traição”, um primeiro e breve texto polêmico, ele argumenta que Devlin tenta mostrar a imoralidade como resultado de uma atividade intelectual que combina nojo, intolerância e indignação: se certos fatos e atitudes despertarem tais sentimentos no homem comum estaremos certamente diante de algo imoral, que deve ser punido pelo direito. Nesses termos, conclui Hart, a moral proposta por Devlin é acrítica, não se baseia em uma discussão racional dos fundamentos da escolha moral, mas na impressão e nos sentimentos. Também ressalta o equívoco da comparação feita por Devlin com o caso de traição: nem toda atividade contra o governo é traição, pois pode não buscar destruí-lo e

sim apenas modificá-lo. O risco de decisões equivocadas das maiorias – e de seus representantes –, diz Hart, é um risco inerente ao governo representativo democrático. Mas não deve ser ampliado, alçando o “homem comum” a uma posição tal em que baste ele manifestar repulsa ou nojo para que adequemos as leis a esse sentimento, sem fazer críticas teóricas a suas exigências.

Em um ensaio mais amplo (1963), Hart desenvolveu sua resposta concluindo que o princípio (crítico) central da discussão moral é que a miséria, o sofrimento humano e a restrição à liberdade são maus. Assim, o direito de uma sociedade livre e democrática começa a se fundamentar nesse critério, ou seja, na diminuição da miséria, do sofrimento e das restrições à liberdade. A preservação da ordem e da sociedade, bem como a manutenção de uma moralidade comum, não podem ser avaliadas em si mesmas, mas sim submetidas ao princípio de uma moral crítica.

Na mesma linha de raciocínio há o ensaio de Ronald Dworkin (1977, pp. 240-258). Também para ele, o que está em jogo no debate é uma controvérsia entre uma moral convencional (segundo a qual as regras morais se fundam em convenções) e uma moral crítica (em que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão). Naturalmente, Dworkin não nega que moralidades históricas podem resultar da aceitação *de facto* de certas práticas. O que ele nega é que essa existência *de facto* equivale a sua justificação ou fundamentação. Fazemos muitas coisas sem perguntar o porquê, mas se for colocada a questão do fundamento, a resposta moral não pode ser “porque sempre se fez assim”, ou “porque todos fazem assim”. Dworkin propõe, então, alguns crivos para as opiniões morais:

- os preconceitos não são razões válidas (acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade);
- o sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral;
- o julgamento moral baseado em razões *de facto*, que são falsas ou implausíveis, não é aceitável (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas

homossexuais na natureza – ou seja, em outras espécies animais sexuadas);

- o julgamento moral baseado nas crenças alheias (“todos sabem que a homossexualidade é um mal”) também não está suficientemente justificado.

Em resumo, o direito de uma sociedade democrática, ao contrário do que imaginam os menos preparados, não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico. O sistema constitucional – que estatui o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa e à liberdade moral dos cidadãos – é um sistema jurídico com uma agenda moral crítica. Isso o distingue dos trágicos regimes autoritários dos últimos dois séculos. As práticas sociais podem ser autoritárias, mas o direito é – ou deve ser – um antídoto contra tais práticas.

Há dois equívocos nas discussões contemporâneas do tema dos direitos dos homossexuais, quando a questão é colocada em termos morais, como querem alguns. O primeiro consiste em identificar a moral de uma sociedade democrática com a moral tradicional, ou da maioria. O segundo está na afirmação de que o direito moderno não inclui uma certa moral. Os argumentos acima resumidos ajudam a desfazer esses dois equívocos. A moral de uma sociedade democrática é crítica, e não simplesmente tradicional, ou apoiada na maioria. A maioria parlamentar não pode tudo, e se mantiver formas discriminatórias de tratamento incorre em inconstitucionalidade, pois o Artigo 5º da Constituição Federal impede que tratamentos discriminatórios sejam perpetuados. Se a questão se deslocar para o Judiciário, vamos nos encontrar no foro daquele poder que, por definição, é antimajoritário, ou seja, é o guardião dos interesses da minoria.

Mas a sociedade democrática tem uma moral, que consiste em estabelecer como princípio a dignidade igual e universal das pessoas, e essa dignidade inclui a liberdade de fazer tudo aquilo que não causa dano a outrem. Como diz Dworkin, o “dano” que se causa a outrem não pode ser um mal-estar ou uma indisposição fundada apenas na tradição e no preconceito. Logo, a moral de uma sociedade democrática deve ser crítica; mas há, sim, princípios morais fundamentais por trás de uma ordem jurídica.

A reivindicação do reconhecimento e o estigma como ilícito jurídico

O movimento gay levou a público – em novos termos e novas circunstâncias – a velha questão da justiça. Junto com muitos outros grupos sociais, também os gays passaram a reivindicar, sob o nome de direito, o respeito a sua identidade, sua liberdade e tratamento não-discriminatório. Essa luta teve uma história peculiar, como qualquer movimento, mas insere-se em um grande processo que pode ser identificado como de expansão da democracia e afirmação de direitos universais.

Na expansão da democracia incluem-se os direitos às liberdades civis e políticas, cujos marcos mais salientes foram a liberdade de expressão (o fim dos delitos de opinião), a liberdade de associação (o fim dos delitos de sedição) e a extensão do sufrágio (para abranger todos os indivíduos adultos). Incluem-se também os direitos sociais – trabalhistas, de bem-estar e de proteção social –, cuja ampliação se deve exclusivamente às dolorosas e sangrentas lutas da classe operária. Na afirmação universal de direitos é preciso contar com a constituição de um sujeito humano universal, que incorpora um valor que não pode ser trocado, e por definição não tem preço: a dignidade. Essas duas correntes – expansão democrática do ponto de vista institucional e afirmação dos sujeitos do ponto de vista moral – confluem no movimento gay de forma exemplar. E são tanto mais importantes quanto menos democrático e menos universalista é o contexto social em que se afirmam.

A afirmação do direito dos homossexuais não ocorre de forma linear e simples, mas sim de maneira problemática. Esses direitos não são sempre e necessariamente reconhecidos ou apoiados por aqueles que se dizem convencidos da bondade moral – seja da democracia ou dos direitos humanos universais. De fato, não foi apenas contra visões tradicionalistas do mundo que os homossexuais tiveram de lutar. Não poucas vezes tiveram de lutar contra grupos de aparente inclinação pela liberdade. Isso é particularmente evidente no Brasil, onde liberalismo muitas vezes significa apenas a defesa do livre comércio e da livre iniciativa empresarial. Não são todos os liberais que estendem seu liberalismo às liberdades individuais, ou à defesa da autodeterminação dos sujeitos humanos. A

esquerda, em boa parte responsável, no século passado, pela democratização do país, no que diz respeito à extensão de direitos a todos sem distinção de classe social, com frequência se opôs ao reconhecimento dos homossexuais, quando não perseguiu ostensivamente aqueles que viviam debaixo do socialismo real.

No campo do direito propriamente dito, no que se refere aos ordenamentos jurídicos e ao caleidoscópio de obrigações e direitos que se distribuem entre as pessoas, a afirmação de um direito ao reconhecimento também encontra dificuldades. Para esclarecer o status dos homossexuais no direito, tomo como ponto de partida uma importante distinção feita por Nancy Fraser (1997) entre **direitos de distribuição** e **direitos de reconhecimento**. Gays e lésbicas, assim como minorias nacionais e culturais, pedem direito ao reconhecimento.

Os **direitos de distribuição** são tradicionalmente chamados direitos sociais e têm uma função especial: desfazer as injustiças estruturais e inevitáveis do sistema de classes existente no capitalismo. Para que haja direitos sociais ou direitos à redistribuição é preciso admitir de início algumas coisas: (a) que existem classes sociais; (b) que as classes sociais não são um fenômeno cósmico, mas institucional e histórico; (c) que as classes sociais geram situações de injustiça; (d) que a produção social da riqueza é um empreendimento social comum; (e) que a injustiça das classes consiste na apropriação desigual dos resultados sociais da produção da riqueza; (f) que mesmo aqueles menos capazes e menos produtivos, se ainda assim forem reconhecidos como membros da sociedade, têm direito a ser mantidos dentro dela por mecanismos de distribuição da riqueza.

Os **direitos de reconhecimento**, por seu turno, também precisam de pontos de partida, e pode-se dizer que partem dos seguintes pontos: (a) que existem na sociedade grupos estigmatizados;¹ (b) que os estigmas são produtos institucionais e históricos, e não cósmicos; (c) que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade; (d) que as pessoas pertencentes a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou a negativa de um bem imaterial (não mercantil, nem mercantilizável), mas básico: o respeito e o auto-respeito; (e) que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária

1. O assunto mereceu tratamento extenso na obra de Erving Goffman (1975). Para ele, o estigma é fenômeno social, um atributo depreciativo que permite preestabelecer certas relações. Os estigmatizados podem ser divididos inicialmente em dois grupos: aqueles cujo estigma é evidente, e por isso se dizem pessoas desacreditadas; e aqueles cujo estigma não é imediatamente perceptível, ditas pessoas desacreditáveis.

dor, sofrimento, violência e desrespeito; (f) que os membros de uma sociedade, para continuarem pertencendo a ela, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes.

Ora, se os estigmas são produzidos socialmente, alguns podem objetar que o direito seria impotente contra tais “preconceitos” de caráter social e cultural. E que o máximo a se fazer é, às vezes, apenar as condutas que gerem violência sobre as pessoas pertencentes ao grupo estigmatizado. Essa objeção não se sustenta nem em termos jurídicos nem em termos históricos.

Começemos pelos exemplos históricos. Várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. Para citar poucos exemplos, pode-se dizer que os grupos de identidade que se formaram ao longo dos últimos séculos e conseguiram superar os estigmas sociais por meios jurídicos foram as mulheres e, em parte, os negros, os estrangeiros e os deficientes físicos. Do ponto de vista da cultura majoritária, as formas de inferiorização desses grupos eram respaldadas pelo direito. As mulheres não votavam, podiam receber salários inferiores aos dos homens, em certas circunstâncias não tinham acesso ao Judiciário sem autorização do marido e assim por diante. Foram movimentos emancipacionistas e feministas que construíram pouco a pouco uma imagem mais positiva e afirmativa das mulheres, “desnaturalizando” o tratamento jurídico diferenciado, e que introduziram no direito a igualação de mulheres e homens, que antes se concebia como impossível, dada a diferença de gênero. A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção: ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las.

Logo, o direito pode promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas, requerendo para isso que algumas instituições jurídicas sejam mobilizadas. A primeira delas é a ação coletiva, ou ação civil pública, que oferece um meio eficaz para que alguns membros do grupo consigam o reconhecimento de direitos que se estenderão a todos. Assim, membros isolados ou grupos de pessoas estigmatizadas com maiores recursos – especialmente psicológicos – poderão exercer o papel indispensável do herói

2. Vale a pena lembrar a tipologia do tratamento discriminatório elaborada por Kenji Yoshino (1999). A discriminação desrespeita as identidades, forçando os grupos diferentes a se converter ou a se esconder. Converter-se (*converting*) é uma exigência explicitamente antidemocrática em várias circunstâncias e diz respeito àquelas identidades que resultam de livre aceitação de pertença a um grupo (religioso, por exemplo). Disfarce (*passing*) é outra exigência, que se presume compatível com alguma tolerância: o indivíduo pode continuar com sua identidade, mas não pode expô-la publicamente (a liberdade de consciência, não acompanhada de liberdade de culto público, por exemplo). Aqui, ao se ocultar (*passing*) o indivíduo pode continuar a ser o que é, mas publicamente passa pelo que não é (o traço de identidade não é visível). Por fim, o indivíduo pode não ser obrigado a disfarçar sua identidade, mas a encobri-la (*covering*): é permitido reter sua identidade e até torná-la pública, mas não é permitido orgulhar-se dela, exibi-la ou ostentá-la. Segundo Yoshino é o caso do negro obrigado a usar um corte de cabelo convencional entre brancos, a não ostentar um corte *black power*.

ou do desbravador, sem que seja preciso cada membro arcar solitariamente com os custos altíssimos da exposição e da luta.

Um segundo elemento importante é o desmascaramento do senso comum vigente. As declarações do início deste texto evidenciam que palavras ofensivas e injuriosas são utilizadas em relação a um grupo determinado de cidadãos sem que isso traga graves conseqüências. No entanto, se tal manifestação pública for seguida de interpelações por seu caráter discriminatório e inconstitucional, é certo que o direito contribuirá para a diminuição do estigma em seu lugar próprio, que é o espaço público. No espaço meramente privado ninguém está obrigado a conviver com gays: fuja deles, se puder, pois costumam estar em toda parte, inclusive nas famílias heterossexuais. Aliás, nascem e vivem em famílias, ainda que muitas vezes sob torturas físicas e psicológicas. Uma das palavras de ordem do movimento gay internacional é: “*we’re queer, we’re here, get used to it*” (“somos bichas, estamos aqui, aceite o fato” – uma tradução limitada, pois “*queer*” é um termo comum de dois gêneros e “*get used to it*” é um pouco mais provocativo do que a tradução sugere).

Em terceiro lugar, o direito pode descobrir o tratamento diferenciado das mais variadas maneiras: infiltram-se critérios pseudocientíficos nas avaliações de adoção, de guarda de crianças, de distribuição de benefícios-saúde (direitos sociais, aliás) e de ocupação de cargos públicos. Expor esse tratamento diferenciado ajuda a quebrá-lo, a colocar em praça pública as muitas violências que um grupo de cidadãos sofreu, sofre e ainda continuará a sofrer por algum tempo.²

Tomemos apenas pequenos exemplos de sofrimentos impostos a um grupo particular de cidadãos, para termos uma idéia de quanto o direito encobre práticas violentas e francamente inconstitucionais.

Herrero Brasas (2001, p. 323) expõe um retrato da violência a que desde muito cedo, na infância ou na juventude, se submetem os homossexuais, homens e mulheres. Diz ele que há uma violência ativa, que todos percebem, e uma passiva ou, diria eu, disfarçada e psicológica. Esta se dá “no insulto público, nos gestos de chacota e ridicularização, como manifestações de acosso a um grupo social”. Ao lado dela, é também violência social e silenciosa “a falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas”, que estão nos

discursos, nos símbolos, na cultura de forma geral. A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna – uma evidência da “denegação de igualdade plena”. E é preciso acrescentar ainda o que Herrero Brasas (p. 324) descreve como

[...] abandono e terror que sofre o adolescente que descobre sua orientação gay ou lésbica, que se submete sem alternativa à degradante chantagem emocional de sua família. [...] A pessoa mais jovem e vulnerável fica condenada ao silêncio e à tortura psicológica e emocional sem que as autoridades levem a cabo nenhuma campanha de conscientização sobre a realidade gay ou lésbica e nem fomentem programas informativos para suas famílias. Tudo isto causa sofrimento concreto [...], vive-as como expressão de ódio a sua pessoa.

Tal passividade estatal e jurídica mostra o quanto se naturalizou a violência contra esse grupo particular de cidadãos: fala-se na defesa de crianças e adolescentes, mas quanto se fez a favor de um grupo que justamente na infância e na adolescência é dos que mais sofre a violência e a degradação? Não há aí um papel para o direito?

Em paralelo a essas observações pode-se acrescentar a tipologia desenvolvida por Axel Honneth (1996, pp. 129-134), segundo a qual a negativa de reconhecimento gera uma violência física (o abuso físico), que é o impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não-física. Esta se desdobra em duas formas típicas. A primeira é a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando à pessoa autonomia social e possibilidade de interação. A isso ele chama ostracismo social: “A forma de reconhecimento de que esse tipo de desrespeito priva uma pessoa é o respeito cognitivo pelo estatuto de responsabilidade moral que tão custosamente teve de ser adquirido no processo de interação social” (p. 134).

A segunda forma de violência não-física, propriamente, é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por formas individuais ou coletivas de viver. Ainda segundo Honneth (p. 134):

Para os indivíduos, portanto, a experiência dessa desvalorização social traz consigo normalmente uma perda da auto-estima, da oportunidade de se enxergarem como seres cujos traços e habilidades devem ser estimados. Portanto, a espécie de reconhecimento de que esse tipo de desrespeito priva a pessoa é a aprovação social de uma forma de auto-realização que ele ou ela teve de descobrir, a despeito de todos os obstáculos, com o encorajamento da solidariedade de grupo. Naturalmente, cada um só pode relacionar essas espécies de degradação social consigo enquanto pessoa individual, já que os padrões estabelecidos e institucionalizados de auto-estima foram historicamente individualizados, isto é, porque esses padrões se referem valorativamente às habilidades individuais antes que coletivas. Por isso, essa experiência de desrespeito, como a de negativa de direitos, está ligada a um processo de mudança histórica.

É a mesma violência denunciada por Didier Eribon (2000):

O que a injúria me diz é que sou alguém anormal ou inferior, alguém sobre quem o outro tem poder e, antes de tudo, o poder de me ofender. A injúria é, pois, o meio pelo qual se exprime a assimetria entre os indivíduos. [...] Ela tem igualmente a força de um poder constituínte. Porque a personalidade, a identidade pessoal, a consciência mais íntima, é fabricada pela existência mesma dessa hierarquia e pelo lugar que ocupamos nela e, pois, pelo olhar do outro, do “dominante”, e a faculdade que ele tem de inferiorizar-me insultando-me, fazendo-me saber que ele pode me insultar, que sou uma pessoa insultável e insultável ao infinito (p. 57).

A injúria homofóbica inscreve-se em um contínuo que vai desde a palavra dita na rua que cada gay ou lésbica pode ouvir (veado sem-vergonha, sapata sem-vergonha) até as palavras que estão implicitamente escritas na porta de entrada da sala de casamentos da prefeitura: “proibida a entrada de homossexuais” e, portanto, até as práticas profissionais dos juristas que inscrevem essa proibição no direito, e até os discursos de todos aqueles e aquelas que justificam essas discriminações nos artigos que se apresentam como elaborações intelectuais (filosóficas, sociológicas, antropológicas, psicanalíticas etc.) e que não passam de discursos pseudocientíficos destinados a perpetuar a ordem desigual, a reinstituí-la, seja invocando a natureza ou a cultura, a lei divina

ou as leis de uma ordem simbólica imemorial. Todos esses discursos são atos, e atos de violência (p. 62).

Ora, é sobre o fato básico da injúria e da violência que certos dispositivos do ordenamento jurídico silenciam, ou permitem sua ocorrência ao aceitar o discurso de alguns juristas. É esse silêncio, ou essa omissão, que os direitos de reconhecimento pretendem abolir. De fato, há certa contradição cultural ao se pregar a tolerância e se assustar com a violência gratuita e cruel de que são vítimas os homossexuais, mas manter como discurso oficial e bem comportado a violência generalizada da ofensa e, dentro das famílias, a “chantagem” mencionada por Herrero Brasas. Falar em direito ao reconhecimento é falar em abolir tais práticas sociais, ou pelo menos tirá-las do silêncio que pode servir para manter sua existência.

Eribon e Honneth dizem que as injúrias são formas de ofensa e violência. Pode-se até dizer que as injúrias consistentes na negação de direitos permitem propagar uma visão negativa dos homossexuais. A negação de direitos, os discursos que publicamente afirmam que não se pode condenar os homossexuais, mas que também não se deve estimulá-los, têm como resultado o estímulo contrário, isto é, o estímulo a violências físicas e morais contra eles. Já que não podem ter direitos iguais, a mensagem enviada pelos juristas que assim se pronunciam é de reforço dos preconceitos e idéias pseudocientíficas divulgadas aqui e ali. É uma mensagem de desigualdade.

A descrição dos insultos e da violência de que são vítimas os homossexuais revela uma violação de seus direitos fundamentais. Não é difícil perceber que o tratamento dispensado socialmente aos homossexuais – às vezes pelos próprios serviços do Estado ou por serviços de relevância pública, como em hospitais e escolas – constitui tratamento degradante, vedado pelo Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal. Outras tantas pretensões de grupos sociais consistiriam em violações da consciência e da crença dessa parcela de cidadãos (mesmo Artigo, inciso VI). Além disso, a honra e a intimidade das pessoas foi tratada constitucionalmente como bem inviolável (inciso X), e várias formas de comunicação pública e expressão social de desprezo dirigidas a gays e lésbicas são seguramente violações a sua honra e a sua intimidade. Isso

para não falar que a própria Constituição prevê um mandamento ao legislador (e a todo órgão público com poderes semilegislativos, pode-se acrescentar) de punir “qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI). Esses direitos individuais, tratados como direitos fundamentais de qualquer membro da sociedade brasileira, já seriam suficientes para indicar o quanto há de ilícito jurídico na continuidade institucionalizada dos estigmas antigays.

Mas é certamente o princípio da dignidade da pessoa que fundamenta, afinal, as reivindicações contra o tratamento desigual e discriminatório e a reação a expressões públicas de desprezo. O Estado brasileiro – a instituição da vida pública e comum da sociedade brasileira – funda-se sobre a “dignidade da pessoa humana” e sobre o “pluralismo político” (Constituição Federal, Artigo 1º, incisos III e V). A dignidade da pessoa pode ser bem expressa pela fórmula kantiana: o valor de cada ser humano, que não pode ser trocado por nada, não pode ser comprado por nada e não pode ser instrumento de nada. Nenhum ser humano pode ser usado por outro ou pela coletividade e não pode ser usado nem mesmo como um exemplo, como um bode expiatório. O pluralismo, por seu turno, diz que o fundamento da convivência política no Brasil é a tolerância recíproca. Estas são indicações básicas (até elementares) de que a democracia brasileira, vale dizer, o sistema jurídico público no Brasil, adota as precauções necessárias para que não seja permitida entre grupos sociais a intolerância ou a opressão social. Nosso sistema jurídico garante e valoriza a pluralidade de formas de vida e de pensamento, e não legitima que o Estado patrocine a uniformização, o conformismo e a submissão.

A negativa de direitos, somada ao tradicionalismo do *statu quo*, é mantenedora e fomentadora das formas mais evidentes de violência física e é em si mesma uma ofensa ao regime democrático de iguais liberdades. Não é de admirar que, sob o silêncio do sistema jurídico – tal como entendido pelas expressões não-democráticas mais comuns –, se cultive a intolerância. Em uma ordem democrática, essa discriminação sexual é juridicamente ilícita. Em um Estado democrático, a defesa da ordem social restringe-se à defesa de instituições que possam passar pelo teste da universalização e da crítica, e isso

sustentaria os tratamentos diferentes, justificados pela necessidade de manutenção das condições de convívio social com liberdade igual para todos. Mas por esse teste não passam hoje as idéias preconcebidas sobre as relações afetivas e eróticas entre pessoas do mesmo sexo.

Dizer que tais relações não devem ser reconhecidas, por contrariarem a índole religiosa e a moral universal, incide na proibição constitucional de o Estado aplicar coercitivamente a todos os cidadãos um conjunto determinado de convicções religiosas. Os argumentos de convicção religiosa não podem ser usados com legitimidade no espaço democrático quando fundados em si mesmos, pois nenhuma religião determinará obrigações, deveres e direitos para todos os cidadãos, já que nem todos compartilham a religião que se faz, ou que é, dominante. A liberdade de crença, uma das marcas da democracia, impede que sejam impostos a todos deveres que se justificam apenas para os seguidores de determinado credo. Fundar-se na revelação cristã, judaica ou islâmica não é suficiente – cito expressamente estas tradições porque as relações homossexuais não são objeto do mesmo tabu em muitas outras religiões e culturas.³

A liberdade de convicção religiosa é, portanto, uma barreira democrática e constitucional a argumentos nessa direção, quando se trata da legislação estatal. O Artigo 5º, inciso VI da Constituição brasileira é expresso: “É inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Ora, se a liberdade de consciência é inviolável, aqueles que não partilham das convicções religiosas dos outros (mesmo que os outros sejam a maioria) não podem se submeter a leis cuja razão de ser se justifica apenas pela crença religiosa.

A Constituição Federal acrescenta ainda à liberdade de consciência outro elementantíssimo para o debate: “Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (Artigo 5º, inciso VIII).

A convicção religiosa alheia não pode, portanto, privar de direitos um grupo social que não se recusa a cumprir os deveres

3. Aqui não é o lugar adequado tampouco para colocar em dúvida a própria fundamentação religiosa do tabu. Como diversos teólogos têm dito, é um sinal evidente de má-fé que as religiões escolham seletivamente o que sobrevive de sua própria tradição e queiram impor essa seleção a todos. Assim, há não poucos grupos inspirados nos textos sagrados do judaísmo e do cristianismo que ignoram as obrigações de sacrifícios animais, os ritos de limpeza e de segregação de doentes e mulheres, os tabus alimentares e assim por diante. Por qual critério continuariam a ser abomináveis as relações entre pessoas do mesmo sexo e não os tabus alimentares?

gerais de cidadania. Além de serem livres para crer, os cidadãos brasileiros são livres para não serem privados de direitos por grupos religiosos terem feito leis fundadas em suas convicções religiosas. Dizer, portanto, que não se estendem a certos grupos (como gays e lésbicas) direitos que existem para outros pela “índole religiosa” da maioria ou pelo “direito natural” de caráter revelado ou pseudocientífico (e se não é científico é uma crença, uma questão de consciência) é contrariar diretamente o direito constitucional.

O mesmo vale para uma afirmação como a de que “ninguém será feliz assim”. Bem, o direito moderno e democrático não pretende fazer a felicidade das pessoas. As pessoas podem ser felizes como quiserem, desde que não causem dano e não impeçam outros de igualmente buscar a felicidade. Esse é o sentido da liberdade civil e da tolerância entre cidadãos de um Estado democrático. Não é responsabilidade do Estado fazer seus cidadãos felizes na vida privada, e a felicidade alheia deve ser um problema alheio. Em uma frase muito pertinente, J. R. Lucas (1989, p. 262) diz que a expressão “cuide de sua vida” é um bom resumo de um princípio de justiça e de tolerância: “‘Cuide de sua vida.’ Embora seja uma definição inadequada de justiça, ainda assim é um corretivo importante para uma exagerada solicitude com os outros. Há [...] uma ligação conceitual entre a justiça e a liberdade, na medida em que faz parte das exigências de justiça que cada indivíduo possa fazer sua própria vida”.

A solidariedade social em sociedades de massa, burocráticas e democráticas, tolerantes e, em uma palavra, justas, não equivale ao controle público das felicidades particulares. Não equivale nem mesmo ao controle social: a liberdade contra a interferência alheia é um dos grandes benefícios da democracia, um aspecto que a torna desejável.

Outra linha de argumentos para que o sistema jurídico ignore os direitos dos homossexuais e não os “estímule” tenta fundar-se em razões de ordem científica de duas naturezas. Uma afirma que o natural é o que existe empiricamente, e o antinatural é o que não se encontra em outras espécies animais. A segunda mistura as funções e regularidades da natureza com a finalidade da ação humana e transforma funções naturais em prescrições morais (deriva o *dever do ser*, como disse Hume).

Na primeira linha, argumenta-se que é antinatural a

convivência de pessoas do mesmo sexo e que não existem ligações desse tipo na natureza. Nesse sentido, o fundamento alegado para a legislação é simplesmente errado: falar que as uniões erótico-afetivas entre seres humanos do mesmo sexo são “antinaturais”, porque não existem na natureza, demonstra apenas ignorância de fatos. E se existem fatos na “natureza”, o argumento não se sustenta, como está provado pelas evidências empíricas: já se constatou em vários mamíferos o estabelecimento de relações entre indivíduos do mesmo sexo.

Na segunda linha de raciocínio, antinatural quer dizer contra as finalidades da natureza, e nesse sentido o argumento apresenta dois problemas. O primeiro diz respeito à finalidade da natureza, que não pode ser determinada pela ciência. Para isso seria preciso supor a existência de um sujeito, ou uma consciência por trás das regularidades naturais; equivaleria a personificar a natureza. Por isso mesmo, na ciência moderna a funcionalidade dos eventos não se confunde com sua finalidade. Transformar as funções naturais em fins é um erro da ordem das categorias e invalida o raciocínio. Embora os contatos sexuais sejam funcionais para a reprodução das espécies, não se pode derivar daí que a finalidade desses contatos entre os seres humanos seja, ou deva ser, a reprodução da espécie.

A moral e a ética são o campo em que se constroem e se interpretam as condutas humanas que independem das determinações naturais. Os seres humanos valem como pessoas justamente porque são capazes de se dar fins (a isso se chama autonomia) e só podem fazê-lo em contraste com as regularidades determinantes da natureza. Valem porque são sujeitos e não objetos. O fim não é o cumprimento de um determinismo natural. Ninguém tem por finalidade morrer: isso é dispensado, já que todos morreremos mesmo. Em argumentos morais, não é simples invocar a natureza como determinadora de prescrições: a natureza não é prescritiva, é determinante, coisa muito diferente.

Mesmo a teologia cristã abriu mão no século passado de uma afirmação tão simplista como essa. Especificamente na tradição católico-romana, a constituição *Gaudium et Spes*, de 1965, expressa: “O matrimônio, porém, não foi instituído apenas para o fim da procriação” (GS, 50). E acentua que o matrimônio consiste na expressão de um amor: “Essa afeição se exprime e realiza de maneira singular pelo ato próprio do

matrimônio. Por isso, os atos pelos quais os cônjuges se unem íntima e castamente são honestos e dignos” (GS, 49). Na mesma linha, passados já os anos do grande debate em meados do século 20, o *Catecismo* oficial (de 1992) estipulou que, para além da transmissão da vida, uma finalidade tão importante do matrimônio, é o “bem dos cônjuges” (Parte III, Sec. II, Cap. II, Art. 6).

Se não fosse assim, todos os seres humanos inférteis, por exemplo, deveriam ser proibidos de manter relações sexuais (e afetivas) e de se casar. Mas desde sempre se descartou a simples impotência *generandi* como causa de anulação de casamentos. O *Código de direito canônico*, vigente desde 1983 para a igreja romana, consolida a longa tradição a respeito: o cânon 1.084, parágrafo 1º, trata a impotência *coeundi* como impedimento ao matrimônio, mas diz expressamente no parágrafo 3º: “A esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio [...]”.⁴

Fundado nessa valorização do bem recíproco dos cônjuges, Michael Sandel (1996, p. 104) critica a defesa dos direitos dos indivíduos homoeróticos apenas com base na liberdade negativa (uma tolerância negativa). Para ele, pode-se propor também um argumento positivo, dizendo que as relações de amor entre indivíduos do mesmo sexo são boas, como é boa toda relação de amor. Logo, não apenas em respeito à liberdade, mas também em respeito à idéia de bem, não deveria ser difícil para os tribunais valorizar positivamente essas relações.

Finalmente, o argumento dito científico contra o “estímulo” às relações eróticas e afetivas entre pessoas do mesmo sexo parece enredado em forte contradição. Ao mesmo tempo que afirma ser a orientação homoerótica contrária à natureza, porque na natureza não haveria homoerotismo (informação que já não se sustenta), sugere tratar-se de uma escolha orientada pela convivência e pela educação. O argumento presume simultaneamente que a “natureza” determina coisas para todos os seres, menos para os humanos (para os quais a orientação sexual dependeria de estímulos, e não de determinismos naturais); e que o direito deveria, caso a natureza falhasse, agir para substituí-la. Passa a ver o problema como “doença” do comportamento e, pior, doença contagiosa.

A afirmação é de duvidosa coerência. Como se sabe, a imensa maioria dos gays e lésbicas nasce em famílias de heterossexuais e convive a maior parte de sua vida com

4. No *Código de direito canônico* de 1917, as mesmas regras estavam no cânon 1.068, parágrafos 1º e 3º.

heterossexuais (população majoritária) – aliás, em ambientes nos quais são submetidos a toda sorte de violência moral e física, como se sabe. Como, por que e por quem se sentiriam estimulados a pertencer a esse grupo vulnerável e sujeito a tantas limitações de ordem social, a tanta violência e humilhação ao longo da história? O argumento parece supor que o reconhecimento público de tais relações estimularia os heterossexuais a se converter em gays e lésbicas. Que espécie de contágio é esse, que pode transformar alguém em gay, mas não pode transformar um gay em hétero? Conclui, assim, que a orientação sexual é cultural e social – logo, não é natural. Se fosse determinada pela natureza, não poderia ser mudada. Mas se não é natural, o argumento de que se está proibindo uma conduta com base na natureza, fica prejudicado.

Logo, a proibição de dar a gays e lésbicas os mesmos direitos deve ser fundada exclusivamente em argumentos morais e, ao se pretender manter uma sociedade livre e democrática, precisam ser utilizados argumentos de moral crítica e não tradicional. Claro, nada disso vale se a concepção de espaço público, de direito e de política é intolerante, tradicionalista e assimilacionista. Se o que está em jogo é realmente a imposição da homogeneidade (étnica, religiosa, política ou sexual), então a diferença de orientação sexual é tão maléfica quanto outra qualquer, e não é de se estranhar que durante o regime nazista os homossexuais também fossem enviados aos campos de concentração.

Os argumentos laicos e críticos deveriam, pois, ser fundamentais. E entre os argumentos laicos e críticos não há um que consiga invalidar o princípio de que, entre adultos livres, certas interferências do Estado não podem ser aceitas.

O direito ao reconhecimento: como se dará?

O reconhecimento consiste na afirmação e na valorização positiva de certas identidades. O direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um direito em primeiro lugar, e precisará traduzir-se em esforços públicos – estatais e não-estatais – que retirem de um grupo estigmatizado as conseqüências jurídicas de um estigma social.

Como seria possível converter em deveres esse direito ao reconhecimento, e a quem ele deveria beneficiar? Retomo

5. Iris M. Young (1996) discordaria dessa análise. Para ela, a distribuição ocorre com bens que podem ser individualizados (renda, oportunidades etc.), o que não é o caso do respeito, e a política de identidades não visa distribuir coisa alguma, mas desfazer sistemas de opressão (a distribuição desfaria a exploração?). Mesmo assim, creio que se pode falar de distribuição se imaginarmos que a imagem de grupos sociais constitui um produto social, algo comum (indivisível) e que pode ser mudado. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles apresenta a honra como exemplo de objetos que se distribuem de maneira proporcional. É certo que a honra em uma sociedade não-igualitária é diferente do respeito em uma sociedade democrática; mas o respeito existe justamente na medida em que é universal e igualmente distribuído. Tratar o tema sob a forma de justiça distributiva também me parece importante, por ser juridicamente relevante: as relações comutativas permitem soluções jurídicas de adjudicação simples e bilateral, enquanto as relações distributivas exigem soluções de adjudicação plurilateral ou administrativa.

brevemente o tema do direito subjetivo. A partir do século 16, o exemplo mais evidente de direito subjetivo é o de *dominium*, que ao longo do tempo se resumiu à propriedade – como a imaginamos hoje –, mas antes abarcava uma série de outros poderes, como a própria jurisdição. Príncipes e pais de família tinham não apenas o *dominium* mercantil e econômico das coisas, mas poderes de senhorio sobre seus súditos e parentes.

Bem, o importante é que o direito subjetivo terminou por ser tratado exemplarmente no campo da propriedade, sob dois aspectos. Em primeiro lugar, quanto a seu conceito: tem a propriedade quem a pode usar, gozar e dela dispor. Em segundo lugar, as formas de transferência de poder vieram a compor o grande campo das obrigações. Logo, definir os poderes e dizer como circulam entre as pessoas resume bem a reflexão sobre os direitos subjetivos. Porém, a discussão dos direitos subjetivos, dessa forma, ocorre dentro das regras da comutação ou troca. Pressupõe que o importante é definir como as coisas mudam de mãos e como vão parar nas mãos de seus detentores.

Uma esfera distinta é a da reflexão sobre a distribuição. Nela, o problema não consiste em defender direitos já existentes, mas em atribuir direitos imaginando-se que ainda não estão distribuídos. Não se trata de reflexão histórica, mas de reflexão crítica sobre quem deve ter o quê. As regras de distribuição têm uma dificuldade particular: não presumem que já existam titulares de direitos subjetivos, presumem apenas que todos devem ter acesso a certo bem. Regras de distribuição diferem de regras de comutação porque não atribuem direitos de uns frente a outros (a outro, como direito pessoal; a todos os outros, como direito real), mas direitos de todos frente a todos. Os exemplos mais evidentes de distribuição são as regras societárias. Há direitos que são de todos os sócios antes de serem direitos de um sócio contra outro sócio, ou contra a sociedade.⁵

Creio que, de início, os direitos ao reconhecimento precisam ser colocados nessa esfera. A luta por direitos ao reconhecimento é luta por distribuição, a distribuição de um bem que só existe e só se produz socialmente: o respeito. Não se trata, aqui, de um respeito comutativo, mas de um respeito distributivo e, portanto, universal. Quando uma sociedade se organiza de maneira hierárquica e desigual, não se pode distribuir o respeito de forma igual e universal. Na linguagem

política antiga, a honra consistia exatamente no respeito desigual: alguns tinham, outros não; alguns tinham mais (maior honra) e outros menos (menor honra); nesses termos, era tratada como um bem escasso, que não poderia ter distribuição igualitária para todos. O respeito, por seu turno, é a contrapartida da dignidade universal.

O respeito mesmo, a valoração ou valorização igual dos seres humanos, fica condicionado à produção social de uma imagem positiva ou negativa, de um traço que identifica um grupo – a cor da pele, o nível de educação, a procedência étnica, o gênero ou a orientação sexual. E a produção desse respeito às vezes depende de como é a percepção social da característica responsável pela imagem socialmente criada: é visível ou invisível, mutável ou imutável? Falo também de respeito distributivo, levando em conta que o “respeito” é um bem indivisível, produzido socialmente. Assim, se a imagem de certo grupo é negativa, essa distinção é produção social.

O problema jurídico novo é a disputa pela imagem pública. A reparação da injustiça, nesse caso, não é de caráter apenas individual, mas social. A luta pelo reconhecimento é uma disputa pelo reconhecimento da dignidade da pessoa aviltada ou ofendida pela maioria; e é também uma luta contra a injustiça, que consiste em aviltar um grupo inteiro. Dessa forma, não é uma luta pelo convencimento da maioria quanto ao valor de uma minoria, mas uma luta pelo pluralismo.

Naturalmente, o pluralismo e a tolerância têm limites: os intolerantes, por exemplo, podem às vezes ser contidos. Para que gays e lésbicas sejam reconhecidos e tolerados nesses termos, é preciso que não se confundam, sendo eles mesmos intolerantes ou colocando-se como um grupo que deseja dominar o espaço social. Esse é um dos temas subjacentes a vários discursos contrários ao reconhecimento de gays e lésbicas (percebidos como “corruptores”, traidores da vida social). Não se trata de dar a cada ser humano que se encaixa naquele grupo estigmatizado a oportunidade de simplesmente se desfazer do estigma. Trata-se de desestigmatizar todo o grupo, demonstrando que o estigma está fundado em preconceitos e discriminações inaceitáveis no espaço público democrático.

Os direitos subjetivos tradicionais eram assimilados à propriedade: a propriedade de si mesmo e de suas coisas compunham o núcleo da idéia de direito subjetivo. Ter direitos

significava ser dono de si e de suas coisas. Por conseqüência, ter direitos significava dispor de proteção judicial contra atos que violassem a pessoa e a propriedade de cada um. De modo geral, isso era feito pela criminalização ou sanção civil de condutas, dando às vítimas a possibilidade de buscar a coisa, ou seu equivalente em dinheiro, a título de indenização. A garantia de um direito subjetivo dava-se pelos instrumentos da justiça comutativa (corretiva ou retributiva): devolver a alguém a coisa que lhe pertence, recompor o dano causado, aplicar uma pena proporcional à lesão infligida a outrem.

É natural que a defesa jurídica do direito de propriedade ou da liberdade se dê quando alguém já é proprietário ou livre. O não-proprietário e o escravo não têm o que defender. Para que passem a ter algo é preciso que afirmem um direito à distribuição das coisas e à liberdade. Nesses termos, a distribuição é um antecedente lógico de todos os direitos. Essa distribuição foi objeto de luta pelos direitos sociais nos séculos 19 e 20. Os direitos sociais foram, pois, direitos de distribuição ou de redistribuição.

Na distribuição não acontece de cada um ter uma coisa: cada um tem um direito a parte de alguma coisa, que é comum. Os direitos dos acionistas aos dividendos são exatamente dessa natureza. Ninguém dirá que os acionistas, enquanto não for feita a distribuição dos dividendos, não têm direito a eles. Enquanto não for feita a divisão, não têm direito a parte determinada dos dividendos, mas já têm direito aos dividendos. Tanto é assim que certos atos não podem ser praticados pela diretoria da sociedade por ferirem um direito (de conteúdo ainda indeterminado). Os acionistas gozam, por isso mesmo, de remédios que podem ser ditos “coletivos” ou “difusos”, porque têm direito a algo que permanece indiviso: enquanto o lucro não for “distribuído” cada acionista tem um direito seu e próprio a uma parte do fundo comum (o resultado positivo da atividade social).

Ao falar em direito de reconhecimento, estamos falando em algo além do respeito devido a cada indivíduo debaixo das regras democráticas universais de tolerância e liberdade. É certo que o fundamento último do direito ao reconhecimento, ou direito à diferença, como dizem alguns, é o direito subjetivo universal de liberdade. Tem razão Sérgio Paulo Rouanet, quando afirma que a defesa de certos grupos funda-se na defesa do direito

dos indivíduos daquele grupo de conduzirem suas vidas, de serem tratados como seres humanos independentemente de pertencerem àquele grupo. As mulheres querem ser respeitadas como seres humanos tão completos e valiosos como os homens, e esse é o objeto final da defesa dos direitos das mulheres. Se para lhes dar total e tão grande respeito for preciso reconhecer as diferenças, assim se faça.

Nessa linha de raciocínio, pode-se chegar a dizer que a diferença jurídica é apenas instrumental para a igualdade moral, e que as diferenças específicas de gays e lésbicas permitem diferenciá-los, negando-lhes algum direito. Por isso, o direito ao reconhecimento pede que sejam levantadas, do ponto de vista social e jurídico, as avaliações negativas dadas historicamente a certa identidade. Pertencer a um grupo de identidade não é o mesmo que pertencer a uma associação voluntária. Dessa forma, a tolerância para com os grupos de identidade é diferente da tolerância para com os grupos de opinião. Os grupos de opinião são aceitos porque não se obriga ninguém a pensar de uma forma ou de outra, e o confronto das opiniões pode gerar mais luzes e melhores decisões. Já dos grupos de identidade nem sempre é possível sair e entrar livremente: não se muda de etnia e orientação sexual como se muda de opinião.

Falar de “dissidentes” é uma coisa; de “diferentes”, outra. A tolerância estendida aos dissidentes é a mesma aplicada aos diferentes? No fundo há muitas semelhanças: a tolerância para com os dissidentes parte da compreensão de que a simples diferença de opinião não transforma ninguém em traidor ou assassino. Dessa forma, a simples diferença de opinião não justifica a eliminação do dissidente e nem a negativa de seus direitos civis ou políticos. Mas certas atitudes indicam que o discurso a sustentar a rejeição de direitos aos diferentes é o mesmo discurso que prega a eliminação dos diferentes. Estrangeiros ou homossexuais só poderiam ser aceitos como iguais se renunciassem a suas respectivas identidades. Para eles, sobriam duas opções: ou assimilar-se (converter-se), ou esconder-se (disfarçar-se, ocultar-se). O direito de reconhecimento é um direito à manutenção de sua identidade, desde que esta não impeça a existência simultânea de outras identidades. É um desdobramento ou uma especialização da tolerância – a tolerância do diferente.

Talvez isso seja mais problemático do que parece, pois a diferença pode ser justamente aquilo que se quer preservar, e não abolir. É nesses termos que se dá a discussão do direito à diferença, o direito de reconhecimento, com dois significados distintos.

Em primeiro lugar, o direito à diferença pode significar exatamente o mesmo que os direitos fundamentais implicam como programa democrático: que nenhuma característica individual seja levada em conta pelo legislador e pelos tribunais para restringir os direitos de alguém, sempre que essa característica não se justifique como diferenciador suficiente. Diferenças de nascimento, de etnia, de gênero e assim por diante são proscritas do ordenamento jurídico. Tratar alguém de forma diferente nesses termos significa não reconhecer a pessoa individualmente pelo que ela é. O remédio jurídico para a falta de reconhecimento individual é a proibição de tais atos pela regra da isonomia. E vale a pena lembrar que essa isonomia é sempre criada socialmente – como se sabe, equiparar homens e mulheres em todos os sentidos é construção até certo ponto recente. Respeito à diferença quer dizer aqui, apenas, a proposital irrelevância da diferença, um intencional deixar de lado a diferença empírica.

Em segundo lugar, o reconhecimento pode significar a retirada da valoração negativa de certa identidade, seja para afirmá-la positivamente, seja, sobretudo, para afirmar que essa identidade, no que diz respeito à vida social e político-jurídica, é irrelevante. Nesses termos, não basta o indivíduo ter direito de ser tratado como todos os outros; ele precisa provar – por esforços heróicos – que é exatamente igual aos outros. Sob essa segunda perspectiva, passa a ser seu direito ver sua diferença específica não desrespeitada publicamente. O direito ao reconhecimento, nesse momento, adquire o aspecto distributivo que mencionei, já que essa identidade não é exclusiva de um indivíduo, mas pertence a um grupo. É esse bem comum (uma identidade) que merece o respeito público, que não significa nem admiração nem concordância. Ninguém é obrigado a se converter aos cultos afro-brasileiros, ao islão ou ao cristianismo para respeitá-los publicamente. Assim como o direito não obriga ao amor, o respeito ao pluralismo social não se confunde com o direito à mudança da convicção alheia.

Disse Kant, de modo muito inspirado, que o amor universal não pode significar afeição ou afeto universal, mas pode significar e significa respeito universal. O direito ao reconhecimento significará, então, o respeito a certa identidade coletiva. Martha Minow usou um título muito significativo em seu trabalho sobre os direitos das minorias (1997): *Not only for Myself*. Os direitos requeridos sob essa forma de reconhecimento não são exclusivamente individuais, não são apenas para mim. O reconhecimento que se exige, sob a forma de direito, é para “qualquer um”, é universal.

Ora, essa construção da diferença de modo positivo – ou a desconstrução da diferença negativa – estabelece um conflito em dois sentidos: no sentido de que a distribuição do valor das identidades precisa ser questionada e no sentido de que a identidade de cada grupo é algo que se distribui universalmente entre todos seus membros.

No primeiro sentido, o remédio à discriminação, passada e presente, deve incorporar-se em práticas que visem alterar, para o futuro, as condições históricas herdadas: a divulgação de informações e o ensino da tolerância passam a ser direitos de todos e a beneficiar os grupos submetidos tradicionalmente à violência física e moral e tradicionalmente tratados, como diz o direito constitucional norte-americano, como “classe suspeita” (Gerstmann, 1999, *passim*). O remédio à discriminação passada não é um privilégio, ou direito especial de um grupo, mas sim o remédio para uma injustiça especial da qual o grupo é vítima. Sem esse remédio, a tendência seria a perpetuação de situações históricas de injustiça.

No segundo sentido, a violência feita a alguém por ser membro do grupo pode ser considerada violência ou ofensa a todos. Ou seja, se a integridade física ou moral de um membro do grupo está sob risco pelo fato de ele pertencer a esse grupo, sua segurança e o respeito que lhe é devido se convertem em bem comum (indivisível), que pertence a todos. A intolerância, uma vez aceita na vida social, não conhece limites, criando-se um círculo vicioso de exclusões. Por isso, as ações civis públicas também aqui se revelam importantes, já que, por definição, beneficiam a todos os membros de uma classe ou grupo. A distribuição se dá pelo próprio resultado do processo: todos os membros do grupo se beneficiam de um resultado positivo, diminuindo o risco de exposição dos mais vulneráveis.⁶

6. A ação civil pública tem também problemas jurídico-políticos específicos, dos quais aponto apenas dois: (1) pode ser usada de maneira paternalista, pois possui alguns fundamentos claramente paternalistas, como a idéia de que os grupos por ela defendidos são hipossuficientes e necessitam de um representante, porque são incapazes de se defender a si mesmos; e (2) pode ser desmobilizadora, ao estimular o efeito carona, ou comportamento predatório, permitindo que um beneficiário da ação não arque com os custos. Esses dois “defeitos” da ação devem ser lembrados pelos que dela fazem uso, mas é inquestionável que problemas distributivos precisam de remédios judiciais específicos, como é a ação civil pública.

O STJ e o reconhecimento de homossexuais

Diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça mostram o que é o direito ao reconhecimento no sentido da tolerância, da liberdade negativa e da não-discriminação. A decisão do Recurso Especial 154.857/DF, publicada em 26 de outubro de 1998, talvez seja a mais exemplar (relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro). Haviam impugnado a capacidade de um homossexual testemunhar, alegando entre outras coisas seu “desvio ético” (sic). O STJ aceita o recurso para restabelecer a capacidade da testemunha. O argumento do STJ é tipicamente de tolerância e não-discriminação: a orientação sexual de alguém não interfere em sua capacidade de testemunhar, e por isso não pode ser justificativa para não ouvi-la. “Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José de Costa Rica”.

O importante na decisão é que a discriminação por orientação sexual é considerada incompatível com a Constituição da República (por ser violadora dos direitos fundamentais) e com o Pacto Interamericano de Direitos Humanos (como violadora dos direitos humanos, na órbita internacional). Significa que uma regra constitucional impede que a orientação sexual seja tomada como critério para diferenciar os cidadãos.⁷ Chamo apenas a atenção, nesse caso, para o fato de as instâncias locais da justiça terem sido capazes de invocar a orientação sexual da testemunha como um “desvio ético”, e só na instância especial esse “desvio” ter sido declarado irrelevante.

Outros casos tratam do reconhecimento de direito a partilha ou meação, em suma, ao reconhecimento de uma sociedade de fato entre companheiros de mesmo sexo. Aqui a questão é ligeiramente diferente. Pode-se dizer que há uma forma de reconhecimento das uniões de mesmo sexo, pois utiliza fundamento (a existência de um esforço comum na construção do patrimônio) idêntico ao adotado décadas atrás, quando o vínculo do matrimônio era considerado indissolúvel e a lei impedia mais de um casamento. Naquela altura, a convivência entre heterossexuais à moda de casamento (*more uxorio*) não podia ser aceita formalmente, mas os tribunais davam aos parceiros direitos patrimoniais recíprocos. Era um meio caminho para a aceitação da sociedade conjugal. Ao recorrer a argumento equivalente, o STJ abre também uma

7. O argumento central do trabalho de Roger R. Rios (2000) é exatamente nessa linha: a despeito de não constar expressamente na Constituição, a discriminação por orientação sexual é inconstitucional e violadora dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

perspectiva no reconhecimento da união. Mas há um importante limitador: trata-se do reconhecimento das questões patrimoniais, e não de um reconhecimento positivo, como disse Sandel (1996), que incluía as relações afetivas estabelecidas entre parceiros do mesmo sexo.

Esse reconhecimento está implícito, porém, no Recurso Especial 148.897/MG. Ali o Tribunal reconhece que o parceiro tem direito à partilha de um bem comum havido durante a convivência, mas nega ao sobrevivente a indenização – pedida contra o pai do falecido – por dano moral por ter suportado sozinho os encargos da doença do morto. Por essa ordem de idéias, vê-se que o Tribunal aplicou raciocínio igual ao que aplicaria a um casal de heterossexuais: o marido ou a mulher que sobrevive, no atual sistema jurídico brasileiro, não é indenizado pelas famílias por ter sofrido com a doença do cônjuge falecido. É que essa convivência, “na saúde e na doença”, faz parte do “estado” conjugal, segundo os termos até hoje aceitos. Por isso, ao partilhar o bem, mas negar a indenização, o STJ deu mais um passo na aproximação da convivência gay e lésbica à convivência de parceiros de sexos diferentes.

Conclusão – o que, afinal, é devido aos gays e lésbicas como direito fundamental?

Questões de direito precisam ser resolvidas de tal maneira que se possa dizer o que é o “seu de cada um”. Quando se fala dos direitos sociais, para que haja um “seu de cada um” é preciso que se defina, em primeiro lugar, o que é a parte comum, da qual cada um terá o “seu”. Em sociedades capitalistas foi dissolvida a propriedade comum e tudo foi transformado em objeto de apropriação individual. Nessas circunstâncias, tornou-se necessário impor a contribuição de todos – de forma proporcional – à formação de fundos comuns: por meio de impostos e contribuições sociais. Desses fundos comuns sai, ou deve sair, a provisão dos direitos sociais – saúde, educação, aposentadorias e assim por diante. Vivemos hoje um período de crítica a esse modelo de constituição de fundos comuns, crítica orientada tanto à ineficiência de sua gestão (em nome da privatização), quanto à possibilidade mesma de sua existência (em nome da concorrência entre agentes econômicos).

Parece-me certo, de todo modo, que a satisfação dos direitos sociais ocorreu, do ponto de vista do direito, por estes dois mecanismos: criação de fundos e distribuição de fundos comuns. Esses fundos permitiram “comodificar” (reificar, transformar em mercadoria ou crédito) as expectativas de acesso aos resultados sociais da produção econômica. Ao mesmo tempo, possibilitaram medir (ainda que imperfeitamente) os acessos permitidos a tais fundos. Ao “comodificar” o acesso, o sistema jurídico criou tensões muito específicas. Introduziu um gestor do fundo – o Estado – que parece ser na realidade o “dono” do fundo. Isso foi determinante para permitir a universalização dos fundos, impedindo que fossem apenas setoriais ou corporativos. Ao mesmo tempo desvinculou, na percepção dos juristas, as duas pontas do sistema: a contribuição e a distribuição. Parece que tais fundos podem existir sem a contribuição de ninguém, e os conflitos jurídicos de contribuição são discutidos em uma esfera, enquanto os conflitos de distribuição são discutidos em outra. A jurisdição tributária regula apenas as relações do Estado com os contribuintes (muito particularmente, claro, o capital) e adota, nessa esfera, uma atitude claramente restritiva e protetiva do contribuinte.⁸ Os conflitos pela distribuição processam-se de forma independente, e permitem atitudes generosas para com o beneficiário. Ao final, as contas tenderão a não fechar.

Claus Offe (1991) observa que há aí evidências de regras distintas: uma é a regra da solidariedade, e outra, a do interesse. No que diz respeito aos direitos sociais há uma “comodificação” que permite separar a solidariedade do interesse. O interesse aparece como se não tivesse contrapartida, e se afirma, pois, à moda do direito civil individual. O direito civil individual, mais ou menos como os direitos absolutos de Dworkin, é irresponsável, diz Offe (p. 84), pode ser exigido pelo titular, sem que ele dê contrapartida a ninguém. O direito social clássico, por seu turno, pressupõe que há solidariedade e que existe a contrapartida de um fundo social de solidariedade: sua concessão depende de haver esse fundo e das respectivas regras de acesso.

O direito ao reconhecimento distingue-se do direito social em uma esfera importante. Pode ser de difícil “comodificação”. O reconhecimento, como diz Fraser (1997), não visa reparar uma injustiça relativa a bens materiais, mas a um bem imaterial

8. A pesquisa de Marcus Faro de Castro (1997) mostra que em 75,57% dos conflitos entre autoridades públicas e particulares as decisões do Supremo Tribunal Federal foram favoráveis aos particulares, o que lhe permite dizer que “o STF, mesmo em sua atuação rotineira, tem julgado contrariamente à prevalência das iniciativas do poder público, o que inclui a implementação de políticas públicas” (p. 153).

(moral, se quiser), que é o respeito, a imagem pública de uma pessoa e de um grupo. Esse direito ao reconhecimento dificilmente se estabelece com a criação de um fundo de indenização, pura e simplesmente.

Por isso, conforme mencionei, o direito ao reconhecimento se refere a um bem, o respeito recíproco e universal, que é o produto comum (social) da vida em sociedade. A imagem social de um grupo, como bem comum, não pode ser distribuída de forma mercantil. É distribuída universal e igualmente e, portanto, assemelha-se aos direitos absolutos de Dworkin e aos direitos irresponsáveis de Offe.

Quem pede direito ao reconhecimento pede que a distribuição da identidade social não seja hierarquizante em função do traço de identidade específico. Pede que todas as identidades sejam tratadas jurídica e politicamente como equivalentes. Trata-se de afirmar o direito a ser diferente, e a que essa diferença se torne irrelevante. É uma combinação de universalismo moderno e iluminista, com pluralismo: reivindicação simultânea de universalismo e percepção social de *queer theory*. A dissolução das identidades sexuais, a afirmação de toda sexualidade, é feita em nome do universal. Rouanet (2001, p. 89) lembra que o universalismo é crítico justamente porque impede que as formas paroquiais de pensamento e julgamento pretendam uma universalidade que não podem ter. Assim, diz ele, quem defende o universalismo “condena o sexismo, não por se identificar com o estatuto feminino particularista, mas por negar a validade de todos os estatutos particulares e por considerar que esses estatutos são quase sempre criações imaginárias, destinadas a privar os indivíduos empíricos de suas prerrogativas como titulares de direitos universais”.

Essa pretensão pode ser protegida pelo direito, por exemplo, quando se demonstra, em casos particulares, como pessoas gays e lésbicas são inferiorizadas no tratamento que recebem do sistema jurídico: apenas em função do sexo de seus parceiros eróticos e afetivos, vêm-se privadas de benefícios estendidos a outros cidadãos, como o simples direito de testemunhar, o direito de contribuir para a previdência social, de obter deduções do imposto de renda e assim por diante. Mais do que isso, pode-se dizer que os homossexuais têm direito a ser tratados com respeito universal nas manifestações públicas

de todos, e assim como já não se toleram discursos que incitem ao ódio entre grupos sociais, o direito também serve para coibir as manifestações públicas ultrajantes. Não se trata de falar da criminalização do tratamento ofensivo dispensado à pessoa gay ou lésbica, mas de crime contra a paz pública. Essa espécie de crime tem como vítima a coletividade, pois atenta contra a convivência democrática.

Em resumo, muito pode ser dito e feito pelo direito; mas, dado o caráter ainda oneroso para os indivíduos publicamente inferiorizados, é juridicamente necessário, em muitas oportunidades, que as ações sejam tomadas por substitutos processuais. E assim também porque a inferiorização de que se trata tem um caráter difuso (atinge a qualquer um) e antidemocrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO, Marcus Faro. “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.
- DEVLIN, Patrick. “Morals and the Criminal Law”. In: R. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- DWORKIN, Ronald. “Liberty and Moralism”. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- ERIBON, Didier. *Papiers d'identité*. Paris: Fayard, 2000.
- FRASER, Nancy. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”. In: *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Universidad de los Andes – Siglo del Hombre, 1997.

- GERSTMANN, Evan. *The Constitutional Under-Class*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- HART, Herbert. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- _____. “Immorality and Treason”. In: R. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- HERRERO BRASAS, Juan A. *La sociedad gay: una invisible minoria*. Madri: Foca, 2001.
- HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.
- LUCAS, J. R. *On Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Nova York: Meridian, 1974.
- MINOW, Martha. *Not only for Myself*. Nova York: The New Press, 1997.
- OFFE, Claus. “El concepto de los derechos y el Estado del bienestar”. In: Enrique OLIVAS (org.) *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madri: Trotta, 1991.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. (Dissertação de Mestrado) Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da UFRS, 2000.
- ROUANET, Sérgio Paulo. “A coruja e o sambódromo”. In: *Mal-estar da modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- SANDEL, Michael. *Democracy’s Discontent*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- YOSHINO, Kenji. *Covering*. Trabalho apresentado no Seminário Latino-Americano de Direito Constitucional. La Serena, Chile, 1999.
- YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

E. S. NWAUCHE

Professor visitante de Direito na Universidade de North-West, África do Sul. Professor Associado de Direito na Universidade Rivers State de Ciência e Tecnologia, Nigéria.

J. C. NWOBIKE

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Rivers State de Ciência e Tecnologia, Nigéria. Doutorando no Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex, Reino Unido.

RESUMO

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1986, em vez de resolver a questão da existência de um direito ao desenvolvimento, criou uma polarização entre os países-membros da ONU. Os governos do Sul reivindicam seu direito ao desenvolvimento, enquanto os países ricos do Norte se opõem à existência desse direito. Para resolver esse impasse e implementar a Declaração, o professor Arjun Sengupta, Especialista Independente para o Direito ao Desenvolvimento da ONU, foi incumbido de encontrar uma forma de operacionalizar o relacionamento entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Este artigo faz uma análise comparativa entre o Pacto de Desenvolvimento proposto por Sengupta e o Acordo de Parceria de Cotonou, estabelecido entre a União Européia e países da África e do Pacífico. Mostra como, embora ambos compartilhem alguns aspectos, tais como igualdade, não-discriminação e participação, essa convergência termina quando se trata do princípio de responsabilização. [Original em inglês.]

IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

E. S. Nwauche e J. C. Nwobike



A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento vem deixando um rastro de controvérsia desde que foi aprovada pelas Nações Unidas, em 1986.¹ Enquanto os países em desenvolvimento do Sul argumentavam em favor de uma transferência de recursos como base para o direito ao desenvolvimento, os países desenvolvidos, representando o Norte, negavam a existência de tal direito. Contudo, a reafirmação do direito ao desenvolvimento por ocasião da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos² realizada em Viena, em 1993, proporcionou uma oportunidade para que o debate se deslocasse da retórica para uma efetiva implementação. Constituiu-se o Grupo de Trabalho Aberto e o Especialista Independente para o Direito ao Desenvolvimento, professor Arjun Sengupta, foi incumbido de encontrar uma forma de operacionalizar o direito ao desenvolvimento.³ Esse Especialista recomendou um Pacto de Desenvolvimento⁴ – entre determinado país em desenvolvimento, de um lado, e a comunidade internacional e as instituições financeiras internacionais de outro –, como mecanismo para implementar o direito ao desenvolvimento.

O propósito deste artigo é examinar a aplicação prática do Pacto de Desenvolvimento, mediante uma análise comparativa entre o modelo proposto por Sengupta e o Acordo de Parceria de Cotonou,⁵ que constitui um acordo de comércio,

Ver as notas deste texto a partir da página 112.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 116.

ajuda e desenvolvimento entre a União Européia⁶ e 78 Estados da África, do Caribe e do Pacífico [o grupo ACP – African, Caribbean and Pacific].⁷ Os principais objetivos do Acordo são a redução e a futura erradicação da pobreza, bem como a gradativa integração dos Estados do ACP à economia global, visando sempre um desenvolvimento sustentável.⁸

A relevância dessa investigação deve ser vista à luz do fato de que a controvérsia em torno do direito ao desenvolvimento provocou, e continua a provocar, divisões entre os governos do Norte e do Sul.⁹ Com esse objetivo em mente, partimos da indagação: “o que vem a ser o mecanismo do Pacto de Desenvolvimento?”. Na seqüência, examinamos a fundamentação conceitual do Pacto de Desenvolvimento proposto por Sengupta, o que fornecerá as informações de fundo necessárias para a análise comparada.

O mecanismo do Pacto de Desenvolvimento

Para Sengupta, um Pacto de Desenvolvimento seria um acordo específico para determinado país, definindo obrigações recíprocas de países em desenvolvimento para com o sistema das Nações Unidas, instituições financeiras internacionais e doadores bilaterais. Os países em desenvolvimento teriam a obrigação de pôr em prática o direito ao desenvolvimento, e a comunidade internacional, a obrigação de colaborar na implementação do programa. Se o país em desenvolvimento cumprisse sua parte no acordo, a comunidade internacional teria de tomar as medidas correspondentes, assegurando a transferência de recursos e a assistência técnica previamente acordadas.¹⁰

Como implementar tal pacto? De acordo com Sengupta, qualquer nação em desenvolvimento que tenha interesse em um pacto de desenvolvimento terá de se comprometer a elaborar e implementar seus programas nacionais de desenvolvimento baseando-se na proteção aos direitos, incluindo a participação da sociedade civil, a incorporação em âmbito nacional dos instrumentos de defesa dos direitos humanos e a atribuição de um papel de monitoramento para as instituições nacionais de direitos humanos.¹¹ O pacto teria seu foco em uns poucos direitos essenciais e na obtenção de determinados objetivos de redução da pobreza.¹² Sengupta

sugere que a Comissão de Assistência ao Desenvolvimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) poderia organizar um “grupo de apoio” para examinar, analisar e aprovar as políticas de desenvolvimento nacional do país em desenvolvimento; identificar a partilha dos ônus financeiros e das responsabilidades e obrigações específicas das partes signatárias do pacto; e monitorar a implementação do pacto. “Compromissos resgatáveis” para uma nova linha de financiamento, e o “Fundo de Financiamento de Pactos de Desenvolvimento” assegurariam a disponibilidade de recursos e poderiam reforçar o valor total da assistência internacional.¹³ A necessidade de financiamento de um determinado pacto seria residual, após terem sido implementadas outras medidas de cooperação internacional, tais como programas bilaterais.¹⁴

A fundamentação para a proposta do Pacto de Desenvolvimento apresentada pelo Especialista Independente se apóia no fato de que os programas existentes para implementar o direito ao desenvolvimento impõem condições aos países em desenvolvimento, sem a contrapartida de obrigações recíprocas por parte da comunidade internacional. De acordo com Sengupta, “um programa bem-sucedido depende não apenas da adequação do projeto, da especificação detalhada de responsabilidades e da determinação das formas de prestação de contas, mas também do reconhecimento de que as obrigações são mútuas e de que as condições são recíprocas”.¹⁵

Essas “obrigações mútuas” e “condições recíprocas” tornaram o conceito de Pacto de Desenvolvimento muito controvertido.¹⁶ Os países desenvolvidos ficam constrangidos, na medida em que esse pacto procura lhes impor condições. Por conseguinte, a proposta de estabelecer pactos de desenvolvimento não foi nem plenamente endossada nem claramente rejeitada, embora tenha sido objeto de discussão nas reuniões do Grupo de Trabalho Aberto sobre o Direito ao Desenvolvimento, na Comissão de Direitos Humanos e na Assembléia Geral.¹⁷

A controvérsia que cerca o Pacto de Desenvolvimento emana da questão de como interpretar a abordagem do desenvolvimento fundamentada nos direitos humanos. Pela posição do Especialista Independente, esta é uma abordagem de fortalecimento (*empowerment*), exigindo que os objetivos do desenvolvimento sejam alcançados enquanto direitos humanos. Em outros termos, as metas de desenvolvimento

humano e social devem ser vistas como direitos que podem ser legitimamente reivindicados pelos indivíduos como detentores de direitos diante dos correspondentes detentores de deveres, tais como o Estado e a comunidade internacional. Essa posição contrasta nitidamente com as abordagens baseadas em direito adotadas pela maioria das agências de desenvolvimento, pelas instituições financeiras internacionais e pelos doadores bilaterais. Estes defendem o que pode ser definido como uma visão instrumental dos direitos humanos. A redução da pobreza é entendida como o objetivo principal do desenvolvimento, e os direitos humanos são percebidos como meios para atingir tais objetivos ou como princípios a serem seguidos, sem constituírem, por si mesmos, o objetivo do desenvolvimento. Dito de maneira simplificada, o objetivo da assistência ao desenvolvimento é erradicar a pobreza, e não respeitar e promover direitos humanos.

Fica claro, pelo exposto aqui, que a linha divisória entre os contendores acerca da abordagem do desenvolvimento com base nos direitos humanos diz respeito à definição desses direitos. Em outros termos, a promoção e a realização dos direitos humanos deve ser o objetivo fundamental do desenvolvimento, ou tais direitos constituem um meio para atingir o desenvolvimento?¹⁸ Para avaliar melhor as posições assumidas pelos debatedores faz-se necessário examinar mais de perto a fundamentação conceitual do Pacto de Desenvolvimento. Ela está baseada no significado do direito ao desenvolvimento, mas especificamente na existência ou não de uma obrigação de assistência e cooperação internacionais à luz dos Artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas, do Artigo 28 da Declaração Universal de Direitos Humanos, e do Artigo 2º, parágrafo 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A base conceitual para os pactos de desenvolvimento¹⁹

O Pacto de Desenvolvimento decorreu da interpretação que Sengupta faz do direito ao desenvolvimento como um processo específico de desenvolvimento que facilita e capacita a realização de todas as liberdades e de todos os direitos fundamentais, expandindo ainda a capacidade e a habilidade básicas das pessoas para usufruírem de seus direitos. Não pode

ser equiparado a um direito aos frutos do desenvolvimento, nem à soma dos direitos humanos existentes. Não se refere apenas à realização dos direitos individuais, mas, também ao modo pelo qual tais direitos são concretizados e o desenvolvimento é facilitado.²⁰

Sengupta argumenta ainda que a redução da pobreza poderia ser vista como a meta do direito ao desenvolvimento, e que as estratégias nacionais de redução da pobreza, quando implementadas com base no respeito aos direitos humanos, propiciarão um crescimento econômico com equidade e justiça. Ele define a abordagem fundamentada nos direitos humanos como “uma maneira que acompanha os procedimentos e as normas da legislação sobre direitos humanos, e é transparente, passível de prestação de contas, participativa, não-discriminatória, com equidade no processo decisório e no compartilhamento dos frutos ou resultados do processo”.²¹

Em suma, um programa de desenvolvimento baseado nos direitos humanos considerará as metas de desenvolvimento humano e social como direitos que podem ser reivindicados pelas pessoas, como titulares de tais direitos, contra os detentores das obrigações correspondentes, tais como o Estado e a comunidade internacional.

A interpretação dada por Sengupta para o desenvolvimento fundamentado nos direitos humanos decorre de seu desejo de estabelecer uma distinção entre “reconhecer o direito ao desenvolvimento como um direito humano [...] e a criação de obrigações legais relativas a esse direito”.²² No seu entender, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento não teria sentido se não houvesse a obrigação correspondente a tal direito.²³ Conseqüentemente, o direito ao desenvolvimento institui uma obrigação legal para os países desenvolvidos proverem recursos e assistência técnica àqueles países em desenvolvimento que não dispõem de capacidade para tanto. Essa interpretação levanta a questão sobre quem detém os direitos e os deveres em termos do direito ao desenvolvimento. Na interpretação de Sengupta, o detentor do direito ao desenvolvimento é o indivíduo, enquanto os detentores dos deveres são o Estado, no plano nacional, e os países desenvolvidos, no plano internacional.²⁴

Os países desenvolvidos rejeitam a existência de uma obrigação legal de prover assistência e cooperação internacionais,

dispondo-se apenas a aceitar uma obrigação moral e política. Para eles, o detentor do direito ao desenvolvimento é o indivíduo, mas o detentor do dever é, fundamentalmente, o Estado-Nação, com contribuições voluntárias vindas da comunidade internacional.²⁵

A visão dos países desenvolvidos fundamenta-se em sua preocupação com a possibilidade de que, se aceitarem a obrigação de prover assistência internacional a países em desenvolvimento, essa aceitação venha a ser tomada como um *fait accompli* por esses países, que poderiam vir a negligenciar sua responsabilidade primordial pelo desenvolvimento. Nessa perspectiva, tal resistência é compreensível.

Mas a obrigação de prover assistência poderia ser vista de outra maneira. Como Sengupta assinala em sua análise, a responsabilidade pelo desenvolvimento deve ser localizada em dois níveis, um nacional e outro internacional. Essa distinção também foi enfatizada pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral sobre a natureza das obrigações dos Estados-Partes, nos termos do Artigo 2º, parágrafo 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²⁶

Se for estabelecido por consenso que os Estados detêm a responsabilidade fundamental pelo desenvolvimento no plano nacional, e a comunidade internacional doadora se responsabiliza no plano internacional, podem-se envidar esforços com vistas a elaborar critérios – tais como indicadores e patamares referentes a direitos humanos –, para definir se o Estado nacional cumpriu sua obrigação, impondo conseqüentemente à comunidade internacional a obrigação de prover a assistência necessária.²⁷ Até que os parâmetros e indicadores de direitos humanos tenham sido definidos, o conceito de obrigação internacional de prestar cooperação e assistência continuará cercado de controvérsia e suspeitas.

Para encerrar essa questão, observamos que o Pacto de Desenvolvimento é controverso na medida em que se fundamenta na premissa de que é possível monitorar os detentores de deveres, identificar sua culpa por não facilitar o processo de desenvolvimento e cobrar suas obrigações. Esse aspecto foi apropriadamente descrito por Sengupta, ao dizer que a diferença de abordagem entre aquela adotada pela Estratégia de Redução da Pobreza do FMI/Banco Mundial e

pelo Quadro de Desenvolvimento Global, bem como pelos principais doadores bilaterais, de um lado, e a implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, de outro, é o reconhecimento explícito das obrigações das partes, inclusive daquelas da comunidade internacional.²⁸

À luz das observações precedentes, voltamo-nos à análise comparativa do Acordo de Cotonou, para verificar se este atende à abordagem fundamentada em direitos adotada pelo Pacto de Desenvolvimento.

Análise comparativa entre o Pacto de Desenvolvimento e o Acordo de Cotonou

O Pacto de Desenvolvimento e o Acordo de Parceria de Cotonou têm em comum alguns pontos fundamentais. Em primeiro lugar, ambos constituem acordos de desenvolvimento entre o Norte e o Sul; em segundo lugar, são de natureza contratual; e, por fim, seus objetivos incluem a redução e a erradicação da pobreza. No entanto, para determinar em que medida o Acordo de Cotonou atende à abordagem baseada em direitos do Pacto de Desenvolvimento, cabe, inicialmente, sublinhar os traços que mais se destacam nessa abordagem. Uma política de desenvolvimento fundamentada em direitos implica um processo que seja equitativo, não-discriminatório, participativo, transparente e responsável – e são estes os parâmetros que guiam nossa análise do Acordo de Cotonou.

Eqüidade

O conceito de eqüidade deriva do princípio de igualdade entre todos os seres humanos, princípio essencial em qualquer programa que vise implementar o direito ao desenvolvimento. Nesse sentido, a abordagem fundamentada em direitos do Pacto de Desenvolvimento procura atender à necessidade de igualdade quanto ao nível ou ao montante de benefícios decorrentes do exercício dos direitos. Por conseguinte, as políticas e os programas microeconômicos devem estar baseados em uma estrutura de desenvolvimento que reduza as disparidades na distribuição da renda ou, pelo menos, que não permita o aprofundamento de tais disparidades.²⁹ Isso implica a colocação da pessoa no centro

do quadro de desenvolvimento, fazendo dela a beneficiária desse desenvolvimento. Esse aspecto é reconhecido pelo Acordo de Cotonou, pelo qual “a cooperação será direcionada ao desenvolvimento sustentável centrado na pessoa humana, que é a principal protagonista e beneficiária do desenvolvimento”.³⁰ Resta, porém, ver até que ponto as políticas e os programas microeconômicos a serem implementados no âmbito do Acordo de Cotonou atenderão ao requisito de igualdade para todos, já que a ênfase é colocada no crescimento econômico por meio de reformas estruturais microeconômicas, privatização e liberalização do comércio. Tais políticas econômicas foram criticadas no passado por terem aumentado a pobreza e as disparidades entre as populações do terceiro mundo.³¹

Embora tais políticas econômicas possam contribuir para a promoção da eficiência e de um crescimento econômico acelerado, freqüentemente reduzem a capacidade do país para atender às necessidades e aos direitos básicos de sua população. Esse aspecto foi sublinhado no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2003. Segundo o Relatório sugere, os Objetivos 1 a 7 dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, referentes à erradicação da pobreza e à estabilidade do meio ambiente, não poderão ser atingidos sem que se alterem as políticas dos países ricos, tal como expressa o Objetivo 8.³² As políticas em questão são as tarifas e os subsídios dos países ricos que restringem o acesso dos países em desenvolvimento a seus mercados; as patentes que restringem o acesso a tecnologias que podem salvar vidas; além de dívidas insustentáveis com governos de países desenvolvidos e instituições multilaterais. A menos que os países desenvolvidos tomem alguma iniciativa nessa frente, a assimetria que atualmente caracteriza o sistema econômico mundial permanecerá.

Não-discriminação

O princípio de não-discriminação constitui outro componente fundamental de um Pacto de Desenvolvimento baseado em direitos. Exige que, no planejamento e na implementação de todas as políticas e práticas, não haja qualquer discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, opinião política ou outra, religião, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou qualquer outro critério – não apenas entre os beneficiários,

mas também entre os participantes e os beneficiários.³³

O princípio da não-discriminação foi acolhido no Acordo de Cotonou. Seu Artigo 9º, parágrafo 2º, reconhece a igualdade entre homens e mulheres. No Artigo 13, parágrafo 1º, as partes reiteram as obrigações e os compromissos consignados na lei internacional, no sentido de assegurar respeito pelos direitos humanos e eliminar todas as formas de discriminação, em especial aquelas baseadas em origem, sexo, raça, idioma e religião. Até que ponto esse compromisso com a não-discriminação estabelecido no Acordo de Cotonou satisfaz aos parâmetros do Pacto de Desenvolvimento baseado em direitos? Analisaremos dois exemplos sob essa perspectiva: os direitos das mulheres e os dos trabalhadores migrantes.

No que tange ao gênero, o Acordo de Cotonou declara que haverá uma prestação sistemática de contas da situação das mulheres e das questões de gênero em todas as áreas: política, econômica e social.³⁴ No entanto, não especifica como a inclusão transversal da questão de gênero pode ser alcançada na prática e não estabelece o papel da capacitação. Um amplo estudo das questões de gênero nesse documento verificou que

[...] de modo geral, o Acordo de Cotonou é pouco claro e aparentemente inconsistente no que diz respeito ao papel do gênero e às implicações dos aspectos atinentes à integração dos gêneros. Os artigos que tratam de cooperação econômica e comercial, ajustes estruturais e dívidas, turismo e outras questões econômicas 'complexas', bem como dos instrumentos e do gerenciamento da cooperação ACP-UE, não dispensam atenção ao gênero, nem sequer se mostram sensíveis aos problemas de gênero.³⁵

Quanto aos direitos dos migrantes, o acordo procura proteger apenas os direitos dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, desde que se encontrem legalmente residentes no território das partes contratantes.³⁶ Há uma recusa em estender tal proteção aos migrantes ilegais e seus familiares. A única proteção reservada aos migrantes ilegais ocorre no âmbito do processo instaurado para sua extradição ao país de origem. Essa é uma discriminação baseada no status legal da pessoa. De fato, o princípio de não-discriminação consignado no Acordo de Cotonou não satisfaz ao parâmetro mínimo da abordagem fundamentada em direitos proposta no Pacto de Desenvolvimento.

Participação

De acordo com o princípio de participação, todos os beneficiários e agentes envolvidos na implementação do direito ao desenvolvimento estão autorizados a participar dos resultados do processo de desenvolvimento, contribuir para eles e deles usufruir.³⁷ Na prática, isso significa acesso a informações e ao processo de tomada de decisões, bem como o exercício de poder na execução de projetos que conduzam ao programa de desenvolvimento. O Acordo de Cotonou contém dispositivos que promovem a abordagem participativa³⁸ e asseguram o envolvimento da sociedade civil e de atores econômicos e sociais, fornecendo-lhes informações sobre a parceria ACP–UE, em especial nos países do grupo ACP. Também garante consultas à sociedade civil sobre as reformas e as políticas econômicas, sociais e institucionais a serem apoiadas pela União Européia, recursos para atores não-estatais implementarem programas e projetos, e proporciona ainda a atores não-estatais o apoio adequado para sua capacitação.³⁹

Mas a implementação prática da abordagem participativa pode revelar-se problemática. Isso se deve ao fato de que a eficácia da participação, tanto no âmbito do Pacto de Desenvolvimento quanto no do Acordo de Cotonou, dependerá, em última análise, do poder e do status relativos das partes envolvidas. O fosso tecnológico e de recursos entre os países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento pode comprometer uma participação efetiva.

Esta tem sido uma falha fundamental do Pacto de Desenvolvimento de Sengupta. Exige que a Comissão de Assistência ao Desenvolvimento da OCDE organize um “grupo de apoio” para analisar, revisar e aprovar as políticas dos países em desenvolvimento que desejarem participar do pacto. De acordo com Piron (2003), esse modelo não articula de forma clara a participação dos atores não-estatais e pode enfraquecer o controle do país sobre o programa de desenvolvimento.⁴⁰ O Acordo de Cotonou sofre da mesma sina. Se, de um lado, os Estados do grupo ACP assumiram a responsabilidade de selecionar, preparar o dossiê, implementar e gerenciar os diversos projetos e programas a serem financiados nos termos do Acordo de Cotonou, a União Européia reteve o direito exclusivo de tomar as decisões de financiamento para tais projetos e programas.⁴¹

Transparência e responsabilização

Transparência e responsabilização (*accountability*) são dois outros princípios associados ao Pacto de Desenvolvimento. Isso envolve a especificação das obrigações dos diferentes detentores de deveres, que serão responsáveis por prestar contas do cumprimento de suas obrigações. Para tornar possível tal objetivo, os programas têm de ser concebidos de maneira transparente, estipulando expressamente todas as inter-relações e vinculações entre as diversas ações e seus autores.⁴² Nesse contexto, tais princípios procuram introduzir uma “reciprocidade nas condicionalidades” como parte do quadro geral de cooperação para o desenvolvimento. Como observamos anteriormente, a motivação em direção a tal abordagem foi o desejo do Especialista Independente de se afastar da condicionalidade unilateral imposta a uma das partes (usualmente, o país em desenvolvimento), que sempre caracterizou a cooperação internacional. O Acordo de Cotonou também foi concebido com essa condicionalidade unilateral.

Os elementos essenciais do Acordo incluem o respeito pelos direitos humanos, pelos princípios democráticos e pelo Estado de Direito, além de um bom governo, por parte dos Estados do grupo ACP.⁴³ Sujeito a um procedimento devidamente aceito pelas partes, o Acordo pode ser rescindido ou suspenso sempre que qualquer um desses elementos essenciais for violado.⁴⁴ Mas não há obrigações correspondentes por parte da União Européia, no sentido de cumprir seu compromisso de apoiar o desenvolvimento econômico e social dos membros do ACP.⁴⁵ Esse aspecto foi observado por Maxwell & Riddell (1998), ao questionarem se o conceito de parceria empregado no Acordo de Cotonou poderia justificar sanções à União Européia por atrasos no atendimento a seus compromissos com os Estados do ACP.

A ausência de “reciprocidade de obrigações” e de “reciprocidade de condicionalidade” no Acordo de Cotonou foi sem dúvida influenciada pela posição assumida pelas instituições financeiras internacionais e pelos países doadores em relação ao discurso sobre o direito ao desenvolvimento. Na visão dos países desenvolvidos, a lei internacional consigna apenas uma obrigação genérica de cooperar para o

desenvolvimento, e qualquer assistência concedida se baseia em considerações morais ou humanitárias.⁴⁶ Isso implica certas obrigações gerais de prover recursos financeiros e assistência apropriada ao Sul, mas um determinado país não possui deveres específicos de auxiliar outro país, nem de disponibilizar um montante estabelecido de recursos para tal auxílio.⁴⁷ Karin Arts demonstra claramente essa visão ao argumentar que, no contexto do Tratado de Lomé, os países em desenvolvimento não têm direito a receber assistência para o desenvolvimento de um determinado país desenvolvido, mas podem apenas recorrer a um conceito geral e essencialmente não-exequível de direito ao desenvolvimento.⁴⁸

A posição adotada pelos países do Norte sobre o direito ao desenvolvimento teve amplas consequências para o Acordo de Cotonou. O preâmbulo do Acordo instava todas as partes a observar os princípios consignados na Carta das Nações Unidas, na Carta Internacional de Direitos Humanos, bem como nos diversos instrumentos regionais de direitos humanos – Convenção Européia sobre Direitos Humanos, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, foi simplesmente omitida do texto do Acordo de Cotonou. A fundamentação para tanto foi, indubitavelmente, o desejo de excluir do âmbito do Acordo o dissenso no debate sobre o direito ao desenvolvimento.⁴⁹

Diante do exposto, pode-se argumentar que o Acordo de Cotonou, embora compartilhe algumas das características do Pacto de Desenvolvimento proposto por Sengupta, não constitui um exemplo do Pacto. Quais são, então, as limitações práticas do Pacto de Desenvolvimento?

Limitações práticas do Pacto de Desenvolvimento

A primeira limitação do Pacto de Desenvolvimento proposto por Sengupta diz respeito a como obter uma participação suficiente de todas as partes interessadas, inclusive da sociedade civil, no processo de desenvolvimento. Se o pacto deve ser financiado por meio de “grupos de apoio” formados pelos países doadores, é provável que os programas nacionais de desenvolvimento somente sejam aprovados se satisfizerem os objetivos dos doadores e as normas da política internacional. Tal circunstância limitará o

controle do país sobre seus programas. Esta é a conclusão do próprio Sengupta em seu Quinto Relatório, no qual compara o modelo do Pacto de Desenvolvimento com a atual abordagem de parcerias para o desenvolvimento – como os Documentos Estratégicos sobre Redução da Pobreza; os Quadros Gerais de Desenvolvimento do Banco Mundial; a Avaliação Conjunta do País, da ONU; e a Matriz de Cooperação das Nações Unidas para o Desenvolvimento.⁵⁰

Um segundo obstáculo a ser transposto pelo Pacto de Desenvolvimento é a visão instrumental dos países desenvolvidos em relação aos direitos humanos. Um pacto baseado em direitos exige que a definição dos programas de desenvolvimento tenha os direitos humanos entre seus principais objetivos. De acordo com Piron (2003), a aplicabilidade dessa abordagem é questionável, tendo em vista que os países desenvolvidos consideram a erradicação da pobreza como o objetivo principal da assistência concedida; o respeito aos direitos humanos, ou sua promoção, é apenas incidental.⁵¹ Além disso, os países em desenvolvimento também tendem a se opor ao Pacto porque “ainda vêm com reservas a idéia de vincular as obrigações internacionais de direitos humanos ao processo de desenvolvimento nacional, que consideram como uma forma de condicionalidade”.⁵²

A terceira dificuldade é a questão da responsabilização (*accountability*). De que modo os indivíduos de um país em desenvolvimento podem exigir um direito ou validar uma reivindicação a um país doador, especialmente diante da inexistência de mecanismos de prestação de contas no plano internacional? Essa questão torna-se ainda mais pertinente ao observarmos que a maioria dos governos doadores apenas se considera responsável perante seus próprios parlamentos. É a eles que devem prestar contas pelas políticas de desenvolvimento, e não aos cidadãos das nações receptoras da ajuda.

Mas a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou uma abordagem distinta. Ao avaliar os relatórios de países desenvolvidos, tais como a Itália e o Japão, a Comissão começou a questionar as delegações sobre os esforços empreendidos com vistas ao atendimento de suas obrigações nos termos do Artigo 2º, parágrafo 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁵³ Além disso, como já ficou dito, o Relatório de Desenvolvimento

Humano de 2003 deixa claro que mudanças nas políticas dos países ricos em termos de ajuda, perdão de dívidas, comércio e transferência de tecnologia (oitavo dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio) são fundamentais para que os demais sete Objetivos sejam atingidos.⁵⁴

A quarta limitação diz respeito à incapacidade de o Pacto de Desenvolvimento reconhecer as realidades atuais nas relações internacionais. A maioria dos países doadores assume o auxílio ao desenvolvimento como ferramenta de sua política externa. A ajuda é utilizada como catalisador para atingir determinados objetivos internacionais. Por exemplo: durante o debate no Conselho de Segurança da ONU em torno de uma segunda resolução autorizando o uso da força contra o Iraque, foi dito que os Estados Unidos estavam oferecendo ajuda a países do terceiro mundo, tal como a Guiné, membro temporário do Conselho de Segurança, em troca de votos de apoio a uma resolução favorável à guerra. Durante a revisão da IV Convenção de Lomé, representantes da Comissão Europeia e de Estados-Membros revelaram, em entrevistas, que entendiam os aumentos nos programas de ajuda como o ás na manga da União Europeia para induzir os Estados do ACP a aceitar as propostas de significativas alterações na Convenção.⁵⁵ Dado esse contexto, os principais atores nas relações internacionais, que são também os principais países doadores, dificilmente viriam a apoiar o Pacto de Desenvolvimento – não apenas porque lhes impõe obrigações e sanções, mas, também, porque reduz sua capacidade de influenciar relações e negociações internacionais.⁵⁶

O Pacto de Desenvolvimento baseia-se na interpretação conceitual do Especialista Independente em relação ao Direito ao Desenvolvimento consignado na Declaração de 1986, que a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já afirmou não ter sido concebida como instrumento operacional, e sim como declaração de princípios gerais.⁵⁷ Nesse contexto, é fácil perceber as dificuldades práticas que o Pacto de Desenvolvimento terá de enfrentar.

Conclusão

O Acordo de Cotonou é um documento operacional firmado entre os países do ACP e a União Europeia, enquanto o Pacto de Desenvolvimento ainda se encontra na prancheta, como

uma proposta do Especialista Independente para a implementação do direito ao desenvolvimento. Ambos têm em comum os princípios de igualdade, não-discriminação e participação. Sua convergência cessa, no entanto, quando se trata do princípio de responsabilização (*accountability*). Tal como a maioria dos acordos de cooperação que o precederam, o Acordo de Cotonou impõe aos países do ACP condições de respeito aos direitos humanos, aos princípios democráticos, ao Estado de Direito e a um bom governo, sem que se imponha à União Européia uma contrapartida de cumprir seu compromisso de fornecer recursos para o desenvolvimento econômico e social.⁵⁸

A ausência de reciprocidade nas obrigações constitui a principal diferença entre o Acordo de Cotonou e o Pacto de Desenvolvimento. O pacto foi concebido de modo a garantir aos países em desenvolvimento que, se desempenharem sua parte no acordo e cumprirem suas obrigações, o programa não será bloqueado por falta de cooperação internacional. Assegura-se tal garantia mediante uma identificação clara das obrigações dos detentores de direitos e de deveres, tornando exequíveis seus respectivos compromissos.

A base conceitual para o Pacto de Desenvolvimento reside na perspectiva adotada pelo Especialista Independente de que a abordagem do desenvolvimento baseada em direitos é aquela que estabelece como seu objetivo principal a realização dos direitos humanos, além da atribuição de poder (*empowerment*). Essa postura é radicalmente diferente da adotada pelos principais países doadores. Para eles, o objetivo do desenvolvimento é a erradicação da pobreza e não, fundamentalmente, o respeito e a promoção dos direitos humanos. Ambos os lados concordam com uma abordagem baseada em direitos, mas divergem quanto a sua interpretação, particularmente sobre a questão da responsabilização (*accountability*). Trata-se do mesmo “impasse conceitual” que caracterizou a aprovação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986. Até que seja superado, não haverá avanços, e o Pacto de Desenvolvimento de Sengupta permanecerá na prancheta.

NOTAS

1. Aprovada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral da ONU, em 4 de dezembro de 1986, com 146 votos a favor, um voto contra (Estados Unidos) e oito abstenções (incluindo Alemanha, Japão e Reino Unido).
2. Ver a Declaração e o Programa de Ação de Viena, de junho de 1993, itens 10, 11, 72 e 73.
3. Resolução da Comissão de Direitos Humanos 1988/72, aprovada por aclamação em 22 de abril de 1998. Até a presente data, o Especialista Independente apresentou seis relatórios ao Grupo de Trabalho Aberto.
4. A idéia de um "pacto" foi inicialmente sugerida pelo Ministro das Relações Exteriores da Noruega, T. Stoltetenberg, no final da década de 80, sendo posteriormente detalhada por outros economistas do desenvolvimento e nos Relatórios do Desenvolvimento Humano. Ver A. Sengupta, nov. 2002.
5. O texto do Acordo de Cotonou, assinado em 23 de junho de 2000, pode ser encontrado em <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/r12101.htm>>. Acesso em 24 jan. 2005.
6. Os países da União Européia signatários do Acordo de Cotonou foram: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia. A partir de 1º de maio de 2004, a União Européia compreende 10 novos Estados-Membros: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Tcheca.
7. O Grupo ACP foi fundado em 1975, com a assinatura do Acordo de Georgetown, e inclui os seguintes países: Angola, África do Sul, Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Benin, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camarões, Tchad, Ilhas Comores, Congo, Costa do Marfim, Djibuti, Eritréia, Etiópia, República de Fiji, Gabão, Gâmbia, Gana, Granada, Guiana, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Haiti, Ilhas Cook, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Jamaica, Kiribati, Lesoto, Libéria, Madagascar, Malawi, Mali, Maurício, Mauritânia, Micronésia, Moçambique, Namíbia, Nauru, Níger, Nigéria, Niue, Palau, Papua-Nova Guiné, Quênia, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, República Dominicana, Ruanda, Samoa, São Tomé e Príncipe, Senegal, Serra Leoa, Seychelles, Somália, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Sudão, Suriname, Suazilândia, Tanzânia, Timor Leste, Togo, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Zâmbia e Zimbábue. Vale observar que Cuba é signatária do Grupo ACP, mas não do Acordo de Cotonou.
8. Artigo 1º do Acordo de Cotonou.

9. Ver S. Marks, 2003, pp. 2-6. O texto descreve as posturas políticas adotadas pelos governos do Norte e do Sul no âmbito das Nações Unidas quanto ao direito ao desenvolvimento.
10. Ver A. Sengupta, 2001, parágrafo 54.
11. Id., parágrafos 59-61.
12. Id., parágrafo 57. Ver também Sengupta (2000), em que o autor argumenta que a redução no nível de pobreza poderia ser vista como meta do direito ao desenvolvimento e que os planos nacionais de redução da pobreza, quando implementados com base nos direitos humanos, podem constituir uma maneira de concretizar esse direito.
13. Ver Sengupta, 2001, parágrafos 68 a 74.
14. Id., parágrafo 63.
15. Id., parágrafo 54.
16. Para uma crítica do Pacto de Desenvolvimento, ver Piron, 2003, pp. 46-61.
17. Id., p. 46.
18. Para uma ampla discussão sobre os papéis constitutivo e instrumental dos direitos humanos para o desenvolvimento, ver Amartya Sen (1999, cap. 2).
19. Para uma apresentação geral do Pacto de Desenvolvimento, ver Sengupta, nov. 2002, pp. 838-889.
20. Id., pp. 848-852.
21. Id., *ibid.*
22. Id., p. 842.
23. Sengupta, 2001, parágrafo 53.
24. Sengupta, nov. 2002, pp. 876-880.
25. Ver Piron, 2002.
26. Ver Comentário Geral n. 3, parágrafos 11-14. Ver também "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", 9 *Human Rights Quarterly*, 1987, pp. 122-135, parágrafos 25-29. Disponível em <<http://www2.law.uu.nl/english/sim/instr/limburg.asp>>. Acesso em 24 jan. 2005.
27. Ver Paul Hunt, 2002, p. 115: o autor informa que a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais está desenvolvendo indicadores e parâmetros de direitos humanos.

28. Sengupta, 2001, parágrafo 52. Esse ponto também foi abordado em Sengupta, set. 2002, pp. 12-15.
29. Sengupta, 2001, parágrafos 26-28.
30. Artigo 9º, parágrafo 1º do Acordo de Cotonou.
31. Em seu Relatório Anual de 1989, o Banco Mundial admitiu terem sido levantadas dúvidas sobre os efeitos de suas políticas de ajuste: "Pouco se sabe sobre o efeito geral que os programas de ajuste têm sobre a pobreza" (World Bank Annual Report, Washington, 1989, p. 81).
32. Ver Human Development Report 2003, p. 11. Disponível em <<http://www.undp.org/hdr2003/>>. Acesso em 25 jan. 2005.
33. Sengupta, 2001, parágrafo 29.
34. Artigo 31 do Acordo.
35. Karin Arts, "Gender Aspects of the Cotonou Agreement", WIDE, jan. 2001, pp. 11-12. Disponível em <<http://www.genderandtrade.net/Cotonou/WIDE%20Gender%20and%20Cotonou.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2005.
36. Artigo 13 do Acordo de Cotonou.
37. Sengupta, 2001, parágrafo 30.
38. Ver Artigos 2º e 9º do Acordo de Cotonou.
39. Ver Artigos 4º e 5º do Acordo de Cotonou.
40. Piron, 2003, pp. 56-57.
41. Artigo 57 do Acordo de Cotonou.
42. Sengupta, 2001, parágrafo 31.
43. Ver Artigo 9º do Acordo de Cotonou.
44. Ver Artigos 96 e 97 do Acordo de Cotonou.
45. Ver, em termos gerais, os Artigos 25, 26 e 27 do Acordo de Cotonou.
46. Ver, por exemplo, o ponto de vista britânico no documento do DFID (Department for International Development) do Reino Unido, "Eliminating World Poverty: Making Globalisation Work for the Poor". Informe oficial sobre o desenvolvimento internacional. Dez. 2000, p. 14.
47. Ver P. Alston & G. Quinn (1987); Mathew Craven (1995, p. 49). Ver também Paul Hunt, Manfred Nowak & Saddiq Osmani, "Human Rights and Poverty Reduction Strategies". Minuta para discussão elaborada para o Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Fevereiro de 2002, p. 18.

- 48.** Karin Arts, "Integrating Human Rights into Development Cooperation: The Case of the Lome Convention", Kluwer Law International, p. 44, 2000.
- 49.** A posição da União Europeia sobre o direito ao desenvolvimento parece estar passando por mudanças. Nesse sentido, a embaixadora da Irlanda, Mary Whelan, declarou recentemente: "Em nome da União Europeia, quero reiterar nosso compromisso com o direito ao desenvolvimento, tal como consignado na Declaração e no Programa de Ação de Viena. Esse é um compromisso que também se expressa nas parcerias e nos acordos de desenvolvimento que mantemos com diversos países no mundo todo". Ver discurso proferido pela embaixadora na 60ª Sessão da Comissão das Nações Unidas para Direitos Humanos, em 23 de março de 2004.
- 50.** Ver Sengupta, set. 2002, pp. 12-15.
- 51.** Ver Piron, 2003, p. 56.
- 52.** Id.
- 53.** Hunt, 2002, pp. 113-114.
- 54.** Sengupta, 2002.
- 55.** Entrevistas dadas em Bruxelas em 26 e 27 de maio de 1993, citadas em W. Brown, 2002, p. 134.
- 56.** Para uma discussão do papel dos direitos humanos na política exterior dos países desenvolvidos, ver P. Baehr, 1996.
- 57.** Ver "The Incorporation of Economic, Social and Cultural Rights into the United Nations Development Assistance Framework (UNDAF) Process". Comentários adotados pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 15 de maio de 1998, parágrafo 5, citado em Anne Orford, 2001, pp. 127-172.
- 58.** Esta é, segundo alguns autores, a condicionalidade em estado puro. Ver P. Hilpold, 2002, pp. 53 a 63-64.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTON, Philip & QUINN, Gerard. “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights”. 9 *Human Rights Quarterly*, 156, 1987.
- ARTS, Karin. “Integrating Human Rights into Development Cooperation: The Case of the Lome Convention”. *Kluwer Law International*, 2000.
- BAEHR, Peter. *The Role of Human Rights in Foreign Policy*. 2.ed. Macmillan Press Limited, 1996.
- BROWN, William. *The European Union and Africa*. Londres: I. B. Tauris, 2002.
- CRAVEN, Mathew. “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development”. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- HILPOLD, Peter. “EU Development Cooperation at a Crossroads: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance”. 7 *European Foreign Affairs Review*, n. 1, pp. 53-72, 2002.
- HUNT, Paul. “Using Rights as a Shield”. *Human Rights Law and Practice*, v. 6, n. 2, jun. 2002.
- MARKS, Stephen. “Obstacles to the Right to Development”. *Working Paper* n. 17, pp. 2-6, 2003. Disponível em <http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/FXBC_WP17—Marks.pdf>. Acesso em 15 mar. 2005.
- MAXWELL, Simon & RIDDELL, Roger. “Conditionality or Contract: Perspectives on Partnership for Development”. *Journal of International Development*, v. 10, n. 2, pp. 256-261, 1998.
- ORFORD, Anne. “Globalisation and the Right to Development”. In: P. Alston (ed.), *Peoples’ Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- PIRON, Laure-Hélène. *The Right to Development: A Review of the Current State of the Debate for the Department of International Development*. Abril de 2002. Disponível em <http://www.odi.org.uk/pppg/publications/papers_reports/dfid/issues/rights01/right_to_dev.pdf>. Acesso em 25 jan. 2005.

_____. “Are Development Compacts Required to Realize the Right to Development?”. In: Franciscans International (ed.) *Right to Development: Reflections on the First Four Reports of the Independent Expert on the Right to Development*, pp. 46-61. Genebra, 2003.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SENGUPTA, Arjun. “Second Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1. 11 set. 2000. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/\\$File/G0015327.pdf?OpenElement](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/$File/G0015327.pdf?OpenElement)>. Acesso em 24 jan. 2005.

_____. “Fourth Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2002/WG.18/2. 20 dez. 2001. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/42fb12931fb5b561c1256b60004abd37?Opendocument>>. Acesso em 15 mar. 2005.

_____. “Fifth Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2002/WG.18/6. 18 set. 2002. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bc51cabde398c157c1256c4b002a0051?Opendocument>>. Acesso em 24 jan. 2005.

_____. “On the Theory and Practice of the Right to Development”. 24 *Human Rights Quarterly*, nov. 2002. Disponível em <http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/toc/hrq24.4.html>. Acesso em 24 jan. 2005.

STEVEN FREELAND

Professor de Direito Internacional da Universidade Western Sydney, Austrália.

RESUMO

Ao longo dos tempos, os conflitos armados têm sempre causado significativa destruição do ambiente. Até recentemente, isso era visto como uma consequência infeliz, mas inevitável, apesar do desastroso impacto sobre as populações humanas. No entanto, à medida que a natureza e a extensão dos direitos ambientais passaram a ser mais amplamente reconhecidas, a devastação deliberada do ambiente como parte dos objetivos estratégicos e militares deixou de ser aceitável – principalmente após o desenvolvimento de armas capazes de causar danos graves e duradouros em vastas áreas. Este artigo demonstra que, em determinadas circunstâncias, a destruição deliberada do ambiente durante uma guerra deve ser vista como “Crime contra o Meio Ambiente”, passível de responsabilização penal internacional. Examina também as normas jurídicas internacionais que se aplicam à proteção do ambiente no curso de conflitos armados e analisa até que ponto o Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar atos que prejudicam de maneira significativa os direitos ambientais das populações visadas. [Original em inglês.]

DIREITOS HUMANOS, MEIO AMBIENTE E CONFLITOS: ENFRENTANDO OS CRIMES AMBIENTAIS*

Steven Freeland

O meio ambiente não é uma abstração, pois representa o espaço vital, a qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, inclusive das gerações ainda por vir.¹



É fato amplamente reconhecido que as questões ambientais constituem um componente importante dos direitos básicos do ser humano. A Declaração de Estocolmo, de 1972, estabelece: “O ser humano tem o direito fundamental a [...] um ambiente de uma qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar [...]”.² Dezesesseis anos depois, o Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos no Campo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou o “direito a viver em um ambiente saudável”, direito que foi inscrito nas constituições nacionais de muitos países. Embora ainda haja alguma discussão em torno de uma definição jurídica precisa para os conceitos vigentes que aparecem acerca dos “direitos ambientais”, não restam dúvidas a propósito do estreito relacionamento entre direitos humanos e meio ambiente.

De forma similar, está claro que a depredação deliberada do meio ambiente pode gerar efeitos catastróficos não apenas em termos ecológicos, mas também sobre as populações humanas. Ações estrategicamente planejadas para destruir uma parte importante do meio ambiente representam uma infração aos direitos humanos básicos das pessoas afetadas. A relação entre a segurança humana e um ambiente seguro e habitável é fundamental, em particular no que tange ao acesso aos recursos naturais. Se esse intrincado inter-relacionamento for perturbado

* Este artigo deriva em parte de um documento denominado “Human Security and the Environment – Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court”, apresentado na 12th Annual Conference of the Australian and New Zealand Society of International Law – “International Law and Security in the Post-Iraq Era: Where to for International Law?” – realizada em Camberra, Austrália, de 18 a 20 de junho de 2004. Disponível em <<http://www.law.usyd.edu.au/scigl/anzsil/>>. Acesso em 14 fev. 2005.

Ver as notas deste texto a partir da página 140.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 144.

de forma significativa pela ação deliberada de terceiros, as vidas ou as condições de vida daqueles que dependem do ambiente natural podem ser postas em risco, ou mesmo destruídas.

No entanto – especialmente em contextos bélicos –, temos testemunhado inúmeros atos destinados à destruição deliberada do ambiente natural, tendo em vista metas estratégicas. O aniquilamento intencional do ambiente como método para ameaçar a segurança humana vem se tornando de forma crescente uma tática empregada em conflitos,³ dando origem a termos como “ecocídio” ou “geocídio”. Uma das conseqüências trágicas dos conflitos reside no fato de que o ambiente natural é quase sempre vulnerável aos objetivos bélicos ou às armas de guerra. É difícil esquecer as imagens fantasmagóricas do incêndio de 736 poços de petróleo no Kuwait, provocado pelas forças em retirada, no final da primeira invasão iraquiana; ou a drenagem sistemática dos pântanos de al-Hawizeh e al-Hammar, no sul do Iraque, pelo regime de Saddam Hussein, destruindo de fato a base de subsistência de 500 mil árabes dos pântanos, que habitavam esse ecossistema único.

Mais recentemente, a Human Rights Watch estimou que, no curso da invasão do Iraque em 2003, as forças americanas e britânicas utilizaram cerca de 13 mil *cluster bombs* – contendo quase 2 milhões de minibombas –, e causaram com isso elevados danos humanos e ambientais. São constantes as menções ao uso, pelas forças da coalizão no Iraque, de obuses de urânio enriquecido, alguns dos quais têm uma meia-vida de vários milhões de anos. No momento em que escrevo este artigo, o mundo está testemunhando uma catástrofe humanitária e ambiental na região ocidental de Darfur, no Sudão, com o envenenamento de poços e instalações de água potável vitais, como parte de uma estratégia deliberada da milícia árabe Janjaweed, com o apoio do governo central, para eliminar ou remover os africanos de etnia negra residentes na região.⁴

Outra ligação significativa entre o ambiente e os conflitos humanos nem sempre é levada em conta: o acesso aos recursos naturais – ou a falta de acesso –, às vezes basta, por si só, para disparar o gatilho de um conflito. Uma das tensões latentes entre Israel e a Síria é o acesso à água. O Programa Ambiental das Nações Unidas relatou que os danos ambientais têm sido uma causa importante dos distúrbios políticos e dos conflitos na República Democrática do Congo e no Haiti. Embora haja muito

trabalho a ser feito para estabelecer de modo mais preciso a natureza e a extensão da relação entre a degradação ambiental, a pobreza e os conflitos políticos e sociais, parece inegável a lógica de que existe alguma forma de conexão. Tal fato foi reconhecido pelo Conselho de Segurança da ONU que, em janeiro de 1992, concluiu:⁵ “A ausência de guerra e de conflitos militares entre os Estados não garante por si só a paz e a segurança internacionais. As fontes não-militares de instabilidade nos campos econômico, social, humanitário e ecológico tornaram-se ameaças à paz e à segurança internacionais. As Nações Unidas como um todo têm de dar prioridade máxima à solução desses problemas” (grifo nosso).

Ações intencionais para causar ampla destruição ambiental e que afetam de modo expressivo determinados grupos de pessoas representam não apenas um aspecto estratégico dos conflitos, mas também um fator de intensificação do próprio conflito. Por isso, é importante dispor de medidas apropriadas de intervenção que respondam à destruição ambiental deliberada, em situações de guerra.

Em uma época em que a moral, a ética e o direito internacional passaram a reconhecer os direitos dos indivíduos, e em que os conceitos de direitos ambientais e ecológicos vêm ganhando aceitação geral, é natural que a destruição deliberada do ambiente durante conflitos armados seja enquadrada por rigorosas normas jurídicas internacionais. Além disso, em determinadas circunstâncias, tal destruição deveria resultar em responsabilização penal individual, no plano internacional. Se a destruição ambiental for conduzida de modo a causar danos graves e implicar sofrimento humano, tal ação deveria constituir crime contra a comunidade internacional como um todo e, portanto, crime internacional – apropriadamente chamado “Crime contra o Meio Ambiente”.

Um regime legal que permitisse a responsabilização criminal individual no plano internacional, em caso de destruição significativa e deliberada do meio ambiente, levaria os dirigentes militares e políticos a avaliar com mais cuidado as conseqüências de seus atos. Promoveria a importância da proteção do ambiente e dos direitos ambientais, mesmo em tempos de guerra, estigmatizando publicamente ações que desprezam tais direitos. Desse modo, a destruição ambiental não seria mais uma mera conseqüência colateral dos conflitos.

Nesse contexto, este artigo tem dois propósitos. Primeiro, examinar as principais normas jurídicas internacionais que se aplicam à proteção do ambiente em períodos de guerra, e verificar em que medida tais ações podem resultar em responsabilização penal. A esse respeito, será visto que o direito internacional, em geral, evita imputar a indivíduos a responsabilidade penal por qualquer destruição deliberada em grande escala. Na seqüência, verificar em que medida, e sob quais circunstâncias, ações concebidas deliberadamente para destruir o meio ambiente podem ser enquadradas na jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos do Estatuto de Roma, de 1998. Chega-se à conclusão que, embora sejam mínimas as referências à questão ambiental no Estatuto de Roma, há várias opções potenciais para classificar os crimes ambientais nas tipologias de crimes consignadas no referido instrumento.

Responsabilidade penal individual ou responsabilidade do Estado?

Antes de examinarmos se e de que modo um crime cometido contra o meio ambiente pode resultar em responsabilização penal individual, há uma questão preliminar, mas fundamental, a ser discutida: quem deveria ser responsabilizado por crimes ambientais nos casos em que há envolvimento significativo do Estado na destruição: apenas os indivíduos em questão ou, em acréscimo, o próprio Estado enquanto tal?

Em relação a crimes internacionais, o julgamento pronunciado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg representa a visão tradicional. O Tribunal declarou que “há muito tempo se reconhece que a lei internacional impõe deveres e responsabilidades aos indivíduos, bem como aos Estados [...] Crimes contra a lei internacional são cometidos por seres humanos, não por entidades abstratas, e somente punindo os indivíduos que cometem tais crimes é possível validar os dispositivos da lei internacional [...]”.

Esse ponto de vista se reflete nos poderes jurisdicionais de todos os tribunais penais internacionais criados depois, incluindo o Tribunal Penal Internacional. De modo geral, esses tribunais não foram concebidos para investigar e julgar atos praticados por entidades abstratas, especialmente Estados. O TPI tem o poder de exercer jurisdição sobre pessoas físicas, não sobre

Estados. Não há, nos dias de hoje, qualquer possibilidade de o TPI iniciar um processo penal contra um Estado por um crime internacional, tal como o de atos planejados para produzir significativa degradação ambiental. Os Estados, por sua vez, podem ter algum grau de responsabilidade jurídica pela prática de crimes internacionais, nos termos dos princípios da Responsabilidade dos Estados; um Estado pode também ser culpabilizado em consequência de um crime internacional cometido por um de seus representantes.

Mas trata-se aqui de um nível de culpabilidade bem diverso de outro que pudesse atribuir ao próprio Estado uma responsabilidade penal. Essa distinção não é mera questão de semântica; contém em si a mensagem de que, independentemente do grau de envolvimento de um Estado, seu grau de culpabilidade por atos que gerem consequências gravíssimas para os seres humanos e para o ambiente é inferior aos padrões pelos quais julgamos os indivíduos.

Contudo, não faz muito tempo que a noção de crime internacional cometido por um Estado foi prevista pela Comissão de Direito Internacional. Tendo recebido, em 1949, a incumbência de elaborar um projeto sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais, essa Comissão apresentou o projeto do Artigo 19 em princípios da década de 1970. Ao especificar as formas que um ato internacionalmente ilícito cometido por um Estado pode assumir, esse Artigo estabeleceu uma distinção entre delitos e crimes internacionais.

Na definição de crime internacional,⁶ o projeto apresentava uma lista de ações que poderiam resultar em tal crime, entre as quais:⁷ “(d) violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e a preservação do ambiente humano, tal como a proibição da poluição maciça da atmosfera ou dos mares”.

Por sua vez, os Artigos 52 e 53 do projeto dispunham sobre as consequências decorrentes de um Estado cometer um crime internacional, incluindo a possibilidade de sanções coletivas.⁸

Na época de sua apresentação, a proposta de redação do Artigo 19 obteve apoio parcial, em particular dos países em desenvolvimento e da Europa Oriental. Em seu comentário ao projeto, a Comissão observou:⁹ “O direito internacional contemporâneo atingiu o ponto de condenar diretamente a

prática de determinados Estados que [...] agem [...] de modo a colocar em grave risco a preservação e a conservação do meio ambiente humano [...] esses atos constituem, efetivamente, ‘crimes internacionais’, ou seja, ilícitos internacionais que são mais sérios do que outros e que, dessa forma, devem resultar em conseqüências legais mais rigorosas”.

A despeito desses pontos de vista, o Artigo 19 levantou muita controvérsia em outros Estados, bem como entre os comentaristas e vários membros da própria Comissão de Direito Internacional. Para alguns deles, o texto sugeria a aceitação do conceito de responsabilidade coletiva, de toda a população de um Estado, pelos atos de seus líderes, e também o conceito de punição coletiva.¹⁰ No final, o projeto do Artigo 19 (e dos Artigos 52 e 53, a ele associados) não foi incluído na versão aprovada pela Comissão em 2001 e adotada depois pela Assembléia Geral, ainda no mesmo ano.¹¹ Com efeito, é improvável que a noção de responsabilidade criminal internacional de um Estado represente atualmente a postura geral e a prática dos Estados (das quais decorre a lei internacional consuetudinária), embora os sentimentos enunciados no Artigo 19 talvez manifestem o surgimento de uma tendência em relação à legislação sobre danos ambientais resultantes de políticas deliberadas implementadas pelos Estados.

Nesse sentido, para lidar com algumas formas de destruição deliberada do meio ambiente, vários mecanismos de imposição de sanções têm sido instituídos no plano internacional contra um Estado. Após os danos ambientais provocados tanto no Kuwait quanto na Arábia Saudita pelo regime iraquiano, durante a invasão do Kuwait e imediatamente depois dela, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 687 que, em parte, determinava que o Iraque era “[...] responsável, nos termos da lei internacional, por quaisquer perdas e danos patrimoniais – incluindo danos ambientais e perda de recursos naturais – ou danos pessoais a Governos estrangeiros, cidadãos e empresas, como resultado da invasão e da ocupação ilegais do Kuwait”.¹² Foi estabelecido um fundo de compensação, a ser administrado por uma Comissão de Compensação das Nações Unidas,¹³ que também trata das demandas apresentadas, no momento totalizando 350 bilhões de dólares por danos causados pela invasão e subsequente ocupação do Kuwait pelo Iraque.

Embora uma sentença indenizatória constitua, nesses casos, um importante mecanismo concebido para remediar os danos causados ao meio ambiente, talvez não tenha repercussões sobre as graves conseqüências da ação empreendida, que podem ter resultado em muitas seqüelas e em muitas vidas perdidas. Dado que o direito internacional ainda não tem como responsabilizar criminalmente um Estado, cabe avaliar de que modo as pessoas que orquestraram o dano ambiental para atender a determinados fins podem ser individualmente processadas, em um fórum internacional.

Faz-se necessário, portanto, examinar as normas jurídicas internacionais existentes que se aplicam aos conflitos armados.

A legislação existente para proteger o ambiente durante conflitos

É lamentável o fato de que a guerra e os conflitos armados parecem constituir elementos inevitáveis da sociedade humana. Além disso, não se pode impedir que uma guerra resulte em danos ambientais, em especial diante do rápido progresso da tecnologia militar. Dois tipos principais de tratados internacionais se destacam nesse assunto: os Acordos Ambientais Multilaterais [MEAs, na sigla em inglês] e os tratados que constituem o cerne do direito humanitário internacional (*jus in bello*), regulamentando a condução geral das ações bélicas. Esta última categoria inclui um pequeno número de tratados especificamente direcionados para a proteção do meio ambiente.

Eventos como a Primeira Guerra do Golfo, em 1991, demonstraram a inadequação dos princípios existentes, ao menos no que diz respeito à imputação de responsabilidade criminal. É evidente que os indivíduos admitem uma responsabilidade para com o meio ambiente. Contudo, o conceito de crimes ambientais internacionais não tem sido objeto, até muito recentemente, de uma atenção específica no âmbito do direito humanitário internacional, nem do direito internacional penal (que vem conhecendo rápida expansão em outros domínios), e, em grande medida, vem sendo ignorado pelo direito ambiental internacional.

Vários instrumentos ambientais internacionais especificam a necessidade geral de que todas as pessoas “protejam e preservem o meio ambiente”.¹⁴ Essa obrigação se estende também aos

Estados, em particular no contexto de conflitos. Assim, por exemplo, o Princípio 24 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992 (Declaração do Rio), estipula:¹⁵ “A guerra é, por definição, prejudicial ao desenvolvimento sustentável. Os Estados irão, por conseguinte, respeitar o direito internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflitos armados e irão cooperar para seu desenvolvimento progressivo, quando necessário”.

Contudo, a atual ordem jurídica internacional para o meio ambiente não leva suficientemente em conta o crescente risco de destruição ambiental maciça provocada por indivíduos e Estados que tenham acesso a novas armas ou tecnologias com poder de devastação. Em geral, os esforços multilaterais empreendidos para lidar com a questão dos danos ambientais se concentram na elaboração de sistemas jurídicos que especifiquem a atribuição de responsabilidades decorrentes da infração a uma obrigação internacional, dando origem a princípios tradicionais de responsabilidade dos Estados. Ainda assim, é freqüente que deixem de ser devidamente encaminhadas questões importantes, mas não resolvidas, referentes à responsabilidade dos Estados quanto ao ambiente.

Além disso, os Estados estão submetidos aos termos do direito internacional consuetudinário, no que este diz respeito ao meio ambiente, bem como a quaisquer Acordos Ambientais Multilaterais de que façam parte. Uma infração a esses princípios também evocará a questão da responsabilidade do Estado.¹⁶ Apesar de as questões relativas a danos ambientais deliberados estarem sujeitas a vários processos legais “não-criminais”, aplicáveis nos termos dos principais MEAs, isso talvez não seja suficiente diante da magnitude da destruição que pode resultar de tais ações.

Na medida em que os Acordos Ambientais Multilaterais fazem alguma referência à responsabilidade penal e à aplicação de sanções, geralmente determinam que tais ações devem ser tomadas no nível doméstico, com base nos princípios tradicionais da jurisdição nacional. Assim, por exemplo, os Artigos 213-222 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, especificam que o Estado, por sua própria jurisdição (o que dependerá das circunstâncias específicas), aplicará as leis e normas nacionais em relação à poluição do ambiente marinho. Essa mesma abordagem foi há pouco adotada pelo Conselho da

Europa e pela Comissão Européia, que elaboraram anteprojetos propondo a proteção do meio ambiente no âmbito dos códigos penais nacionais.¹⁷

A abordagem baseada na legislação nacional pode não refletir de modo apropriado a extensão das conseqüências ambientais potenciais de um conflito. Além disso, as diversas sanções penais relacionadas expressamente ao meio ambiente nas jurisdições nacionais não são consistentes nem universais. Faz-se necessária uma vontade política por parte dos Estados para aprovar e aplicar leis nacionais adequadas, e tal vontade nem sempre está presente. Com efeito, a Assembléia Geral da ONU manifestou sua preocupação com o fato de que as atuais proibições referentes aos danos e à exaustão de recursos naturais, consignadas no direito internacional, “podem não vir a ser amplamente disseminadas e aplicadas”.¹⁸ A importância do meio ambiente exige, portanto, que a proteção seja reforçada no plano internacional, com mecanismos suficientes para a sustação das ações e a punição, incluindo sanções penais a serem impostas aos responsáveis por tais ações.

Os princípios fundamentais do direito humanitário internacional decorrem, em larga medida, do conjunto de decisões consignadas nas Convenções de Haia de 1899 e de 1907, bem como nas quatro Convenções de Genebra, de 1949. Esses instrumentos impõem, entre outras, normas que limitam os métodos e os meios de condução de ações bélicas, e também prevêm categorias de pessoas e de objetos a serem protegidos. Assim, por exemplo, as Convenções de Haia aplicaram leis de guerra para restringir o uso de armas tóxicas e gases asfixiantes, e essas normas foram mais tarde ampliadas pelo Protocolo de Genebra de 1925. Tais instrumentos, embora tenham sido fundamentais para desenvolver critérios de regulamentação da conduta bélica, não tratam diretamente da proteção ao meio ambiente.

Diversos outros instrumentos foram relevantes para a questão da degradação ambiental durante conflitos, tais como o Tratado de Proibição de Testes Nucleares na Atmosfera, no Espaço e no Meio Subaquático, de 1963, o Tratado de Proibição Total de Testes Nucleares, de 1996, e a Convenção de 1972 sobre a Proibição de Armas Bacteriológicas e sobre sua Destruição. Cada um desses instrumentos impõe limites à proliferação, aos testes e ao uso de determinadas armas de destruição em massa, cujo emprego

poderia, é claro, causar grandes danos ambientais. No entanto, tais instrumentos não foram implementados tendo em vista a proteção ambiental, mas sim como parte da evolução do direito sobre conflitos armados, em especial à medida que o progresso tecnológico fez surgirem novas armas capazes de causar destruição significativa e indiscriminada.

São poucos os tratados que se referem especificamente à proteção do meio ambiente no contexto de conflitos. A Convenção de 1977 sobre a Proibição da Utilização de Técnicas de Modificação Ambiental com Fins Militares ou outros Fins Hostis [ENMOD, na sigla em inglês] foi o primeiro instrumento a lidar com a destruição deliberada do meio ambiente durante os conflitos, embora também se aplique a tempos de paz. A Convenção proíbe “técnicas de modificação ambiental com efeitos amplos, duradouros ou profundos”, e uma infração a esse dispositivo justifica a apresentação de pleito junto ao Conselho de Segurança da ONU, solicitando ações coercitivas. Mas a Convenção não institui um regime de responsabilidade civil ou penal no caso de infração.

O instrumento mais diretamente relevante para a proteção ao meio ambiente no quadro das normas que regulamentam a condução da guerra é o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949. O parágrafo 3º do Artigo 35 institui, como “norma básica”, a proibição de uma conduta concebida “para causar, ou que se presume que vá causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural”. Trata-se de um patamar sensivelmente mais elevado do que aquele consignado na ENMOD, pois requer não apenas que o dano seja duradouro (significando um período de vários anos ou mesmo de décadas), mas que seja extenso e grave.

O Protocolo Adicional I faz referência expressa à necessidade de proteger o meio ambiente, e reitera a proibição no 1º parágrafo do Artigo 55, vinculando-a à “saúde ou à sobrevivência da população”. O instrumento institui, ainda, sanções penais no caso de “infrações graves” às quatro Convenções de Genebra ou ao próprio Protocolo Adicional I, declarando que tal conduta deve ser considerada como crime de guerra.¹⁹ É um avanço considerável para a proteção do meio ambiente em tempos de guerra mas, em termos práticos, pode ser quase impossível demonstrar qual patamar de danos implicaria uma condenação por infração grave.

O alto patamar das normas internacionais

O escopo dos Artigos 33(3) e 51(1) do Protocolo Adicional I foi objeto de análise direta e indireta em um grande número de fóruns. Em seu Parecer Consultivo no Processo sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) confirmou a obrigação legal internacional consuetudinária de os Estados “assegurarem que as atividades conduzidas sob sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou de áreas situadas fora do controle nacional [...]”.²⁰

No entanto, a Corte não prescreveu qualquer responsabilidade penal por infringir essa obrigação, infração que resultaria em recorrer aos princípios de responsabilidade dos Estados.

A Corte Internacional de Justiça analisou os dispositivos do Protocolo Adicional I e ratificou uma obrigação geral de proteger o ambiente natural contra danos ambientais extensos, duráveis e graves – sem orientar quanto à interpretação desses critérios –, e a proibição de ataques ao meio ambiente a pretexto de represálias.²¹ Não considerou, porém, que as questões ambientais representassem “obrigações de restrição total” durante conflitos armados. Em vez disso, estabeleceu que as questões ambientais deveriam ser levadas em conta ao avaliar o que é “necessário e proporcional na busca de objetivos militares legítimos”.²²

Em essência, a Corte Internacional de Justiça deixou de priorizar a proteção ao meio ambiente sobre questões de necessidade militar. Aceitou a inevitabilidade da destruição ambiental durante conflitos armados e reiterou o mesmo alto patamar para a caracterização dos danos, tal como especificado no Protocolo Adicional I, sem que esse dano constituísse uma infração ao direito internacional.

É possível que a Corte tenha oportunidade de rever a questão. Após o bombardeio da Sérvia e de Kosovo pelas forças da OTAN durante a Operação Força Aliada (março a junho de 1999), o Governo da Iugoslávia (atualmente Sérvia e Montenegro) instituiu processo junto à CIJ contra dez países da OTAN. O requerente solicitou medidas liminares, argumentando que os Estados da OTAN haviam violado sua obrigação de “proteger o ambiente” e não causar danos

ambientais consideráveis. A Iugoslávia argumentou, por exemplo: “O bombardeio de refinarias e tanques de armazenamento de petróleo, bem como de fábricas de produtos químicos, necessariamente produz poluição maciça do ambiente, representando uma ameaça à vida humana, à fauna e à flora. O uso de armas contendo ogivas de urânio enfraquecido está tendo conseqüências duradouras para a saúde humana”.²³

A Corte Internacional de Justiça indeferiu os pedidos de medidas liminares e, até o presente, os processos vêm sendo discutidos essencialmente em torno de questões preliminares de jurisdição. Todos os Estados da OTAN alegam que a Corte não tem jurisdição para acolher essa matéria, nem poderia tê-la. Ações movidas contra a Espanha e contra os Estados Unidos já foram rejeitadas com base nessa alegação. Não está claro se a Corte Internacional de Justiça entenderá ter jurisdição em relação aos processos instituídos contra os outros oito países da OTAN. Caso a CIJ venha a considerar as questões de jurisdição em favor da parte requerente, é provável que seja levada a se voltar para as obrigações de um Estado proteger o ambiente em tempos de conflito armado.

As ações da OTAN durante a Operação Força Aliada foram objeto de análise também em outro fórum. No processo *Bankovic e Outros vs Bélgica e 16 Outros Países Contratantes*,²⁴ a Câmara Magna da Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que era inadmissível, por motivos jurisdicionais, uma petição contra todos os países europeus da OTAN que faziam parte da Convenção Européia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, apresentada por parentes de pessoas que pereceram durante o bombardeio do sistema de rádio e televisão da Sérvia.

Além disso, o Gabinete da Promotoria do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia nomeou uma Comissão de Peritos para determinar se havia evidências suficientes que justificassem uma investigação das ações do pessoal da OTAN durante o período em questão. No final, o Parecer da Comissão de Peritos concluiu não haver evidências suficientes para justificar tal investigação, e essa recomendação foi integralmente aceita pelo Gabinete da Promotoria.²⁵

Durante a elaboração de seu Parecer, a Comissão levou

em conta possíveis danos ambientais causados pelas ações de funcionários da OTAN. Fundamentou-se para isso nos requisitos consignados nos Artigos 35(3) e 55 do Protocolo Adicional I e confirmou a obrigação consolidada no direito internacional consuetudinário de evitar danos ambientais duradouros **excessivos**, mesmo durante o bombardeio de alvos militares legítimos.²⁶ O Parecer concluiu, porém, que esse critério representava “um patamar muito elevado de aplicação”. No entanto, a Comissão não logrou definir de forma clara o sentido de “excessivo” no contexto de danos duradouros ao ambiente e, por esse motivo, não pôde concluir que as ações do pessoal da OTAN infringiam a norma. Ressalte-se que a Comissão chegou a essa conclusão mesmo reconhecendo que o impacto efetivo dos bombardeios da OTAN era “desconhecido e difícil de mensurar” àquela época.

Embora a Comissão não tivesse recomendado a abertura de uma investigação formal, tal investigação estava claramente delimitada na esfera de competência do Gabinete da Promotoria e seria justificável. Ficou claro que as ações específicas examinadas pela Comissão se situavam na esfera de jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Assim também, atos similares poderão, sob determinadas circunstâncias, ser abarcados pelo mandato do Tribunal Penal Internacional, presumindo-se estarem satisfeitas a jurisdição *ratione temporis* e outras condições ao exercício da jurisdição especificadas no Estatuto de Roma.

A aplicabilidade do Estatuto de Roma

O Tribunal Penal Internacional foi criado para enfrentar “crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional em seu conjunto”.²⁷ O Estatuto de Roma entrou em vigor em 1º de julho de 2002, após a 60ª ratificação do tratado e, no momento em que se redige este artigo, há 97 signatários. O TPI tem jurisdição sobre os seguintes crimes cometidos após 1º de julho de 2002:²⁸

- a. *Crime de Genocídio.*
- b. *Crimes contra a Humanidade.*
- c. *Crimes de Guerra.*
- d. *Crime de Agressão (ainda a ser definido).*

Em 2001, um estudo elaborado pelo Instituto de Política Ambiental do Exército dos Estados Unidos²⁹ concluiu que dificilmente o TPI seria chamado para estabelecer responsabilidades por crimes ambientais decorrentes de ações militares, pelo menos no que se refere a operações internacionais de manutenção da paz. O estudo considerou apenas a definição de Crimes de Guerra contida no Estatuto de Roma e, mais especificamente, o disposto no Artigo 8º(2)(b)(iv), o único dispositivo do instrumento que faz menção expressa ao meio ambiente.

Em vista da necessidade de assegurar que atos configurando crime ambiental sejam objeto de medidas judiciais, é importante levar em conta não apenas o alcance desse único dispositivo, mas, igualmente, outros dispositivos do Estatuto de Roma, buscando identificar quais seriam aplicáveis – em dadas circunstâncias – a atos concebidos para produzir danos significativos ao meio ambiente. Assim, os três itens que se seguem examinarão cada um dos crimes definidos dentro da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Crimes ambientais configuram genocídio?

O Crime de Genocídio está definido no Artigo 6º do Estatuto de Roma. Espelha a definição contida na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948 (Convenção contra o Genocídio), bem como nos estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia [ICTY, na sigla em inglês] e do Tribunal Internacional para Ruanda [ICTR, na sigla em inglês]. O genocídio tem sido identificado como o “crime dos crimes”, e requer um patamar de intenção muito elevado para que se justifique uma condenação, uma “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico, racial ou religioso”.³⁰

A despeito da relevância da Convenção contra o Genocídio, o significado dessa definição não foi levado em conta judicialmente durante muitos anos. Embora houvesse um pequeno número de casos domésticos com esse alcance,³¹ faltava a difusão de uma vontade política que tipificasse o crime no plano nacional.³² Além disso, os signatários da Convenção contra o Genocídio não instituíram uma “corte penal internacional”, conforme reza o Artigo 6º. Com efeito, foi

apenas em 1998 – exatos cinqüenta anos após a adoção da Convenção contra o Genocídio – que um tribunal penal internacional (o ICTR) enfim analisou o significado da definição com algum nível de detalhamento. E apenas muito recentemente testemunhamos as primeiras condenações com base nesse crime.³³

A definição de genocídio não inclui ações que pretendam destruir um grupo (no todo ou em parte) com base em sua cultura – não existe no direito penal internacional o conceito de genocídio cultural, embora muitos o considerem necessário. A noção de genocídio cultural foi de fato excluída de propósito das deliberações e negociações preliminares precedentes à finalização da definição de genocídio na Convenção contra o Genocídio. O alcance preciso do crime foi definido com base no princípio de que seria necessário classificar o grupo vitimado em uma das quatro categorias acima referidas antes de se poder caracterizar o genocídio como tal.

Deixando essa questão de lado por um momento, pode-se perfeitamente antever atos de degradação deliberada do ambiente que pretendam destruir um grupo de seres humanos (ou parte dele), prejudicando sua capacidade de manter seu modo de vida e sua cultura. Nesse sentido, o Estatuto de Roma especifica, como ato que caracteriza genocídio: “sujeição intencional do grupo a condições de vida com vistas a provocar sua destruição física, total ou parcial”, desde que os demais atos que tipificam o crime também se façam presentes.³⁴

A drenagem dos pântanos do Iraque meridional ou a destruição de florestas das quais grupos indígenas locais dependem para sua subsistência podem se enquadrar nessa descrição. Ainda assim, é possível que o grupo visado não constitua um dos agrupamentos mencionados na definição. À primeira vista, talvez pareça que isso impossibilita a classificação de tais atos como genocídio (mesmo presumindo a ocorrência de todos os demais elementos caracterizadores do crime) sujeito à jurisdição do TPI.

A classificação do crime em um dos quatro grupos especificados na definição do Estatuto de Roma não é, porém, tão evidente quanto poderia parecer. Em um caso recente, o Tribunal Internacional para Ruanda³⁵ viu-se confrontado com um processo contra o prefeito de uma comunidade local, acusado de genocídio. Ficou demonstrado que o acusado tinha

a intenção de “destruir” os tútsis, atendendo, portanto, ao critério de intencionalidade. No entanto, a Câmara de Julgamento viu-se impossibilitada de classificar os tútsis em um dos grupos descritos na definição do crime. Diante disso, o Tribunal promoveu uma extensão do sentido do Artigo 2º do Estatuto do ICTR, considerando que seus dispositivos se aplicavam a um grupo “estável” e “permanente”³⁶ e, por conseguinte, considerou o acusado culpado pelo Crime de Genocídio. Embora o resultado possa ter sido louvável, dadas as circunstâncias do caso, o Tribunal claramente promoveu uma leitura dos termos expressos da definição, extrapolando seu significado usual.³⁷

Essa abordagem decerto não foi adotada no processo contra Sikirica e Outros,³⁸ em que, ao contrário de algumas jurisdições nacionais, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia [ICTY] sistematicamente desconsiderou o enquadramento do genocídio cultural na definição de genocídio constante do tratado. Além disso, a jurisprudência do ICTY também confirma que, na definição de genocídio fundamentada no tratado, o termo “destruir” significa a destruição física do grupo em questão.³⁹

Ainda assim, a abordagem mais abrangente adotada pelo Tribunal Internacional para Ruanda no processo contra Akayesu chama a atenção para diversos aspectos que podem ser relevantes na questão dos crimes ambientais. Caso viesse a ser aceita uma extensão dos grupos referidos, seria cabível aplicar o conceito ao genocídio cultural perpetrado por meio da destruição do habitat ou dos recursos naturais dos quais dependem as populações indígenas ou minoritárias. Além disso, demonstra a inadequação da atual definição de genocídio, em função da natureza complexa de ações praticadas na tentativa de eliminar determinados grupos. Fica claro que uma definição cunhada há mais de 50 anos – para ser aplicada ao mais horrendo dos atos humanos – requer uma atualização, para se adaptar a eventos contemporâneos.

Todavia, na ausência de tal atualização, é improvável que a destruição do ambiente natural possa ser, por si mesma, condenada como ato de genocídio. Tanto mais diante da necessidade de se evitar que a Promotoria e o TPI sejam vistos como “criadores” de crimes, o que poderia inibir a aceitação futura do Tribunal por um conjunto mais amplo da comunidade internacional.

Os crimes ambientais são Crimes contra a Humanidade?

Embora a denominação já tivesse sido empregada antes, o conceito de “Crimes contra a Humanidade” só foi formalmente classificado como uma categoria própria de crime após a Segunda Guerra Mundial. Incluído na Carta de Nuremberg e na Carta de Tóquio, seu objetivo evoluiu, com o tempo, nos diversos estatutos dos tribunais internacionais *ad hoc*. A definição de Crimes contra a Humanidade constante do Estatuto de Roma é mais ampla do que suas formulações anteriores e, em larga medida, se baseia no direito internacional consuetudinário, a despeito de várias diferenças.⁴⁰

Apesar da extensão de seu alcance, não há qualquer menção específica ao meio ambiente na definição do crime, embora parte da jurisprudência dos tribunais *ad hoc* tenha feito referência a danos ambientais ao discutir os aspectos mais amplos do crime. Quer parecer, porém, que a definição constante do Estatuto de Roma facultaria inserir os crimes ambientais em seu âmbito. As opções mais prováveis nesse sentido seriam os atos enquadrados nos Artigos 7º(1)(h) e 7º(1)(k) do Estatuto de Roma. O Artigo 7º(1)(h) refere-se à “[...] perseguição de um grupo ou comunidade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, [...] ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional [...]” (grifo nosso). No Artigo 7º(2)(g) a caracterização dos grupos é mais ampla do que para o Crime de Genocídio. O termo “perseguição” vem definido como “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional [...]”.

A destruição deliberada do habitat ou do acesso a alimento ou água potável em escala significativa poderia representar uma infração aos direitos humanos fundamentais das pessoas dentro do grupo visado, tal como seria o caso de outros atos de destruição ambiental. Os diversos instrumentos que coletivamente constituem a “Legislação Internacional dos Direitos Humanos”⁴¹ e o direito internacional consuetudinário confirmam que esses são direitos fundamentais do indivíduo.

Outro aspecto do conceito de Crimes contra a Humanidade que pode ser relevante reside na abrangência do Artigo 7º(1)(k), que se refere a “outros atos desumanos [...] que causem

intencionalmente grande sofrimento, ou afetem de forma grave a integridade física ou a saúde física ou mental”. Outra vez, pode-se vislumbrar a possibilidade de enquadrar nessa definição determinados atos que constituem crimes ambientais.

Por conseguinte, o conceito de Crimes contra a Humanidade, mesmo com sua atual definição no Estatuto de Roma, representa uma ferramenta possível para denunciar crimes ambientais perante o TPI. É claro que será necessário comprovar a presença dos demais elementos do crime, inclusive “[...] ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque” (Artigo 7º, 1º), antes que uma condenação possa ser sustentada. Decerto, será maior a possibilidade de se recorrer a esse crime, mais do que ao de genocídio, para mover uma ação, devido a seu alcance mais amplo. De fato, pode muito bem ser estrategicamente vantajoso e simbolicamente importante para a Promotoria do TPI denunciar um ato de crime ambiental com fundamento em Crimes contra a Humanidade, em acréscimo (ou como alternativa) aos Crimes de Guerra, dado que o primeiro em geral é concebido como o crime mais hediondo.⁴²

Os Crimes de Guerra e o meio ambiente

Conforme ficou referido acima, o meio ambiente é expressamente citado em um dos dispositivos do Estatuto de Roma que definem os Crimes de Guerra. O Artigo 8º(2)(b)(iv) especifica que, dentro do alcance de um conflito internacional armado, os seguintes atos podem constituir crime de guerra: “Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará [...] danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente, que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa”.

Esse dispositivo requer uma avaliação dos danos em confronto com a vantagem militar pretendida, mas define um patamar muito elevado quanto aos danos ao ambiente para que a ação seja enquadrada como crime. Com efeito, uma comparação entre esse dispositivo e o Artigo 55(1) do Protocolo Adicional I indica como o nível de ação dolosa necessário para caracterizar um crime foi, de fato, ampliado. Atos que poderiam infringir o Artigo 55(1) não constituem necessariamente um crime de guerra

nos termos desse dispositivo, visto que o Artigo 8º(2)(b)(iv) inclui como critério que o dano seja “claramente excessivo”. As dificuldades relativas ao critério de danos “excessivos” (para não falar de danos “claramente” excessivos) já foram discutidas acima.

Além disso, a exigência de se levar em conta a vantagem militar pretendida ao avaliar o dano ao ambiente – também não incluída no Artigo 55(1) do Protocolo Adicional I – acrescenta mais um componente de incerteza e subjetividade à avaliação de uma ação específica. Ainda, a Comissão que examinou as ações da OTAN durante a Operação Força Aliada conclui que – nos termos do Artigo 8º(2)(b)(iv) – fazia-se também necessário identificar conhecimentos efetivos ou prospectivos quanto aos graves efeitos ambientais de um ataque militar, antes de se comprovar a ocorrência de um crime.

Assim, parece haver um risco real de que seja praticamente impossível atender aos critérios para a aplicação do Artigo 8º(2)(b)(iv). Embora haja uma clara referência ao meio ambiente, pode ser muito difícil obter uma condenação com base nesse dispositivo quando se tratar de um ato que constitui um crime ambiental, dada a extensão do dano necessária para atingir o patamar definido. A esse respeito, outras condições abarcadas pela definição de Crimes de Guerra no Estatuto de Roma podem ajudar a enfrentar a questão dos crimes ambientais. Nos dispositivos relativos a “infrações graves”, talvez possa ser aplicado o que está disposto nos Artigos 8º(2)(a)(iii)⁴³ e 8º(2)(a)(iv).⁴⁴

Ainda no contexto de conflitos internacionais armados, o que está estabelecido nos Artigos 8º(2)(b)(v),⁴⁵ 8º(2)(b)(xvii)⁴⁶ e 8º(2)(b)(xviii)⁴⁷ do Estatuto de Roma também parece aplicável, em circunstâncias apropriadas. Infelizmente, os dispositivos relevantes do Artigo 8º não parecem contemplar possibilidades similares para denunciar crimes ambientais no contexto de um conflito armado não-internacional, talvez com exceção do Artigo 8º(2)(e)(xii).⁴⁸ Como pudemos testemunhar na tragédia de Darfur, a destruição ambiental deliberada pode muito bem ser perpetrada no contexto de um conflito interno, em especial nas áreas em que determinados grupos (que são os visados) costumam viver. Não existe qualquer motivo lógico para que os dispositivos do Estatuto de Roma referentes a esse tipo de conflito não tenham sido redigidos de modo a incluir mais facilmente a possibilidade de caracterizar crimes ambientais.

Embora haja vários patamares jurídicos a serem atendidos para poder justificar uma condenação por Crimes de Guerra, esse crime parece, no entanto, constituir uma área potencialmente fértil para denunciar crimes ambientais, pelo menos no contexto de conflitos armados internacionais. Conforme ficou dito, porém, esse não é o único crime aplicável. Podem existir bons motivos jurídicos e outros para considerar a aplicação de dispositivos relativos a Crimes contra a Humanidade, e mesmo (ainda que menos provável), a genocídio. O importante é ressaltar que o potencial para denúncia não se limita ao único dispositivo do Estatuto de Roma que faz menção expressa ao meio ambiente.

Observações finais

Os direitos ambientais representam um componente importante dos direitos humanos fundamentais. Sem acesso a um ambiente seguro, as populações humanas podem não subsistir, mesmo em um nível básico. O direito de viver em um ambiente seguro requer proteção por meio de mecanismos jurídicos adequados e executáveis. A relevância desses direitos significa que a destruição deliberada do ambiente, mesmo durante um conflito, é restringida pelos princípios da legislação ambiental e pode implicar responsabilização do Estado. No entanto, o requisito básico da segurança ambiental significa que atos praticados com intenção de comprometer gravemente os direitos ambientais durante um conflito também geram responsabilização penal. Devemos julgar com muito rigor as pessoas que aplicam estratégias destinadas a infligir danos ambientais significativos tendo em vista a obtenção de metas militares.

O cumprimento da legislação que protege a segurança ambiental deve caber às instituições internacionais criadas como resultado de processos diplomáticos, jurídicos e políticos. A integridade dos direitos ambientais significa que sua proteção deve ser assegurada por órgãos criados com a aceitação geral (idealmente, universal) da comunidade internacional. O TPI é o primeiro e único tribunal penal internacional **permanente** (pelo menos no estágio atual) e, enquanto tal, representa o foro judicial apropriado para mover processo contra tais atos, a despeito da resistência que ainda sofre por parte dos Estados Unidos e de outros países.

Um dos principais objetivos que levaram ao estabelecimento

do Tribunal Penal Internacional foi coibir e punir os mais graves crimes internacionais, que também “ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade”.⁴⁹ A destruição deliberada do ambiente para fins estratégicos e militares, com suas seqüelas desastrosas para as populações humanas, se enquadra claramente nessa descrição.

A jurisdição do TPI limita-se, contudo, aos crimes específicos definidos no Estatuto de Roma. É importante que o Tribunal e sua Promotoria atuem de modo a evitar alegações de que estão ultrapassando os limites de seus respectivos poderes, dada a natureza altamente política da oposição ao Tribunal. Isso significa que, embora sempre surjam novos exemplos de ações inaceitáveis praticadas por seres humanos contra outros seres humanos, não podemos esperar que o Tribunal desempenhe seu papel até que tais ações possam ser claramente enquadradas nos crimes já definidos como sendo da competência do TPI.

A despeito dessas limitações, a instituição de processos contra crimes ambientais nos termos da atual jurisdição do Tribunal é possível e apropriada, consoante os dispositivos do Estatuto de Roma, sempre que as circunstâncias assim o justificarem. Inexiste uma razão jurídica impeditiva. Quando outros comentaristas excluem liminarmente a possibilidade de o TPI desempenhar um papel em relação a crimes ambientais, estão fazendo uma avaliação incorreta. O dano ambiental, claro, teria de ser, na prática, muito sério, e o sofrimento do grupo afetado, muito grave, para justificar uma iniciativa por parte da Promotoria.

Seja como for, conforme esta breve análise sugere, os militares e outras pessoas envolvidas em conflitos armados não podem agir sem levar em conta o impacto de seus atos sobre o meio ambiente. Caso assim procedam, em especial nos casos em que o próprio ambiente é – direta ou indiretamente – o objeto das ações, poderão ser processados nos termos do Estatuto de Roma.

Se isso de fato vier a ocorrer, ao menos em prazos curto e médio, pesarão tanto as considerações de ordem política quanto as estritamente jurídicas. No entanto, a condenação por tais crimes constituiria mais um passo importante para dar fim à impunidade daqueles que cometem as mais sérias violações dos direitos humanos, desprezando totalmente a segurança humana.

NOTAS

1. "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case", 1996. ICJ Rep. 242, parágrafo 29.
2. Primeiro Princípio da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo), de 1972. UN Doc. A/CONF/48/14/REV.1.
3. Ver Comissão de Segurança Humana da ONU, "Human Security Now". Nova York, 2003, pp. 16-18.
4. Ver Relatório do Alto Comissário para Direitos Humanos, "Situation of Human Rights in Darfur Region of the Sudan", 7 mai. 2004. UN Doc. E/CN.4/2005/3, parágrafos 50 e 73.
5. Nota emitida pelo Presidente do Conselho de Segurança, UN SCOR, 3046^a Assembléia, UN Doc. S/23500 (1992).
6. "Um ato internacionalmente ilícito que resulte da violação por um Estado de uma obrigação internacional tão essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação seja reconhecida como crime por essa comunidade internacional como um todo [...]". Projeto do Artigo 19(2).
7. Projeto do Artigo 19(3)(c) e (d), respectivamente.
8. O Artigo 52 do projeto estabelecia:

Quando um ato internacionalmente ilícito de um Estado constitui um crime internacional:

 - a. o direito de um Estado prejudicado a obter compensação em espécie não está sujeito às limitações consignadas nos subitens (c) e (d) do Artigo 43;
 - b. o direito de um Estado prejudicado obter satisfação não está sujeito às restrições constantes do parágrafo 3º do Artigo 45.
9. O Artigo 53 do projeto estabelecia:

Um crime internacional cometido por um Estado impõe a todos os demais Estados a obrigação de:

 - a. não reconhecer como lícita a situação criada pelo crime;
 - b. não fornecer assistência ou auxílio ao Estado que cometeu o crime para manter a situação assim criada;
 - c. cooperar com outros Estados na implementação das obrigações definidas nos subitens (a) e (b) precedentes; e
 - d. cooperar com outros Estados na aplicação de medidas concebidas para eliminar as conseqüências do crime.

9. *Yearbook of the International Law Commission*, n. 2, 1976, pp. 109-119.
10. Ver em D. J. Harris, 1998, p. 489, a referência aos comentários publicados por Rosenstock, representante dos Estados Unidos na ILC, em *American Journal of International Law*, n. 89, 1995, pp. 390-393.
11. Resolução n. 56/83 da Assembléia Geral da ONU. "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts". 12 dez. 2001. UN Doc. A/Res/56/83.
12. Resolução n. 687 (1991) do Conselho de Segurança da ONU, 3 abr. 1991, parágrafo 16.
13. Id., parágrafo 18.
14. Ver, por exemplo, o parágrafo 21 de "The 1994 Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment". Disponível em <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1994-dec.htm>>. Acesso em 3 fev. 2005.
15. UN Doc. A/CONF.151/26/Rev 1, (1992) 31 ILM 874.
16. Obviamente, também poderá haver legislação municipal relevante que normatize as atividades de um determinado Estado em relação ao meio ambiente.
17. O Conselho da Europa preparou uma decisão de referência sobre essa questão em janeiro de 2003, como resposta à adoção de uma diretiva sobre a mesma problemática (porém, em termos diversos) por parte da Comissão Européia, em 2001. Esse conflito institucional entre os dois órgãos continua em aberto. Ver o site <<http://europa.eu.int/comm/environment/crime/>>. Acesso em 12 set. 2004.
18. Resolução da Assembléia Geral da ONU 47/37, UN Doc. A/RES/47/37, 25 nov. 1992.
19. Protocolo Adicional I, 85(5).
20. International Court of Justice, Report 242, parágrafo 29, 1996.
21. Id., parágrafo 31.
22. Id., parágrafo 30.
23. Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro vs Belgium). Request for Indication of Provisional Measures. Parágrafo 3º.
24. Application 52207/99, Grand Chamber, 12 dez. 2001.
25. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 jun. 2000: (2000) 39 ILM 1257.

26. Id., parágrafo 23.
27. Estatuto de Roma, Preâmbulo, parágrafo 4^a.
28. Id., Artigo 5^o(1).
29. J. Sills et al. "Environmental Crimes in Military Actions and the International Criminal Court". Disponível em <<http://www.acunu.org/millennium/es-icc.html>>. Acesso em 7 fev. 2005.
30. Convenção contra o Genocídio, Artigo II; Estatuto do International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Artigo 4^o (2); Estatuto do International Criminal Tribunal for Rwanda, Artigo 2^o(2); Estatuto de Roma, Artigo 6^o.
31. O mais significativo destes foi o processo movido pelo Ministério da Justiça do Governo de Israel contra Eichman (1961), 36 ILR 5.
32. A Austrália, por exemplo, não implementou adequadamente a Convenção contra o Genocídio em sua legislação nacional e, por conseguinte, faltava legislação interna que prevísse demandas fundamentadas em genocídio junto aos tribunais australianos. Ver *Nulyarimma vs Thompson* (1999) FCA 1192. Essa situação foi alterada, ao menos em parte, após o estabelecido pelo Tribunal Penal Internacional (Consequential Amendments) Act 2002 (Cth), como parte do processo de implementação do Estatuto de Roma na legislação australiana.
33. Ver ICTR, *Judgement Prosecutor vs Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-T, 2 set. 1998.
34. Estatuto de Roma, Artigo 6^o(c).
35. Trial Chamber I of the ICTR, *Prosecutor vs Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-T, 2 set. 1998.
36. Id., parágrafo 511.
37. Ver a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. 1155 UNITS 331, Artigo 31(1).
38. ICTY, *Judgement on Defence Motions to Acquit, Prosecutor vs Sikirica, Dosen and Kolundzija*, Case n. IT-95-8, 3 set. 2001.
39. ICTY, *Judgement, Prosecutor vs Jelesiaë*, Case n. IT-95-10-I 14, dez. 1999, parágrafos 78-83; e ICTY, *Judgement (Appeals Chamber) Prosecutor vs Krstic*, Case n. IT-98-33-A, 19 abr. 2004.
40. Assim, por exemplo, o TPI inclui um leque mais amplo de atos envolvendo violência sexual na esfera de crimes contra a humanidade do que o Estatuto do

ICTY ou do ICTR. O Artigo 7º(g) do Estatuto de Roma inclui “[...] escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável” no âmbito de atos que podem constituir Crimes contra a Humanidade, em acréscimo ao “estupro”, que é o termo empregado tanto no Estatuto do ICTY quanto no do ICTR. Ver A. Cassese, 2003, pp. 91-94.

41. Incluindo nessa denominação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, Resolução 217(A) da Assembléia Geral das Nações Unidas; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [ICCPR, sigla em inglês], de 1966, 999 UNTS 171; e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [ICESCR, sigla em inglês], 999 UNTS 3. Assim, por exemplo, o Artigo 11(1) do ICESCR reconhece “o direito de toda pessoa a nível de vida adequado [...], inclusive à alimentação adequada [...]”.

42. Comprova essa diferença o fato de que o Estatuto de Roma (Artigo 124) prevê um período de “transição” de sete anos, durante o qual os Estados-Partes do tratado podem “não aceitar a competência do Tribunal” referente aos Crimes de Guerra; mas não existe dispositivo equivalente para os Crimes de Genocídio ou para os Crimes contra a Humanidade.

43. “[...] causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde.”

44. “Destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária” – por exemplo, barragens.

45. “Atacar ou bombardear [...] cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares.”

46. “Utilizar veneno ou armas envenenadas.”

47. “Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo.”

48. “Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam.”

49. Estatuto de Roma, Preâmbulo, parágrafo 3º.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. "Current Issues in International Criminal Law". 14 *Criminal Law Forum* 225, 2003.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2.ed. Haia: Kluwer Law, 1999.
- BERAT, Lynn. "Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law". 11 *Boston University International Law Journal* 327, 1993.
- BIRNIE, Patricia & BOYLE, Alan. *International Law & the Environment*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CHO, Byung-Sun. "Emergence of an International Environmental Criminal Law?". 19:1 *UCLA Journal of Environmental Law & Policy* 11, 2001.
- COTTIER, Michael. "Did NATO Forces Commit War Crimes During the Kosovo Conflict? Reflections on the Prosecutor's Report of 13 June 2000". In: F. HORST et al. (eds.). *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*. Berlim: Arno Spitz, 2001.
- FAUTEX, Paul & GÜNDLING, Lothar. "The Role of War". 22:3 *IUCN Bulletin* 25, 1991.
- FREELAND, Steven. "The Bombing of Kosovo and the Milosevic Trial: Reflections on Some Legal Issues". *Australian International Law Journal* 150, 2002.
- _____. "Human Security and the Environment – Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court". Documento apresentado na 12th Annual Conference of the Australian and New Zealand Society of International Law. *International Law and Security in the Post-Iraq Era: Where to for International Law?* Canberra, Austrália, 18-20 jun. 2004.
- GALLANT, Kenneth S. "Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts". 48:3 *Villanova Law Review* 764, 2003.
- GLICKMAN, Rachel et al. "Environmental Crimes". 40:2 *American Criminal Law Review* 413, 2003.
- HARRIS, David J. *Cases and Materials on International Law*. 5.ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.
- HUNTER, David et al. *International Environmental Law and Policy*. 2.ed. Nova York: Foundation Press, 2002.

- KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MCCAFFERY, Stephen C. "Crimes against the Environment". 1 *International Criminal Law* 541, 1986.
- NORDQUIST, Myron N. "Panel Discussion on International Environmental Crimes: Problems of Enforceable Norms and Accountability". 3 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 697, 1997.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. Rapporteur on the Subject of Environmental Responsibility and Liability, Final Report Prepared for the Eighth Committee of the Institut de Droit International. "Responsibility and Liability for Environmental Damage Under International Law: Issues and Trends". 10 *The Georgetown International Environmental Law Review* 279, 1998.
- SCOVAZZI, Tullio. "State Responsibility for Environmental Harm". 12 *Yearbook of International Environmental Law* 43, 2001.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 5.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SILLS, Joe; GLENN, Jerome C.; FLORESCU, Elizabeth; & GORDON, Theodore J. "Environmental Crimes in Military Actions and the International Criminal Court". Disponível em <<http://www.acunu.org/millennium/es-icc.html>>. Acesso em 7 fev. 2005.
- STEINER, Henry J. & ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SYMONIDES, Janusz (ed.). *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*. Ashgate, Grã-Bretanha: Unesco Publishing, 2003.
- TECLAFF, Ludwik A. "Beyond Restoration – the Case of Ecocide (The International Law of Ecological Restoration)". 34:49 *Natural Resources Journal* 33, 1994.
- TINKER, Catherine. "Environmental Security in the United Nations: Not a Matter for the Security Council". *Tennessee Law Review*, 59, 787, 1992.
- UNCHS (United Nations Commission on Human Security). *Human Security Now*. Nova York, 2003.
- UNHCHR (United Nations High Commissioner for Human Rights). "Situation of Human Rights in Darfur Region of the Sudan". UN Doc. E/CN.4/2005/3, 7 mai. 2004.

FIONA MACAULAY

Professora no Departamento de Estudos da Paz, Universidade de Bradford, Reino Unido.

RESUMO

Este artigo analisa diversas modalidades de engajamento da sociedade civil e do Estado na área de segurança do cidadão no Brasil.

Inicialmente, avalia os progressos alcançados na abertura de novos espaços de intervenção da sociedade civil (nas funções de assessoria, fiscalização e até mesmo prestação de serviços) em várias esferas de políticas públicas, bem como as dificuldades específicas decorrentes do sistema penal brasileiro. Prossegue com uma análise das atividades de organizações não-governamentais no policiamento e no sistema prisional. Conclui, constatando que o risco de ocorrer uma “apropriação institucional” é muito maior no primeiro, porque a polícia desconfia do monitoramento de suas atividades pela sociedade civil, e a cultura do policiamento comunitário ainda não está enraizada. Já o sistema prisional vem se mostrando mais aberto a mudanças, com parcerias altamente criativas entre o Estado e ONGs locais, transformando a administração e a cultura de algumas prisões de pequeno porte.

[Original em inglês.]

PARCERIAS ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL PARA PROMOVER A SEGURANÇA DO CIDADÃO NO BRASIL

Fiona Macaulay



Introdução

O envolvimento da sociedade civil na elaboração de políticas sociais tem aparecido como um dos motes dominantes da Agenda para uma Nova Política. Existem de fato diversas situações nas quais o cidadão comum pode ser incluído nas políticas sociais, como por exemplo: elaboração de diretrizes, alocação de recursos, assessoria a órgãos públicos, prestação de serviços de base, acompanhamento da implementação e da prestação de contas aos órgãos públicos. As pessoas podem ser convocadas, sozinhas ou em grupos, para atuar como peritos, clientes e usuários dos serviços, integrando o tecido social. Às vezes, a participação da sociedade civil não passa de uma fachada, e os formuladores das políticas seguem seus caminhos usuais, sem empecilhos. Observa-se, no entanto, que em alguns setores das políticas públicas, ou em determinadas regiões da América Latina, têm sido envidados esforços para fazer com que a participação se torne significativa, como instrumento para dar poder ao cidadão e aprimorar os serviços públicos. Na medida em que os cidadãos puderem exercer uma influência tangível sobre a elaboração das políticas e dispuserem de recursos e de estabilidade institucional para resistir à cooptação e manter sua autonomia, esse engajamento resulta no que, para os propósitos deste artigo,

Ver as notas deste texto a partir da página 167.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 171.

denominaremos **parceria** entre o Estado e a sociedade civil.¹

Nos últimos anos, os reformadores do direito penal têm procurado estender aos institutos da justiça penal os princípios de participação da sociedade civil já consolidados em outros campos das políticas públicas. Essa tendência reflete, em grande parte, a evolução da comunidade dos direitos humanos, que passa de protestos reativos e *ad hoc* contra a violência institucional para uma atitude proativa, destinada a analisar e reestruturar o sistema. Este artigo examina os frutos de tais esforços na área de policiamento e segurança do cidadão e também na de política penal (prisões e condenações). Constata que, embora em certas áreas sejam observados marcantes progressos e inovações, em outras há poucos avanços e algumas resistências institucionais entrincheiradas. Estabelece uma distinção entre dois modos principais de comprometimento da sociedade civil: (1) fiscalização e supervisão; e (2) engajamento construtivo e parceria. É inevitável que o primeiro deles gere certo antagonismo, pois a comunidade assume um papel fiscalizador e as autoridades em geral reagem com sigilo e hostilidade. O segundo modo é mais criativo, mas depende de a sociedade civil se mobilizar nas áreas da ordem pública e da justiça e também requer que a administração pública ceda uma parcela de seu poder e de suas prerrogativas, proporcionando a infra-estrutura institucional necessária para tal interface.

A sociedade civil e o Estado no Brasil

Este artigo focaliza o caso do Brasil e, especificamente, as políticas públicas que dizem respeito à criminalidade e à justiça. Por um lado, sabe-se que a sociedade civil brasileira é relativamente densa (ainda que se distribua de forma irregular), em função dos muitos instrumentos institucionais destinados a favorecer a participação que se tornaram disponíveis desde a transição democrática. A Constituição Federal de 1988 teve um papel central nesse assunto: o processo de sua elaboração foi um dos mais participativos em toda a América Latina, com 122 emendas de base apresentadas por movimentos sociais, totalizando mais de 12 milhões de assinaturas, muitas das quais efetivamente levaram a alterações consignadas no texto final.² A nova Constituição institucionalizou, em especial, várias formas de contribuição popular para a governança e para a elaboração de políticas

públicas: plebiscitos e referendos, audiências públicas, tribunais populares e – o que é mais pertinente para nossa discussão aqui – a criação de uma pletoira de conselhos mistos reunindo Estado e sociedade civil, nos três níveis de governo, para atuar como instâncias consultivas em diversas áreas de política social (Draibe, 1998; Tatagiba, 2002).³

Tais mecanismos podem ser classificados, de forma simplificada, em três grupos: (1) conselhos gestores, de natureza permanente, encarregados de fiscalizar a aplicação de determinadas políticas sociais (saúde, educação, serviços sociais, bem-estar da infância e da juventude), com poderes definidos em lei para fixar prioridades, elaborar orçamentos e fiscalizar a implementação de políticas; (2) conselhos *ad hoc*, estabelecidos para tratar de políticas governamentais específicas (por exemplo, merenda escolar, emprego, habitação, distribuição de alimentos e desenvolvimento rural); e (3) conselhos temáticos, que lidam com questões tais como raça, necessidades especiais ou direitos da mulher. Estes últimos não têm previsão legal específica e podem ser criados por iniciativa local.

Todos esses conselhos ocupam um espaço institucional que está consignado na legislação com alguma discricionariedade – federal, estadual ou municipal – e se caracteriza como de “participação a convite” (Cornwall, 2002). Tal circunstância lhes assegura certo nível de recursos e de continuidade, embora o clientelismo político e a cooptação constituam uma ameaça constante. Nos três grupos, a tendência é a uma composição mista: em geral, metade dos membros se constitui de representantes da sociedade civil e a outra metade pertence à entidade governamental envolvida. É indiscutível que o modelo de relações entre Estado e sociedade civil baseado em “conselhos” tem aprofundado o nível de associação cívica no Brasil: estima-se que, em 1999, apenas os conselhos gestores de saúde contavam cerca de 45 mil membros em todo o país (Tatagiba, p. 48).

O Partido dos Trabalhadores (PT) tem sido um agente particularmente importante na promoção e na consolidação desses espaços institucionais, com iniciativas pioneiras nas administrações municipais e estaduais no sentido de abrir o processo político a formas de participação social, como o famoso Orçamento Participativo.⁴ Esses espaços e processos de participação têm o potencial de ampliar a capacidade de a sociedade civil e o Estado operarem em suas respectivas esferas

específicas, além de reuni-los de forma solidária em direção à efetiva solução dos problemas sociais. O partido tem utilizado o modelo do conselho consultivo tal como já existe, mas também busca modificá-lo em diversas áreas de definição de políticas públicas, para torná-lo menos exposto à cooptação e mais sensível às opiniões e às necessidades da sociedade civil, organizada ou não.⁵

A sociedade civil e o sistema jurídico penal

Toda burocracia tende a ser insular e auto-alimentadora, mas seu grau de resistência à influência externa varia, e nem todas as áreas de políticas públicas estão igualmente abertas ao engajamento da sociedade civil. Por tradição, o sistema jurídico penal tem sido o mais fechado, pois é formado por instituições que integram (pelo menos em teoria) o monopólio estatal do poder coercitivo. Os profissionais que atuam no sistema jurídico penal tendem a desenvolver um acentuado espírito corporativo, com base em sua própria formação e nas responsabilidades de controle social que exercem. Por conseguinte, costumam ser muitíssimo resistentes a qualquer interferência externa, ou a qualquer investigação sobre suas instituições.⁶

No Brasil, as associações profissionais de magistrados, promotores e delegados de polícia mostraram sua força coletiva de vários modos – a polícia conseguiu bloquear reformas constitucionais há muito almeçadas⁷ e os magistrados resistiram a medidas que consideraram como um cerceamento de sua autonomia.⁸ Em meados dos anos 90, pesquisas levadas a cabo entre magistrados e promotores mostraram que 86,5% dos juízes recusavam frontalmente qualquer forma de controle externo sobre o Judiciário; os promotores apresentavam uma postura um pouco mais democrática, com apenas 35% manifestando total oposição à fiscalização externa de suas próprias instituições. Ainda assim, consideravam que uma instância desse tipo deveria ser fundamentalmente composta de membros escolhidos entre seus pares (Sadek, 1995; 1997). No entanto, uma série de escândalos que atingiu o próprio Judiciário logo em seguida minou essa posição, e os magistrados passaram a aceitar, com reticências, a necessidade de um conselho supervisor misto, com representantes do Judiciário e da sociedade civil, para recuperar

a legitimidade perdida. Essa medida foi por fim aprovada em dezembro de 2004, em uma reforma aguardada havia tempo. Pesquisa similar realizada com delegados da polícia civil revelou que qualquer tipo de inspeção de suas atividades era sistematicamente classificada como de baixa prioridade em termos de contribuição para uma melhoria no policiamento, embora a criação de conselhos de polícia comunitária tenha sido um pouco mais bem recebida (Sadek, 2003).

É evidente que esses problemas de apropriação institucional e de mentalidade corporativa não constituem exclusividade brasileira. Resultam, na verdade, da maneira de o Estado moderno lidar com o conflito social, o crime e a marginalidade. Como vários especialistas em direito penal já apontaram, no modelo retributivo de justiça o crime é percebido como uma violação ao Estado. Assim, o sistema judiciário define a culpa e aplica penas em uma disputa entre o infrator e o Estado, sendo que a vítima, ou a comunidade mais ampla, se mantém ausente ou silenciosa (Zehr, 1990). Os conflitos tornaram-se “propriedade” do Estado (Christie, 1977), uma lógica sobre a qual os agentes estatais erguem seu edifício de competência profissional. Tal competência é empregada tanto contra os colegas do sistema judiciário quanto contra os leigos, como forma de defenderem seu monopólio sobre diferentes aspectos das instituições legais e da ordem pública.

As instituições do sistema judiciário brasileiro caracterizam-se pela atomização e pela hiperautonomia, tanto no nível institucional quanto na esfera do operador individual, com rivalidades e concorrência entre os diferentes institutos do sistema penal – polícia civil e militar, Ministério Público, tribunais e prisões – bem como entre os diversos setores oficiais responsáveis por eles. Assim, por exemplo, a polícia civil no Brasil não constitui uma mera força investigativa, como em outros países, exercendo uma função quase judicial. A investigação policial espelha aquela conduzida pelos tribunais, convertendo o delegado de polícia – obrigatoriamente graduado em direito – em um juiz de instrução *de facto*, e a delegacia em uma “vara”, conduzida por um “escrivão”. Essa “advogadização” da polícia (Cerqueira, 1998) coloca-a em situação de concorrência com o Judiciário e com o Ministério Público no controle da investigação criminal. É esse contexto que define o grau e o tipo de atuação da sociedade civil sobre o Judiciário.

Para os grupos da sociedade civil, tais circunstâncias tornam muito difícil redefinir os termos do debate sobre lei e ordem. Neild (1999) mostra que a terminologia empregada é fundamental para moldar as idéias de “segurança” e de relacionamento entre o Estado e o cidadão. O conceito de “segurança nacional” estabelece a noção de *force majeure* e de fato confere ampla margem de liberdade para que as forças de segurança persigam, por todos os meios necessários, alguma noção de interesse nacional. O caráter militarizado da principal força policial brasileira, instituída, em sua forma atual, durante o regime autoritário de 1964 a 1985, continua a espelhar a lógica da segurança nacional predominante naquele período.

Nos dias de hoje, fala-se muito em “segurança pública” na América Latina e no Brasil. Aqui, o bem a ser protegido ainda é o interesse do Estado e das autoridades públicas, embora muitas vezes em âmbito estritamente local. Os que dispõem de poder suficiente para se apossar da esfera pública e de seus recursos são os mesmos para quem é fácil ter acesso aos instrumentos de manutenção da lei e da ordem. No entanto, aqueles que estão excluídos em virtude de sua classe social permanecem, por definição, desprotegidos. De acordo com o Artigo 144 da Constituição brasileira, a missão da polícia é a “preservação da ordem pública”, definida no capítulo “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”. “Ordem pública” e “paz social” constituem os referenciais dominantes, enquanto a figura do cidadão permanece ausente – mesmo em um documento que articula a mais completa declaração de liberdades civis. No plano retórico, ao menos, as necessidades do Estado continuam a ter precedência sobre aquelas do indivíduo.

A recém-cunhada expressão “segurança do cidadão” retira do Estado e da elite sociopolítica o poder de definir medo, crime e segurança, delegando-o às pessoas do povo. Nessa formulação, as autoridades do Estado estão a serviço da população, e não o contrário. A segurança do cidadão é baseada, em termos ideais, no policiamento por consentimento, não por repressão; em punição, tendo em vista a reabilitação, e não a desforra. Fundamenta-se também nos princípios (e nas restrições) dos direitos humanos e das liberdades civis universais. Essas três conceituações de segurança são correntes no Brasil e vêm sendo empregadas, em momentos diferentes, pelas autoridades públicas, pela mídia e pela sociedade civil. Assim, por exemplo,

embora a atual administração do PT sem dúvida tenha entre suas propostas a segurança do cidadão, definida em suas próprias diretrizes políticas,⁹ ainda é pressionada em certas esferas para reconhecer o comércio de drogas ilícitas e a narcoviolência como questão de segurança nacional (a chamada “colombianização” de cidades brasileiras). Reiteradas demandas para “endurecer” os métodos de policiamento e uma visível oscilação no âmbito dos governos estaduais entre as estratégias duras e aquelas “orientadas para a comunidade” demonstram o dinamismo desse debate permanente sobre os próprios termos de referência, bem como a importância do engajamento da sociedade civil.

Policiamento

Na área do policiamento, foram criadas organizações da sociedade civil voltadas para dois objetivos: (1) fiscalizar as atividades da polícia, especialmente em relação a denúncias de abusos contra os direitos humanos; e (2) trabalhar em conjunto com a polícia local, mediante conselhos formados em associação com a comunidade, para alocar os recursos de policiamento de acordo com as necessidades e prioridades locais.

Supervisão

Após a transição para o regime democrático no Brasil, tem sido observado um constante aumento nos índices de criminalidade e violência, acompanhado de correspondente elevação nos abusos policiais: uso excessivo de força, execuções sumárias e tortura de suspeitos. Não vem ao caso recapitular as diversas análises das disfunções da polícia no Brasil (Chevigny, 1995; Human Rights Watch, 1998; Pereira, 2000). Basta frisar que a ineficiência e o abuso sistemático dos direitos humanos por parte da polícia são determinados por insuficiência de recursos; corrupção; falta de treinamento, de procedimentos e de disciplina; impunidade inerente ao viés dos tribunais da justiça militar (que julgam os crimes cometidos pela polícia militar) e das corregedorias internas; práticas institucionais consolidadas; e uma visão de segurança pública que reflete e reforça a estratificação e as desigualdades sociais.

Em meados da década de 90, já estava claro que a polícia teria de ser posta sob algum tipo de supervisão civil. O governo

estadual de São Paulo, sob a liderança de Mário Covas, um dos fundadores do PSDB, foi pioneiro na implantação de um novo instrumento, a ouvidoria da polícia, em 1995. Outros seguiram o exemplo, de início em estados governados pela esquerda ou pela centro-esquerda.¹⁰

Em geral as ouvidorias estão alocadas nos gabinetes das secretarias estaduais de segurança pública, ou equivalentes, integrando portanto a estrutura do poder Executivo.¹¹ Sua tarefa é, literalmente, ouvir queixas dos cidadãos sobre casos de desvio de conduta, corrupção ou omissão por parte da polícia,¹² preparar um dossiê inicial, encaminhar as queixas às corregedorias da polícia e acompanhar o andamento das investigações. Podem também encaminhar casos ao Ministério Público. Embora com frequência sejam interpretadas como “serviços de *ombudsman*”, as ouvidorias não gozam da independência e dos amplos poderes usufruídos por essas instâncias em outros contextos. A corregedoria da polícia continua a monopolizar os recursos para empreender investigações sobre alegações de má-conduta policial, e muitas vezes obstrui o processo, ou se recusa a iniciar um inquérito. Por esse motivo, as ouvidorias constituem, em termos institucionais, uma espécie de mecanismo interno semi-independente.

A despeito dessas limitações, as ouvidorias têm assegurado o mais elevado grau de transparência, entre todos os mecanismos de supervisão da polícia.¹³ Inovaram ao publicar os primeiros índices confiáveis sobre a execução de civis por policiais, bem como sobre a morte de policiais em serviço e fora dele. E é significativa sua contribuição para romper a cultura da impunidade policial no Brasil. A população tem a garantia do anonimato, fundamental para superar os temores reais e justificados de represálias. As queixas vêm progressivamente tomando corpo e os abusos são denunciados de forma aberta, evolução que decerto reflete a crescente confiança nas autoridades estaduais. Em 2000, a maioria das queixas encaminhadas à ouvidoria do Rio de Janeiro foi anônima; já entre janeiro e julho de 2001, por volta de 150 queixas foram apresentadas pessoalmente. Tal como em cerca de metade dos estados brasileiros, no Rio de Janeiro existe um programa de proteção a testemunhas que é acionado nessas situações.¹⁴ Quando as ouvidorias esbarram com inércia burocrática, obstrução ou hostilidade, podem recorrer à mídia, valendo-se da estratégia de

“dar nome aos bois”.¹⁵ O número de queixas contra a polícia tende a aumentar de forma significativa, à medida que os incidentes recebem ampla cobertura da mídia.

O estabelecimento de fortes vínculos com a sociedade civil tem sido fundamental para assegurar que as ouvidorias mantenham sua legitimidade e sua independência em relação ao Executivo. No estado de São Paulo, o ouvidor é nomeado com base em uma lista tríplice apresentada pelo Conselho Estadual dos Direitos Humanos, com apoio de um conselho formado por juristas de renome e ativistas de direitos humanos. A ouvidoria do Pará é controlada diretamente pelo conselho assessor da polícia estadual (CONSEP), e os ouvidores mais bem-sucedidos até o presente vieram das fileiras do ativismo pelos direitos humanos, contando com alta credibilidade.

Como a corporação policial tradicionalmente tem sido uma instituição fechada, e como a consulta ao público sobre questões de policiamento é algo inédito, a ouvidoria é a primeira instituição governamental a solicitar as opiniões do público, oferecendo um *feedback* valiosíssimo. A noção de que o público deveria ter o direito de supervisionar, controlar e determinar as ações e prioridades da polícia representa uma mudança cultural significativa no Brasil; ao mesmo tempo que refletem essa mudança, as ouvidorias contribuem para que ela ocorra.

Devido à natureza intrinsecamente conflituosa dos mecanismos de supervisão, que têm por obrigação criticar as instituições que inspecionam, pode parecer curioso utilizar o termo “parceria” em conexão com as ouvidorias. A polícia de fato tende a considerá-las mais como adversárias do que como colaboradoras. No entanto, seria incorrer em erro pressupor que a polícia é um mero instrumento das autoridades oficiais, ou que está sob o controle estrito dessas autoridades. Com frequência, as autoridades eleitas são desafiadas por enclaves autônomos internos ao aparelho de segurança, que só podem ser debelados com o apoio ativo da sociedade civil.

Associação entre a comunidade e a polícia

Um dos principais meios de caminhar em direção a um modelo de policiamento baseado no consentimento e na cooperação consiste em criar espaços nos quais a polícia e a comunidade local possam se encontrar para debater as necessidades e

prioridades locais. Os Conselhos de Segurança (CONSEGs) foram instituídos inicialmente em Maringá, no estado do Paraná, em 1974.¹⁶ Acompanhando essa iniciativa, o governo progressista e democrático de Franco Montoro regulamentou esses novos órgãos no estado de São Paulo, em 1985 e 1986. Em 2002, em São Paulo, o número de CONSEGs ultrapassava os 800, em mais de 520 municípios.

A função dos CONSEGs, idealmente, é estimular a cooperação com a força policial local e a adoção de um estilo operacional de “policimento comunitário”, de modo a superar a desconfiança e a suspeição tradicionais, bem como municipalizar de fato o policiamento – isto é, torná-lo mais sensível às necessidades da comunidade local do que às prioridades definidas na esfera do governo estadual. Em princípio, os CONSEGs poderiam integrar os esforços de modernização da polícia, tornando-a um serviço público responsável e receptivo, e não uma burocracia estadual repressiva, guiada por seus próprios objetivos. Afirma-se ainda que a reorientação da polícia, combinada com o envolvimento da comunidade local no acompanhamento e na denúncia de crimes, além de medidas preventivas, pode reduzir de maneira significativa os índices de criminalidade. Assim, por exemplo, a cidade de Lajes, em Santa Catarina, apresentou uma queda de 47,7% nos índices de furto e roubo após a instalação de dez CONSEGs.¹⁷

Contudo, como em tantos outros aspectos do sistema jurídico penal, e apesar do número significativo de conselhos em ação no Brasil, não foram realizados estudos empíricos sobre eles. O que parece claro, com base em uma análise da regulamentação altamente burocratizada desses órgãos, é que eles ainda se encontram fortemente controlados pelo aparelho de segurança pública e de polícia estatal. Segundo a legislação do Paraná, a função do CONSEG em relação aos órgãos de segurança pública é cooperar, representar, verificar e demandar, sem interferir nas ações das autoridades responsáveis. No estado de São Paulo, o chefe da Polícia Civil e o comandante da Polícia Militar são membros natos desses Conselhos e tomam a iniciativa de identificar as chamadas “forças vivas da comunidade”, definidas como “representantes de associações, prefeituras municipais e outras entidades prestadoras de serviços relevantes à coletividade”.¹⁸ Boa parte da regulamentação ocupa-se dos procedimentos para as eleições e do

uso apropriado do logotipo, do estandarte e mesmo do hino oficial. A filiação ao CONSEG é numericamente reduzida e fechada, estabelecida em eleições internas.

Os registros sugerem que esses Conselhos nem sempre são muito “representativos” da comunidade, sendo integrados principalmente por empresários locais. Boa parte das atividades parece centrar-se na arrecadação de fundos para comprar equipamentos para a polícia (às vezes básicos, como pneus novos para veículos de patrulha), e os membros têm a expectativa de contar com uma atenção preferencial, em contrapartida por sua generosidade.

Com efeito, os CONSEGs parecem representar um exemplo clássico de “apropriação mútua”: a polícia exerce um papel condutor, constituindo, dirigindo e recrutando integrantes para o Conselho, enquanto seus membros se beneficiam de acesso privilegiado a um bem público. As autoridades estaduais não ficam alheias a esse problema; a legitimidade dos CONSEGs muitas vezes é subvertida pela participação de líderes que não estão preparados para o trabalho comunitário, interessados apenas em vantagens financeiras, pessoais ou eleitorais. Com efeito, há uma linha divisória muito tênue entre esse modo de apropriação e o tipo de aliança feita entre integrantes da sociedade marginal e a polícia local – por exemplo, com a assessoria a esquadrões da morte que atuam para eliminar pessoas classificadas como socialmente indesejáveis.¹⁹

Um modelo alternativo foi instituído no município de São Paulo durante o mandato da prefeita petista Marta Suplicy (2001-2004). A força municipal foi reformada para constituir um “modelo ideal” de policiamento preventivo, criando-se novas estruturas de interação entre a sociedade civil e a força policial. Isso foi possível porque a Constituição Federal faculta aos municípios a criação de forças policiais para proteger o patrimônio da cidade. Embora seja um encaminhamento limitado, tem-se observado no Brasil uma tendência recente a municipalizar o policiamento, em parte para contornar os imensos obstáculos estruturais a uma reforma abrangente do dispositivo policial dos estados.

Benedito Mariano (que havia sido o primeiro ouvidor de polícia do Brasil, no governo estadual de Mário Covas) foi indicado para chefiar a nova Secretaria Municipal de Segurança Pública da cidade de São Paulo e dobrou o contingente da Guarda

Municipal, de 4 mil para 8 mil integrantes (incluindo uma cota de 30% de policiais femininas). O contato da Guarda com a comunidade local pretende ser básico para a estratégia preventiva – de fato, seu trabalho parece estar bem mais perto do conceito de “policiamento comunitário” do que a maioria dos demais experimentos que levam essa designação no Brasil. A comunidade é consultada periodicamente, por meio das Comissões Comunitárias estabelecidas em seis regiões da cidade; apesar de ser eleita uma comissão permanente, todas as reuniões são abertas ao público. Os membros natos incluem o Inspetor Regional da Guarda Municipal e um representante da subprefeitura, mas os membros da sociedade civil têm participação majoritária na comissão, ao contrário do que ocorre com os CONSEGs.²⁰ A Secretaria informa que 2.870 pessoas participaram de 56 reuniões entre outubro de 2002 e dezembro de 2003, com uma média de 50 participantes por reunião, dois terços dos quais eram representantes da sociedade civil. Parece que o *ethos* participativo e democrático adotado pelo PT em seus mecanismos de consulta em outras áreas da gestão municipal influenciou sua conduta na parceria com a sociedade civil nesse novo campo da segurança do cidadão (Baiocchi, 2003).

Policiamento comunitário

A análise da polícia no Brasil após o retorno do país ao regime democrático tende a enfatizar suas características autoritárias, sua ineficácia e o grau em que efetivamente contribui para as atividades criminosas, por meio de corrupção e do crime organizado, além das rotineiras e graves violações dos direitos humanos – casos de tortura e execução sumária de suspeitos. Tem sido dada especial atenção à Polícia Militar, uma força policial estadual responsável pelo policiamento preventivo, com estrutura, hierarquia, código de conduta, treinamento e *ethos* corporativo tipicamente militares.

Vários estudos sobre execuções extrajudiciais demonstram a atitude beligerante da Polícia Militar em relação à comunidade (Cano, 1997), e sugerem que este seja um resíduo da Doutrina de Segurança Nacional do período militar, pela qual a população civil era olhada com suspeita, como o “inimigo” a ser controlado e contido. Essa postura de antagonismo da polícia em relação aos cidadãos cuja segurança deveria garantir passou a ser considerada

contraproducente pelos críticos e pelos reformadores, violando os compromissos do Brasil com os direitos humanos e com as liberdades civis. Foi nesse ambiente que se realizaram os primeiros experimentos de policiamento comunitário.

A teoria do policiamento comunitário pressupõe um relacionamento bem distinto entre a polícia e o público. Baseia-se nos princípios de confiança e de colaboração, prevendo interações continuadas com a sociedade civil, atenção especial às necessidades e prioridades expressas pela população, compartilhamento de informações que conduzam a um policiamento baseado em inteligência, mediação e solução de conflitos, além de preferir a prevenção do crime aos atos de repressão *a posteriori*. A primeira iniciativa nesse sentido foi tomada no estado do Rio de Janeiro durante o mandato do governador de esquerda Leonel Brizola (1991-1994), pelo então comandante da Polícia Militar, coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira, que contou com o apoio da organização não-governamental Viva Rio, dedicada aos direitos humanos. Os primeiros projetos foram implementados de forma parcelada, em vários bairros da cidade do Rio de Janeiro. A experiência principal foi em Copacabana, mas durou apenas dez meses, sendo desmontada pelo novo governador, Marcello Alencar, que assumiu uma postura de repressão ao crime, dando a seu Secretário da Segurança Pública carta branca para seguir a política de “atirar para matar” (Musumeci et al., 1996).

Em 2001, o Rio de Janeiro ensaiou outro projeto de policiamento comunitário, dessa vez na pequena favela central do Cantagalo, sob a orientação de um major da Polícia Militar, em cooperação com um grupo de defensores da reforma judiciária, em oposição ao governador Garotinho. Essa iniciativa procurou ir contra as práticas usuais de policiamento nas favelas do Rio que, no passado, consistiam de *blitzes* armadas em grande escala e tiroteio com traficantes, seguindo-se a retirada da tropa. Para começar, a polícia assumiu um grande centro comunitário e um hotel abandonado no topo do morro, promovendo atividades culturais, educativas e de formação profissional para os moradores jovens, tomando o lugar das ONGs locais, ainda muito intimidadas para operar na favela.

De forma semelhante, em violentas regiões de baixa renda em São Paulo, a polícia acabou mobilizando os serviços sociais da própria instituição: médicos, dentistas e professores de educação

física. Uma vez que a polícia é, com frequência, a única autoridade pública fisicamente presente nos bairros mais marginalizados, é evidente que os projetos de policiamento comunitário exigem tanto a colaboração da população local quanto a participação de outros órgãos do aparelho estatal. Faz-se necessária uma abordagem múltipla com vistas a melhorar, a um só tempo, a qualidade de vida, o capital social e a confiança dos cidadãos, bem como seu acesso à justiça e ao Estado de Direito.

O problema central do policiamento comunitário no Brasil se refere a seu status ainda marginal. O projeto Cantagalo foi segregado da atividade policial predominante no Rio de Janeiro e boicotado pelo governo municipal, por questões de apropriação territorial e disputa eleitoral (levando adiante uma rivalidade de longa data entre sucessivos governadores e prefeitos), impedindo assim a prestação de muitos serviços sociais vitais, que teriam reforçado sua legitimidade e sua eficácia.²¹ Embora o começo tenha sido auspicioso, com a demissão de 50 policiais devido a acusações de corrupção e violência, os velhos hábitos persistiram e, aos poucos, houve uma nova escalada de abusos policiais (*Global Justice*, 2004, p. 38).

Alguns projetos são de policiamento comunitário apenas no nome.²² Em cerca de 100 bairros, no estado de São Paulo, foram instaladas cabines móveis da Polícia Militar. Contudo, como os policiais apenas se deslocam de seu posto – com relutância – quando um membro da comunidade solicita ajuda, dificilmente logram estabelecer os indispensáveis vínculos duradouros e orgânicos com a população local.²³ Uma comparação das atitudes da população para com o policiamento convencional e o comunitário, no Brasil, indica que a confiança neste último só pode ser gerada com o aumento de sua visibilidade e de seu alcance (Kahn, 2004). Em suma, sem apoio político e sem uma reforma profunda nas culturas institucionais, a comunidade continuará sendo inimiga da força policial, e não parceira.

As prisões e o sistema penal

Embora a prevenção e a investigação bem-sucedidas das atividades criminais exijam a cooperação da população local, essa necessidade é menos evidente nos casos de condenação e detenção, pois a punição dos infratores em geral é assumida pelo Estado como sua prerrogativa exclusiva. No entanto, tal

monopólio vem sendo questionado no Brasil, de início como resposta a uma crise na capacidade do Estado, resultante da crescente preocupação com as condições materiais das prisões, e com seus efeitos colaterais, expressos em motins, fugas em massa e tomada de reféns, episódios que caracterizaram o final da década de 90. Outro fator inspirador do debate deriva dos movimentos globais por reformas penais, e de idéias radicalmente novas, tal como a justiça compensatória, que coloca em foco a vítima, o infrator e a comunidade, não o Estado.

Fiscalização

Foi apenas na segunda metade da década de 90 que a atenção pública se voltou para as condições dos detentos em carceragens e no sistema penitenciário. Os pioneiros no despertar da consciência popular foram, indiscutivelmente, os membros da Pastoral Carcerária,²⁴ da Igreja Católica. No Brasil inteiro, cerca de 3 mil voluntários, leigos e religiosos, visitavam regularmente as penitenciárias, oferecendo apoio prático e espiritual e dando testemunho dos abusos diários impingidos aos prisioneiros. Em 1997, o sofrimento dos detentos foi adotado como tema da campanha da Quaresma pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). A esse movimento também se aliaram a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), jovens e entusiastas promotores, e representantes do Judiciário.²⁵ As pressões de organizações internacionais resultaram em visitas e relatórios elaborados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela Human Rights Watch, pela Anistia Internacional, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, e pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura, bem como pelas Comissões de Direitos Humanos de várias assembleias legislativas estaduais.

A supervisão do sistema prisional pela sociedade civil já havia de fato sido estabelecida na Lei de Execuções Penais (LEP) de 1984, que obrigava o magistrado de cada comarca onde houvesse uma penitenciária a nomear um Conselho da Comunidade, formado por representantes da comunidade local, para visitar a prisão regularmente, inspecionar suas condições e prestar assistência aos detentos.

Apesar do apoio dos dois governos posteriores – de Fernando Henrique e de Lula –, poucos Conselhos foram de fato constituídos. O Ministério da Justiça não dispõe de dados²⁶ a

respeito do número de Conselhos, e aqueles que funcionam em geral atuam em um vácuo, sem suporte e sem vínculos institucionais.²⁷ Assim, por exemplo, o Conselho do Rio de Janeiro, que é relativamente ativo, perdeu seu gabinete na Secretaria de Justiça; por outro lado, não encaminhou relatórios ao magistrado local, hostil ao trabalho empreendido pela organização.

Esse caso ilustra bem um problema comum nessa interação do Estado com a sociedade civil. Uma parte do aparelho estatal (o Executivo e a legislação nacional), em princípio, apóia esses grupos. Mas, eles só podem existir por iniciativa do Judiciário local, que os ignora ou resiste a permitir que outros invadam “seu quintal”. Sem dispor de treinamento e de diretrizes para sua atividade, sem a definição de um mecanismo de *feedback* para as autoridades locais, e ainda sem autonomia e apoio suficientes para resistir às pressões dos funcionários que vierem a criticar, esses Conselhos são condenados a se tornar letra morta.²⁸ Talvez seja compreensível que alguns deles tenham decidido mesmo substituir a presença institucional dentro de alguns presídios, em vez de interagir com o Estado como elemento externo. Dada a fraqueza da estrutura do Conselho e a relativa força da Pastoral, alguns administradores penitenciários se viram tentados a simplesmente repassar a responsabilidade pelas inspeções à Igreja Católica, isentando o Estado de qualquer obrigação – quer em termos de criar procedimentos eficazes de fiscalização interna, quer para fortalecer o aparelho institucional que permitiria à sociedade civil exercer sua prerrogativa de supervisão. A despeito de todo o ativismo que marcou esse campo no final dos anos 90, poucos foram os progressos observados nas diversas frentes.²⁹

Penitenciárias administradas pela comunidade

De tempos em tempos, é questionada a capacidade do Estado brasileiro de administrar o sistema prisional, caracterizado por superpopulação, violência endêmica, condições de detenção chocantes, má gestão e incapacidade de alterar o comportamento dos infratores (Anistia Internacional, 1999; Human Rights Watch, 1998). A indústria da segurança privada está, afinal, em franca expansão no país,³⁰ como resposta às deficiências da polícia, enquanto a privatização do sistema penitenciário, embora debatida de forma intermitente desde os anos 80, tem sido sempre rejeitada.³¹

Uma das características mais surpreendentes desse sistema penitenciário é a existência de uma parceria inovadora entre o Estado e a sociedade civil na área da administração. Embora as unidades prisionais sejam em geral geridas diretamente pelo setor público, ou por meio de contratos com o setor privado, é possível um terceiro paradigma.

O primeiro experimento envolvendo a participação comunitária na administração penitenciária ocorreu na década de 70, em São José dos Campos, no estado de São Paulo, onde um grupo católico assumiu integralmente a gestão de uma cadeia arruinada e superlotada. O doutor Nagashi Furukawa, juiz de direito em Bragança Paulista, fez uma visita a essa instituição, na década de 90, e depois disso entrou em contato com um grupo de sua cidade que defendia idéias similares. De sua iniciativa resultou o primeiro convênio entre o Estado e uma organização não-governamental.

A prisão de Bragança Paulista foi reformada por completo, adotando um modelo que atraiu atenções em todo o país e mesmo no exterior. Pouco depois, ao ser nomeado Secretário da Administração Penitenciária do estado de São Paulo, o doutor Furukawa passou a multiplicar essa experiência bem-sucedida. Até o presente, foram criados 20 Centros de Ressocialização (CRs), com cerca de 210 detentos em cada um,³² administrados em uma parceria inovadora das autoridades penitenciárias estaduais com uma determinada ONG local, mediante um convênio formal de cooperação.* A entidade sem fins lucrativos trata da gestão cotidiana da penitenciária e da reabilitação dos detentos, enquanto a disciplina e a segurança permanecem sob controle do Estado. A construção da maioria dos CRs obedece a um novo projeto arquitetônico; em alguns casos, no entanto, como nas duas unidades prisionais originais de São José dos Campos e de Bragança Paulista, a edificação existente foi conservada, passando por reformas e adaptações para o novo modelo.

De acordo com pesquisas de campo realizadas em quatro desses CRs em outubro de 2004,³³ eles parecem ter um desempenho extraordinário em termos de: proteção aos direitos humanos dos detentos e dos funcionários; eliminação da violência e do consumo de drogas; condições decentes de detenção; potencial para a redução significativa dos índices de reincidência; apoio social, educacional, ocupacional e psicológico aos detentos e seus familiares; relação custo/benefício positiva;³⁴ transparência e

* Ver <<http://www.sap.sp.gov.br/common/cidadania.html>>. Acesso em 14 mar. 2005. [N.T.]

equilíbrio no tratamento dos detentos e no uso de recursos públicos. E propicia, além do mais, a melhoria das relações da comunidade com o sistema judiciário.³⁵ Consta que o índice de reincidência corresponde a um terço da média nacional.³⁶ Trata-se de um desempenho até modesto, em relação a outras medidas bem-sucedidas, em um modelo concebido para evitar a desagregação familiar, as dificuldades de integração no mercado de trabalho, a institucionalização, o consumo de drogas e a baixa auto-estima que as prisões convencionais invariavelmente geram.

Outro tipo de cooperação da sociedade civil com o Estado para enfrentar os problemas do sistema carcerário são as APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, ou Associação de Proteção e Assistência Carcerária). Enquanto o modelo original de APAC se baseava na fé, tendo por finalidade “saturar o ambiente penitenciário com programação e instrução religiosa” (Johnson, 2000), os CRs orientam seu trabalho essencialmente em função de dois fatores de reabilitação: o trabalho (em alguns desses centros, 100% dos detentos trabalham); e a reconstrução das relações familiares (abrigam apenas detentos cujas famílias residam nas proximidades).³⁷ Graças a um amplo horário de visitas, a maioria das famílias passa ali várias horas do domingo. O dinheiro ganho com o trabalho na prisão em geral é de grande valia para as famílias de baixa renda, que em larga medida contam com a assistência da ONG enquanto seus parentes estão cumprindo pena. As famílias formam uma ponte para a comunidade local, ajudando a superar a hostilidade e a demonização da cadeia e de seus detentos.

As unidades da APAC, tal como os CRs, subvertem deliberadamente a constituição de uma “cultura prisional”. O comércio local também se beneficia, pois as ONGs têm uma flexibilidade muito maior do que o Estado para a aquisição particular de bens e serviços. Os fundadores da APAC de São José dos Campos buscam hoje novas parcerias em Minas Gerais, de preferência por intermédio do Judiciário, e não junto às autoridades penitenciárias, e gerenciam várias unidades prisionais com guardas penitenciários dentro do perímetro carcerário (nos CRs é permitido que as portas internas fiquem destrancadas, mas os guardas penitenciários monitoram todas as atividades).

A ONG e as autoridades estaduais asseguram um excelente sistema de pesos e contrapesos mútuos, pois o relacionamento é estipulado em detalhe no convênio, em termos de prestação de

contas e transparência. Entre todos os casos analisados, esta constitui talvez a mais autêntica parceria, ou “co-produção” (Joshi & Moore, 2004; Masud, 2002), e a única em que a balança se inclina mais para o lado da sociedade civil. Tal como no caso das Comissões Comunitárias organizadas no município de São Paulo, dois fatores se mostraram cruciais: a presença de agentes de mudança comprometidos, e um espaço político-institucional para experimentar um novo modelo. A experiência também ilustra uma forma de a sociedade civil se apropriar em parte de certos espaços, em um sistema judiciário um tanto fragmentado. Talvez isso se deva à fragilidade e à negligência do Estado, mas também pode constituir um “convite estatal à participação” em bases mais igualitárias e colaborativas.

No entanto, esses mecanismos continuam relativamente invisíveis no âmbito do sistema penitenciário como um todo. Não há qualquer menção a tais iniciativas nos documentos de planejamento e de definição de diretrizes emitidos pelo Ministério da Justiça, nem quaisquer estudos empíricos de avaliação. Parece pouco razoável que o Estado não se aproprie ativamente dessas instalações bem-sucedidas mantidas sob sua égide.

Conclusões

As desigualdades estruturais da sociedade civil local interferem na possibilidade de todas essas parcerias em políticas públicas terem êxito. A própria polícia tem consciência do nível em que efetivamente gera capital social. O documento que estabelece as diretrizes dos CONSEGs do estado de São Paulo cita a importante obra de David Putnam³⁸ sobre a relação entre o capital social e o desenvolvimento social e observa que “a polícia tenderá a ser mais efetiva se ajudar os cidadãos e as comunidades a se ajudarem a si mesmos”.³⁹ A regulamentação dos CONSEGs em Santa Catarina arrola entre seus objetivos fundamentais: “desenvolver o espírito cívico e comunitário na área abrangida”.⁴⁰ Assim, se um órgão estadual desejar incluir em sua prática a consulta à comunidade, é inevitável que se empenhe em fomentar e construir os grupos civis que deseja ter como parceiros. Como fazê-lo sem cooptação é um desafio permanente de todas as áreas de políticas públicas no Brasil em que o modelo do “conselho” é empregado para receber contribuições da sociedade civil.

Além da capacidade da sociedade civil de articular suas

necessidades e interesses, outro problema fundamental diz respeito à receptividade dos órgãos públicos. Assim, por exemplo, os atuais CONSEGs e conselhos comunitários penitenciários só serão bem-sucedidos na medida em que isso for permitido pelos comandantes de polícia e magistrados locais. A resistência dos órgãos públicos a mudanças manifesta-se de várias maneiras – relações de dependência nos encaminhamentos, culturas burocráticas, defesa territorial; e, conforme comentei, a própria natureza da área policial de combate ao crime e à violência exacerbam essas tendências. Apesar dessas limitações, os agentes de mudança, individuais ou coletivos, têm se mostrado capazes de: localizar, dentro do aparelho estatal, espaços e lugares em que as autoridades públicas estão indiferentes ou exauridas (as prisões das APACs); evitar os vícios institucionais dominantes (as guardas municipais); ou buscar abordagens radicalmente novas em suas políticas (CRs). Onde há apoio político local, esses espaços oferecem ambientes valiosos para forjar novas formas de parceria entre o Estado e a sociedade civil.

Nos casos aqui analisados, a parceria assume diferentes formas, de acordo com o papel exercido pela sociedade civil (inspeção crítica, consultoria e suporte ou co-produção), e isso, por sua vez, afeta as assimetrias de poder envolvidas. O exemplo do CONSEG é o que melhor ilustra a cooptação da sociedade civil pelos atores estatais – mas se revela um arranjo com benefícios mútuos, devido à estrutura não-inclusiva dos Conselhos. O insucesso das comissões penitenciárias em lograr qualquer avanço deve ser atribuído à inércia do Judiciário. É provável que os magistrados locais não vejam nos Conselhos formas de benefício pessoal (enquanto para a polícia são tangíveis as vantagens da criação dos CONSEGs), e por isso boicotam esse dispositivo da lei, apesar de todas as exortações de seus superiores.

Embora fosse de se esperar que o Estado, que conta com mais recursos, exercesse sempre sua supremacia, isso não se dá com as unidades prisionais da APAC e com os CRs, onde a comunidade local logrou mobilizar recursos de capital humano que implementaram melhorias significativas em relação aos direitos humanos e ao tratamento dos detentos, bem como em suas perspectivas de se reunirem a suas famílias e evitarem reincidência. Nos lugares em que essas parcerias funcionam, elas podem trazer contribuições consideráveis à melhoria da segurança dos cidadãos no Brasil.

NOTAS

1. Para uma discussão crítica da noção de “participação” nos círculos de políticas de desenvolvimento, ver A. Cornwall, 2002.
2. As entidades de defesa dos direitos da mulher, por exemplo, calculam que cerca de 80% das alterações por elas propostas foram aproveitadas na versão final.
3. Os dois primeiros conselhos consultivos nacionais, da Saúde e da Educação, foram instituídos em 1937, no bojo das reformas promovidas pelo regime de Vargas. Atualmente, contam-se 25 conselhos, a maioria criada nos anos 90. A Constituição de 1988 introduziu também os conselhos estaduais e municipais.
4. Existe uma vasta bibliografia sobre o processo de orçamento participativo. Para uma boa síntese crítica, ver Baiocchi, 2003.
5. Para uma análise das modificações promovidas pelo PT no modelo dos conselhos de direitos da mulher, ver Macaulay, 2003a.
6. Para detalhes acerca de iniciativas da sociedade civil destinadas a aumentar a transparência do Judiciário, ver documentos disponíveis no *síte* da Due Process of Law Foundation <<http://www.dplf.org>>. Acesso em 1º mar. 2005.
7. No governo de Fernando Henrique Cardoso, a polícia militar, que é estadual e corresponde a cerca de 80% da força policial do país, serviu-se de seu poder de *lobby* entre os senadores para bloquear propostas que pretendiam “desconstitucionalizá-la”, ou seja, remover toda menção à corporação no texto constitucional – isso permitiria que, de acordo com os interesses de cada estado, ela fosse mantida, abolida ou fundida com a polícia civil.
8. Para os debates sobre *accountability* e o Judiciário, ver Macaulay, 2003b.
9. Em 2002, o Instituto da Cidadania, vinculado ao PT, produziu um documento de 120 páginas contendo recomendações para a reforma do sistema judiciário, elaborado por especialistas de primeira linha; esse documento constituiu a base para o Plano Integrado de Segurança Pública do governo Lula.
10. Rio de Janeiro, em março de 1999, no governo de Anthony Garotinho (PDT); Minas Gerais, em 1997 (Eduardo Azeredo, PSDB); Pará, em 1997 (Almir Gabriel, PSDB); Rio Grande do Sul, em agosto de 1999 (Olívio Dutra, PT); e ainda Pernambuco, Espírito Santo, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Bahia e Ceará.

11. As exceções são o Pará, onde a ouvidoria da polícia está subordinada ao Conselho Estadual de Segurança Pública (CONSEP); e Minas Gerais, onde ela se vincula diretamente ao gabinete do governador.
12. Elas recebem da população todo tipo de informação, mas dão prioridade às suspeitas graves referentes ao direito à vida, e também à corrupção por parte de policiais.
13. Ver Lemgruber et al. (2003), para um estudo aprofundado das ouvidorias; e Macaulay (2002), para uma comparação com outras formas de supervisão das polícias.
14. Ressalve-se, porém, que pessoas com antecedentes criminais estão excluídas do programa, e isso impede que boa parte das vítimas de tortura por parte da polícia conte com essa proteção.
15. Os sucessores dos primeiros ouvidores no Rio de Janeiro e em São Paulo, Julita Lemgruber e Benedito Mariano, recorreram bem menos à mídia. Em 2001, o então ouvidor carioca se manifestou contra esse trabalho, dizendo que era “só para aparecer nos jornais”. No entanto, a cobertura da mídia proporciona certo grau de visibilidade e proteção ao ouvidor – pouco depois, ele foi forçado a renunciar devido à falta de apoio político.
16. Em 2004, o estado do Paraná tinha 280 CONSEGs, sendo 46 em Curitiba e 74 na região metropolitana.
17. A *Notícia*, 16 de maio de 2002. Em maio de 2002, Santa Catarina dispunha de 31 Conselhos, mas pretendia instalar um em cada município. A lei autorizando a criação dos Conselhos somente foi aprovada em março de 2001. Níveis similares de redução na criminalidade foram apresentados em Embu, estado de São Paulo.
18. Regulamentação dos CONSEGs, Resolução SSP n. 47, de 18 de março de 1999; e Decreto n. 25.366, de 11 de junho de 1986.
19. Frühling (2003, p. 38) relatou problemas similares no Chile.
20. “Projeto do Programa das Comissões Cíveis Comunitárias”, documento interno da Prefeitura do Município de São Paulo.
21. Entrevista com o major Antonio Carballo, Cantagalo, julho de 2001.
22. Para detalhes sobre outros projetos, ver Mesquita & Loche, 2003, pp. 193-199.
23. Informação dada por Guaracy Mingardi, julho de 2001.
24. Boa parte da eficácia da Pastoral deve ser atribuída à inspirada liderança e à habilidade política de seu líder por muitos anos, Padre

Francisco “Chico” Reardon, religioso americano-irlandês, naturalizado brasileiro, infelizmente falecido em 1999.

25. Outros grupos ligados aos direitos humanos também faziam visitas eventuais a penitenciárias e carceragens, em geral após algum episódio de violência. Nenhum deles, porém, teve a presença constante que foi a marca da Pastoral.

26. Disponho de dados somente do estado de São Paulo, onde funcionam Conselhos em 54 comarcas; 23 têm Conselhos inativos, e em 62 não há Conselhos. Inexistem dados qualitativos.

27. Entrevista com Tania Kolker, vice-presidente do Conselho da Comunidade do Rio de Janeiro, julho de 2001.

28. Também é mínima a interação com as autoridades estaduais formalmente responsáveis pela inspeção das prisões: o juiz responsável pela penitenciária local, a corregedoria da administração penitenciária, o Conselho Penitenciário local (fundamentalmente, um quadro de concessão de liberdade condicional) e o Ministério Público.

29. Consta que está sendo desenvolvido um projeto, financiado pelo Reino Unido, que visa criar uma inspetoria penitenciária no Brasil, inicialmente em nível estadual, e discute-se a capacitação dos Conselhos.

30. De acordo com dados da Federação das Empresas de Segurança Privada, em 1985 o coeficiente de policiais para seguranças particulares era de 3 por 1. Em 2000, essa proporção havia se invertido: cerca de 1.200 empresas privadas empregavam 400 mil seguranças registrados e outros 600 mil guardas informais, com uma receita global de 4,5 bilhões de dólares, em 2000.

31. O Brasil tem seis penitenciárias semiprivatizadas no estado do Paraná.

32. As Nações Unidas recomendam que nenhuma penitenciária tenha mais de 500 detentos, pois as autoridades tendem a perder o controle sobre as unidades de grande porte.

33. Financiadas com recursos da Socio-Legal Studies Association, do Reino Unido.

34. A ONG recebe um valor fixo por detento para alimentação, manutenção predial etc. Como a compra dos bens e serviços é feita por uma entidade privada, não há limitações de processos licitatórios e a ONG pode demitir funcionários com mau desempenho. O custo por detento em um CR é metade do custo correspondente em uma penitenciária estadual, e um terço do custo verificado nas poucas unidades semi-privatizadas.

35. O diretor de Bragança, um policial civil, admitiu, durante uma conversa em 1999, que tinha problemas com seus funcionários: “dois são bêbados, dois são desequilibrados e os outros dois são bons e têm de ficar vigiando os demais”. Fica evidente que a sociedade civil local mais do que compensa o pessoal penitenciário convencional, que precisa se adaptar ao *ethos* incomum dos CRs.

36. Não há medição sistemática do índice de reincidência – por instituição, por estado, ou em nível nacional. As bases de dados nacionais para identificar os infratores contumazes ainda não foram operacionalizadas.

37. A penitenciária da APAC em Caruaru, Pernambuco, organizava oficinas de arte pai-filho e passeios ao zoológico.

38. D. Putnam, *Comunidade e democracia: uma experiência da Itália*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

39. Ver “Informativo Institucional” em <<http://www.conseg.sp.gov.br/conseg/downloads.aspx>>. Acesso em 15 mar. 2005.

40. “Regulamento dos Conselhos Comunitários de Segurança”, Secretaria de Estado de Segurança Pública de Santa Catarina, Conselho Superior de Segurança Pública, maio de 2001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMNESTY INTERNATIONAL. *No One Sleeps here Safely: Human Rights Violations against Detainees*. Londres: Amnesty International, 1999.
- BAIOCCHI, Gianpaolo (ed.). *Radicals in Power: The Workers' Party (PT) and Experiments with Urban Democracy in Brazil*. Londres: Zed Press, 2003.
- CANO, Ignacio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER, 1997.
- CERQUEIRA, C. M. N. "Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6(2), 1998.
- CHEVIGNY, Paul. *Edge of the Knife: Police Violence and Accountability in Six Cities of the Americas*. Nova York: New Press, 1995.
- CHRISTIE, Nils. "Conflicts as Property". *British Journal of Criminology*, 17(1), 1977.
- CORNWALL, Andrea. "Making Spaces, Changing Places: Situating Participation in Development". IDS Working Paper 170, 2002.
- DRAIBE, Sônia Miriam. "A nova institucionalidade do sistema brasileiro de políticas sociais: os conselhos nacionais de políticas setoriais". *Caderno de Pesquisa* 35, UNICAMP, 1998.
- FRÜHLING, Hugo. "Police Reform and Democratization". In: H. FRÜHLING et al. (eds.), *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy and the State*. Washington, DC/ Baltimore: Woodrow Wilson Center Press – Johns Hopkins University Press, 2003.
- GLOBAL JUSTICE. *Rio Report: Police Violence and Public Insecurity*. Rio de Janeiro: Global Justice, 2004.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Police Abuse in Brazil: Summary Executions in Rio de Janeiro*. Nova York: Human Rights Watch, 1997.
- _____. *Behind Bars in Brazil*. Nova York: Human Rights Watch, 1998.

JOHNSON, B. R. “Assessing the Impact of Religious Programs and Prison Industry on Recidivism: An Exploratory Study” (Estudo inédito). Washington, DC: Prison Fellowship International, 2000.

JOSHI, Anuradha & MOORE, Mick. “Institutionalized Co-production: Unorthodox Public Service Delivery in Challenging Environments”. *Journal of Development Studies* 40(4), pp. 31-49, 2004.

KAHN, Tulio. “Segurança pública e trabalho policial no Brasil”. Working Paper CBS 51-2004. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2004. Disponível em <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Acesso em 2 mar. 2005.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda & CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias: Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MACAULAY, Fiona. “Problems of Police Oversight in Brazil”. Working Paper CBS 33-2002. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2002. Disponível em <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Acesso em 2 mar. 2005.

_____. “Sexual Politics, Party Politics: The PT Government’s Policies on Gender Equity and Equality in Brazil”. Working Paper CBS 46-2003. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2003a. Disponível em <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Acesso em 2 mar. 2005.

_____. “Democratization and the Judiciary: Competing Reform Agendas”. In: M. D. KINZO & J. DUNKERLEY (eds.), *Brazil since 1985: Economy, Polity and Society*. Londres: Institute of Latin American Studies, 2003b.

MASUD, Mohammad O. “Co-producing Citizen Security: The Citizen-Police Liaison Committee in Karachi”. IDS Working Paper 172. Brighton (RU): Institute of Development Studies, University of Sussex, 2002. Disponível em <<http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp172.pdf>>. Acesso em 2 mar. 2005.

MESQUITA NETO, Paulo de & LOCHE, Adriana. “Police-Community Partnerships in Brazil”. In: H. FRÜHLING et al. (eds.). *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy and the State*. Washington, DC/Baltimore: Woodrow Wilson Center Press – Johns Hopkins University Press, 2003.

MUSUMECI, L. et al. "Segurança pública e cidadania: A experiência de policiamento comunitário em Copacabana (1995-1996). Relatório final do monitoramento qualitativo". Rio de Janeiro: ISER, 1996.

NEILD, R. "From National Security to Citizen Security: Civil Society and the Evolution of Public Order Debates", 1999. Disponível em <<http://www.ichrdd.ca>>. Acesso em 1º mar. 2005.

_____. *Themes and Debates in Public Security Reform: External Controls*. Washington, DC: Washington Office on Latin America, 2000.

PEREIRA, Anthony. "An Ugly Democracy? State Violence and the Rule of Law in Post-Authoritarian Brazil". In: P. KINGSTONE & T. POWERS (eds.). *Democratic Brazil*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

SADEK, Maria Tereza. *O Judiciário em debate*. São Paulo: IDESP, 1995.

_____. *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP, 1997.

_____. *Delegados de polícia*. São Paulo: IDESP, 2003.

TATAGIBA, Luciana. "Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil". In: E. DAGNINO (ed.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, Pa: Herald Press, 1990.

EDWIN REKOSH

Diretor executivo do Public Interest Law Initiative e professor visitante na Universidade da Europa Central, Hungria. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, Estados Unidos.

RESUMO

Este artigo analisa a advocacia de interesse público no contexto da Europa Centro-Oriental sob duas perspectivas: seu fundamento conceitual e as implicações práticas de estratégias para a proteção dos direitos humanos e a promoção da democracia. E aponta que o significado do termo “interesse público” é menos importante do que a questão de quem participa do processo de sua definição e por quais meios isso é feito. A partir do caso americano, o artigo desdobra três diferentes concepções de advocacia de interesse público: a social, a substantiva e a processual. Vários objetivos estratégicos derivam dessa análise: a ampliação do uso de instrumentos legais pelas organizações da sociedade civil para fortalecer o discurso na esfera pública; a aproximação entre teoria e prática nos cursos superiores de direito; e a promoção da cooperação entre os diferentes atores – associações de advogados, órgãos administrativos e organizações não-governamentais –, para a consolidação de um princípio de igual acesso à justiça para todos. [Original em inglês.]

QUEM DEFINE O INTERESSE PÚBLICO?

Estratégias do direito de interesse público na Europa Centro-Oriental*

Edwin Rekosh



Nos países das regiões central e oriental da Europa – e de forma genérica em toda a Europa continental –, a expressão “direito de interesse público” não é usada com frequência, embora já comece a ser adotada. O mais importante é que são cada vez mais numerosos os profissionais e ativistas da área jurídica que de fato adotam estratégias do direito de interesse público, independente do fato de identificá-las com essa denominação.

Ao discutir como o direito de interesse público se relaciona com a Europa Centro-Oriental, gostaria de me deter em dois aspectos específicos dessa noção. Primeiro, seu fundamento conceitual, que se admite ser problemático; segundo, as implicações práticas das estratégias para proteger os direitos humanos e promover a democracia e o Estado de Direito.

Já é lugar-comum entre os que têm estudado o fenômeno do direito de interesse público, nos Estados Unidos e alhures, exasperar-se diante da necessidade de apresentar uma definição que possa ser generalizada ou que implique alguma precisão intelectual. Muitos preferem aderir ao famoso comentário do juiz Stevens, da Suprema Corte americana, sobre a pornografia: “Reconheço quando vejo”.

Em vez de me empenhar em dar uma definição universal,

* Este artigo é uma versão revista e ligeiramente ampliada de uma palestra realizada na Universidade Européia, em Budapeste, em 22 de novembro de 2000. © 2005 Public Interest Law Initiative/ Columbia University Kht.

acredito ser mais útil examinar as múltiplas camadas de significados presentes nessa expressão. Ao menos três concepções distintas de “interesse público” e de “direito de interesse público” merecem ser exploradas. A idéia de “direito de interesse público” originou-se nos Estados Unidos, portanto trata-se de um bom lugar para começarmos. Uma das primeiras pessoas a articular o fundamento conceitual do direito de interesse público, muitos anos antes de tal noção ser amplamente adotada, foi o advogado Louis Brandeis, que mais tarde veio a se tornar juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em uma célebre palestra à Harvard Ethical Society, em 1905, ele afirmou: “Em vez de manter uma posição de independência entre os ricos e o povo, preparados para refrear excessos de ambos os lados, inúmeros advogados competentes consentiram em se subordinar às grandes corporações, negligenciando sua obrigação de usar seus poderes para proteger a população”. Afirmou ainda: “A grande oportunidade dos advogados americanos é, e será, erguer-se novamente, como fizeram no passado, prontos para proteger também os interesses do povo”.¹

1. L. Brandeis, “The Opportunity in the Law”. *American Law Review*, v. 39, pp. 55-63, 1905.

A leitura da história feita pelo juiz Brandeis pode ser questionável, e ele fornece escassas justificativas teóricas; contudo, essas duas frases apreendem a essência da maneira pela qual os defensores do interesse público nos Estados Unidos começariam a definir a si mesmos, décadas mais tarde.

O reboiço social da década de 60 acabou por criar condições para difundir as máximas do juiz Brandeis, e muitos bacharéis em direito americanos passaram, já na década de 70, a se auto-identificar “advogados do interesse público”, para se diferenciar daqueles que se “subordinavam às grandes corporações” mencionados pelo juiz Brandeis. Atribuía-se o papel de representantes dos interesses dos pobres e demais sub-representados na sociedade, em parte para equilibrar a desproporcional influência de interesses economicamente poderosos.

No entanto, se é possível dizer que alguns advogados americanos praticam o direito de interesse público, onde podemos encontrar o corpo de leis de interesse público que eles aplicam? Onde está codificado o direito de interesse público? Essa questão, que provavelmente soaria tola para muitos desses advogados americanos, não é inventada. Ao ouvir-me falar sobre algumas das preocupações fundamentais

da comunidade ligada ao direito de interesse público, nos Estados Unidos e em outros lugares, mais de um advogado do Leste Europeu solicitou-me um modelo dessas leis que pudesse ser adotado em seu próprio país.

Como definir o conceito de interesse público?

Então, o que é o direito de interesse público, já que não possui um corpo de leis? Nos Estados Unidos, a resposta a essa pergunta está na própria origem da expressão. Ela não foi adotada para descrever um campo específico do direito, mas para identificar **quem** estava sendo representado por aqueles advogados. Em vez de defender interesses econômicos dos poderosos, haviam optado por advogar em defesa do “povo” – nas palavras do juiz Brandeis. Isso não significa que todos os advogados de interesse público nos Estados Unidos se vêem como defensores dos pobres. O campo do direito de interesse público americano abarca uma multidão de objetivos: direitos civis, liberdades civis, direitos do consumidor, proteção ambiental e assim por diante. Mas em sua origem esse campo está mais diretamente ligado à idéia de contrabalançar a influência dos interesses econômicos poderosos no sistema jurídico; independentemente de seus objetivos, os advogados de interesse público americanos continuam a ser inspirados pela ética do “lutar pelo João-Ninguém”. Chamarei a isso de concepção **social** do direito de interesse público.

Uma segunda concepção do direito de interesse público pode ser pensada como **substantiva**. Tal abordagem começa com a pergunta: “O que é exatamente o ‘interesse público’ presumivelmente protegido por esses advogados, e quais são suas implicações substantivas, doutrinárias?”. Bem, mesmo sem haver um código de leis de interesse público, há inúmeras referências ao “interesse público” na legislação e na jurisprudência dos Estados Unidos e de outros países. Na verdade, uma rápida busca nos bancos de dados da Justiça Federal americana localizou mais de 300 leis assim identificadas.

Por um capricho, decidi procurar o termo “interesse público” em alguns dicionários de direito e quase me surpreendi ao verificar que os editores haviam ousado apresentar uma definição. Decerto, trata-se de uma clara indicação de que a noção de “interesse público” possui implicações doutrinárias.

Quando cursei a faculdade de direito (nos Estados Unidos), todo estudante possuía um exemplar do dicionário jurídico *Black*. Eis como esse respeitado dicionário define interesse público: “(1) O bem-estar geral do público que assegura reconhecimento e proteção; e (2) Algo em que o público como um todo possui interesse; em especial um interesse que justifique a regulamentação por parte do governo”.²

2. Bryan A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

Difícil imaginar definição mais tautológica. Significa pouco mais do que dizer que o interesse público consiste no interesse legal do público. Será que isso leva a algum lugar?

A definição apresentada no *Barron*, outro dicionário jurídico, faz um pouco mais de sentido. Tal como o anterior, afirma que interesse público é “aquilo que representa o melhor para a sociedade como um todo”, mas acrescenta tratar-se de “uma determinação subjetiva por parte de um indivíduo, como um juiz ou um governador, ou de um grupo, como uma [...]. legislação referente ao que é para o bem geral de todo o povo”(grifo nosso).³

3. Steven H. Gifis, *Law Dictionary*. 4.ed. Nova York: Barron’s Educational Services, 1996.

Embora também não seja muito rigorosa, essa definição ao menos reconhece uma importante verdade prática. Quando um órgão legislativo adota uma lei que menciona o “interesse público”, oferece em essência uma sinalização para a discricionariedade do Poder Judiciário ou do Executivo. Indica que uma autoridade executiva ou judicial deve considerar, em sua decisão sobre uma questão específica, uma definição necessariamente subjetiva do que é melhor em termos de interesse público. Um exemplo usado com frequência nos Estados Unidos é o dispositivo de nossa Lei da Liberdade de Informação, que obriga funcionários administrativos a dispensar ou a reduzir as taxas cobradas para custos com a reprodução de documentos requisitados, se a “revelação [...] for do interesse público, porque é provável que venha a contribuir significativamente para a compreensão pública das operações ou atividades do governo e que não seja especialmente do interesse comercial do requerente”.⁴

4. Freedom of Information Act, 5 USC, parágrafo 552 (a)(4)(A)(iii).

Seriam muitos os resultados arbitrários e inconsistentes, caso os burocratas do governo não sofressem restrições ao interpretar critérios definidos de maneira tão ampla. Mas suas decisões são sujeitas à revisão judicial, o que, em última instância, transfere boa parte do poder discricionário aos tribunais. E os tribunais, por sua vez, têm seus próprios meios de limitar decisões arbitrárias e inconsistentes.

O interesse público na Europa Centro-Oriental

De que maneira tudo isso se relaciona com a Europa Central e a Oriental? A maneira pela qual o termo “interesse público” é utilizado como conceito substantivo nos Estados Unidos oferece um contraponto a uma das deficiências gerais do processo de desenvolvimento do Estado de Direito em vários países da Europa Centro-Oriental. Não sei quantas vezes está referido o “interesse público” na legislação dos países dessa região, mas existem certamente expressões paralelas que apresentam semelhança substantiva. Por exemplo, há em muitos códigos de processo penal um dispositivo que estipula que os tribunais devem garantir aos acusados a representação por um advogado, sem ônus, se “o interesse da justiça” assim o exigir. A que se refere a expressão “interesse da justiça”, se não constituir também uma codificação da discricionariedade, nos mesmos moldes em que se utiliza “interesse público” nos Estados Unidos?

Uma abordagem do direito de interesse público sob essa perspectiva implicaria um poder discricionário por parte das autoridades executivas – e de juízes – ao perseguir noções abstratas de bem-estar geral, tal como a de justiça. No entanto, isso levanta um ponto cego institucional sério, que se desenvolveu durante o mais recente período de reformas. Enquanto a administração estatal possui comprovadamente menos autoridade para legislar do que sob o regime socialista, estando o processo legislativo no âmbito da competência do parlamento, as mudanças legislativas ampliaram cada vez mais o poder discricionário dos órgãos governamentais na tomada de decisões. Apesar disso, foi pouca a atenção ao estabelecimento de padrões e práticas significativos para dar orientação individual aos funcionários públicos para o exercício desse arbítrio. Disso resultou uma implementação desigual da lei e uma ineficiência nos mecanismos criados para manter a credibilidade do governo diante da população.⁵

A situação é semelhante no que se refere ao Judiciário, pois o exercício do arbítrio por parte dos juízes também está bem pouco desenvolvido na Europa Centro-Oriental. Ewa Letowska, a primeira *ombudswoman* da Polônia – atualmente juíza da Suprema Corte Administrativa do país – explicou brevemente como tal situação está enraizada na herança socialista: “Os tribunais [sob o direito socialista] eram limitados

5. Ver E. Rekosh (ed.), *The Vicious Circle: Weak State Institutions, Unremedied Abuse and Distrust*. Budapeste: Open Society Institute, 2005.

6. Ewa Letowska, Response to Questionnaire for *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*. Washington, DC: USAID, 2001 (arquivo do autor).

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

7. Jan Hrubala, Response to Questionnaire, id.

8. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (Trad. William Rehg.) Cambridge: MIT Press, 1989, p. 27, grifo nosso.

não apenas pela lei; mas também em cada ato normativo. [...] O sistema jurídico não era somente um sistema de estatutos legais, mas também um sistema de normativas criadas pela administração. Os tribunais afirmavam não lhes ser permitido [exercer] controle sobre o Executivo, mesmo que este promulgasse uma lei inconstitucional”.⁶

Em conseqüência desse contexto, o raciocínio jurídico em países pós-socialistas, em comparação com outros países de *civil law*,* tende a depender ainda mais da interpretação estrita do direito positivo, dispondo-se muito menos a enfrentar resultados inconsistentes, ilógicos ou inconstitucionais produzidos pela aplicação literal da lei. Essa afirmação ampla é decerto aplicável em graus diferentes de acordo com o país, a cultura jurídica vigente e outros fatores. A Eslováquia oferece um bom exemplo de país onde esse ponto pode ser demonstrado com facilidade. Jan Hrubala, ex-juiz e atualmente chefe do Departamento Anticorrupção do Governo, descreve a situação em seu país da seguinte maneira: “Apesar das mudanças democráticas na sociedade, certos representantes da classe jurídica continuam a se comportar como se os juizes nada mais fossem do que servidores públicos cuja obrigação é satisfazer a vontade dos detentores atuais do poder e aceitar sem reservas as decisões dos funcionários da administração pública”.⁷

Isso nos leva à terceira concepção de direito de interesse público, talvez a mais relevante para a Europa Centro-Oriental, e provavelmente a que melhor se articula com a noção processual de esfera pública, conceito estreitamente associado a Jürgen Habermas, que afirma:

*A sociedade civil é composta por associações, organizações e movimentos que emergem mais ou menos espontaneamente e que, sintonizados com a ressonância dos problemas de âmbito social nas esferas da vida privada, selecionam tais reações e as transmitem, de maneira ampliada, para a esfera pública. O núcleo da sociedade civil compreende uma rede de associações que institucionalizam discursos de resolução de problemas de interesse geral no quadro das esferas públicas organizadas.*⁸

Para Habermas, um fórum aberto ao debate – que ele rotula de esfera pública – constitui o elemento crítico da democracia. O que isso tem a ver com direito de interesse público? Eu diria

que, para a Europa Central e Oriental, tem tudo a ver. Para aqueles que participaram da criação de um movimento de direito de interesse público nos Estados Unidos no final da década de 60 e durante a de 70, a noção de esfera pública, bem como o papel da sociedade civil dentro dela, **não** constituía o problema principal. Suas preocupações eram outras; em particular, como mencionei anteriormente, pretendiam corrigir os desequilíbrios surgidos pelo fato de os advogados privilegiarem os interesses econômicos mais poderosos da sociedade.

Eles não estavam tão interessados em discutir a natureza da esfera pública, porque tal aspecto da vida política americana estava ativo e passava bem, apesar do reboiço social dos anos 60 – ou talvez mesmo em conseqüência dele.

O contraste com a sociedade européia foi explorado pela primeira vez por Tocqueville, mas uma observadora mais relevante para nossos propósitos foi Hannah Arendt. Pouco depois de se mudar para Nova York, em 1946, ela escreveu em uma carta a Karl Jaspers, um de seus mentores:⁹ “as pessoas aqui se sentem responsáveis pela vida pública de um modo como jamais vi em um país europeu”. Para exemplificar o motivo de sua generalização, Arendt citou a tempestade de protestos que se seguiu à detenção em campos de concentração de americanos descendentes de japoneses, durante a Segunda Guerra Mundial. Relatando uma experiência pessoal, ela escreveu na carta:

Eu visitei na época uma família americana na Nova Inglaterra. Eram pessoas absolutamente comuns – o que se chamaria de “pequena burguesia” na Alemanha – e, tenho certeza, nunca tinham visto um japonês na vida. Como fiquei sabendo depois, eles e muitos de seus amigos escreveram imediata e espontaneamente a seu representante no Congresso, insistindo nos direitos constitucionais de todos os americanos, independente de sua ascendência, e declarando que, se algo daquele gênero podia ocorrer, eles mesmos já não se sentiam mais seguros (essas pessoas eram de ascendência anglo-saxã, suas famílias moravam no país há várias gerações etc.).

Os defensores dos direitos humanos na Europa Centro-Oriental ficariam felizes, mas espantados, se deparassem com um comportamento análogo. Na Hungria, por exemplo, o governo

9. Ver Lotte Kohler & Han Saner (eds.), *Hannah Arendt/Karl Jaspers: Correspondence*. Nova York: Harcourt Brace & Company, 1992, p. 30.

10. Ver Viktoria Mohacsi, "Government Initiatives: Hungary's School Integration Program". In: Edwin Rekosh & Maxine Sleeper (eds.), *Separate and Unequal: Combating Discrimination against Roma in Education*. Public Interest Law Initiative/ Columbia University, 2004.

adotou uma admirável política educacional legal para diminuir a discriminação dos ciganos, uma minoria étnica marginalizada, revertendo a ampla segregação *de facto* dessa população no sistema escolar.¹⁰ Essa política foi fundamentalmente movida por padrões internacionais e europeus, pela pressão política dos próprios ciganos e pela boa intenção de um círculo dedicado, porém pequeno, de tecnocratas, especialistas em educação e organizações não-governamentais. No entanto, há uma notável ausência de apoio engajado por parte da maioria da população.

Ao longo de décadas, e até época recente, a esfera pública na Europa Central e Oriental esteve dormente. O conceito de "interesse público", entretanto, não se achava de modo algum ausente da teoria jurídica socialista. Teoricamente, a principal função da *Prokuratura* era proteger o interesse público, munida de sanções criminais e civis. Mas a grande diferença em relação aos conceitos liberais que compõem o direito de interesse público gira em torno da noção de esfera pública. Não havia espaço na teoria jurídica socialista para vozes alternativas competindo por serem ouvidas no processo discursivo imaginado por Habermas. Os limites da consideração aos interesses públicos em geral eram definidos pela cúpula, em um processo não-democrático, e implementados de maneira hierárquica rigorosa pelas autoridades executivas e, nos tribunais, pela todo-poderosa procuradoria.

Esse estado de coisas também tem implicações para a importância do raciocínio jurídico mencionado anteriormente. A herança do sistema legal socialista corrói nossa confiança no poder discricionário das autoridades executivas e justifica a necessidade de estimular e desenvolver as funções discricionárias do Judiciário. Além disso, o legado dessa abordagem permanece evidente nas limitações da própria linguagem usada para distinguir entre estatal e público em países que foram socialistas. O interesse do Estado equivale ao interesse público, e literalmente inexistente um vocabulário que distinga os interesses públicos daqueles do Estado, nos idiomas nacionais correspondentes.

Apesar do contraste com o estado saudável da esfera pública nos Estados Unidos, esse aspecto também estava presente quando o campo do direito de interesse público começou a se definir, nas décadas de 60 e 70. Um paradigma é Thurgood Marshall,

que continuou a tradição de Louis Brandeis ao servir como diretor e principal advogado do Fundo de Defesa Legal da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – a primeira organização de defesa dos direitos civis nos Estados Unidos –, antes de se tornar juiz da Suprema Corte. Em um discurso na American Bar Association,* em 1975, o juiz Marshall declarou:¹¹ “O direito de interesse público busca preencher algumas lacunas em nosso sistema legal”. Como era de se esperar, ele estava enfatizando os aspectos da reforma jurídica do direito de interesse público. Ele e seus predecessores vinham assumindo tal abordagem, havia décadas – em nome de organizações não-governamentais como a NAACP e a American Civil Liberties Union (ACLU) –, antes da expansão e da consolidação do campo do direito de interesse público na América dos anos 70. O juiz Marshall prosseguiu o discurso reconhecendo as importantes contribuições obtidas pelos advogados do direito de interesse público para seus clientes, os indivíduos sub-representados da sociedade, mas foi além ao dizer:

Mais fundamentalmente, talvez, eles fizeram nosso processo legal funcionar melhor. Expandiram o fluxo de informações para aqueles que tomam decisões. Possibilitaram que administradores, legisladores e juízes avaliassem o impacto de suas decisões para todos os interesses e minorias afetados. E, ao ajudar a abrir as portas para nosso sistema jurídico, aproximaram-nos um pouco mais do ideal de justiça igual para todos.

Portanto, ao menos na concepção do juiz Marshall, ampliar e fortalecer a esfera pública constitui um importante objetivo do direito de interesse público também nos Estados Unidos. A distinção a ser feita em relação à Europa Centro-Oriental pode ser de grau bem mais dramático, pois a esfera pública terá de ser criada a partir do zero, ou reanimada após décadas de dormência.

Agora, retornamos à pergunta “Quem define o interesse público?”. Em uma sociedade liberal, a resposta talvez seja: você e eu. Todos somos participantes da definição do que é – e do que não é – de interesse público, sendo o interesse público elaborado no debate resultante de valores e opiniões. A questão é: não precisamos nos preocupar tanto com o **que** é o interesse público, quanto com **quem** consegue participar de sua definição e mediante quais meios.

* Associação Americana de Advogados, equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). [NT]

11. T. Marshall, “Financing the Public Interest Law Practice: The Role of the Organized Bar”. *American Bar Association Journal*, v. 61, pp. 1.487-1.491, 1975.

Chegamos aqui às implicações estratégicas dessa análise conceitual. Descrevi três abordagens distintas para a conceitualização de direito de interesse público: a concepção social, a substantiva e a processual. Tomando-as em ordem inversa, começarei pela concepção processual da esfera pública.

Concepção processual. Na Europa Centro-Oriental, a noção de esfera pública possui implicações estratégicas de extraordinária importância para advogados e ativistas que trabalham com direitos humanos e outras questões de interesse público. Se admitirmos que um elemento crítico do desenvolvimento democrático é a expansão da esfera pública, isso implica uma abordagem da lei radicalmente diferente – ao menos do ponto de vista histórico – da tendência dominante na região. A lei é um dos principais pilares da governança. Mas, se aceitarmos que a lei deve ser produto do debate na esfera pública, em vez de uma entidade monolítica recebida de alguma autoridade superior, então devemos dar oportunidades para contestar a lei. Assim, ela passa a ser instrumental, não apenas para as autoridades governamentais, mas para todos. Não se trata mais de mero instrumento de controle social, e sim de um fórum para a resolução de conflitos e a elaboração de noções concorrentes daquilo que é de interesse público.

O que significa isso na prática? Significa que organizações não-governamentais direcionadas para objetivos sociais amplos, como os direitos humanos, podem e devem acrescentar o sistema legal a seu arsenal. E podemos ver claramente que isso está acontecendo. A utilização estratégica e instrumental da legislação de direitos humanos fica evidente na adoção, pelas ONGs, dos mecanismos da Corte Européia de Direitos Humanos.

No entanto, uma dependência excessiva da Corte Européia como principal fórum para a reconciliação do interesse público mediante a aplicação de normas internacionais gera seus próprios problemas. A Corte cobre uma jurisdição imensa, ainda em expansão. Não é prático que ela seja o único campo de batalha para resolver questões de interesse público. Precisamos fortalecer a capacidade dos sistemas jurídicos nacionais de enfrentar reivindicações de interesse público que rivalizem entre si, tal como faz a Corte Européia; caso contrário, o componente legal da esfera pública não estaria de fato na

esfera pública, permanecendo apenas lá em Estrasburgo.

Isso quer dizer que as organizações não-governamentais devem ser criativas e buscar maneiras de, parafraseando Marshall, abrir as portas para seus próprios sistemas jurídicos. Em outras palavras, devem pressionar os tribunais comuns para que considerem a análise constitucional e o direito internacional, ao aplicar as leis nacionais, utilizando melhor os tribunais e fóruns constitucionais em revisões judiciais, ampliando a participação pública nos procedimentos administrativos e garantindo maior acesso às informações mantidas sob controle do Estado.

Alguns argumentariam que essas estratégias legais são mais apropriadas ao sistema do *common law* do que à tradição do *civil law*. Eu responderia que, antes de tudo, tal distinção é freqüentemente exagerada, uma vez que as abordagens do *common law* e do *civil law* vêm convergindo há décadas e, o que é mais importante, acredito que tais medidas constituem um antídoto necessário a hábitos que remontam a décadas, formados no contexto de uma esfera pública debilitada.

Concepção substantiva. Outro componente da pauta estratégica dos advogados e ativistas voltados para o interesse público putativo na Europa Centro-Oriental se refere ao que classifiquei como concepção substantiva do direito de interesse público. A incorporação explícita da discricionariedade na lei torna-se um complemento fundamental dos objetivos estratégicos já mencionados. Isto, por sua vez, depende de os administradores e juízes reavaliarem seus papéis e adotarem novas linhas de raciocínio, menos usuais. Resumindo, em muitos países da Europa Central e Oriental, percebe-se a necessidade de uma mudança cultural mais ampla.

Como poderia isso acontecer? Muitos alegam que um obstáculo central é a chamada mentalidade dos juízes. Em outras palavras, a cultura legal não é propícia. Bem, se concordarmos que o raciocínio judicial está atrelado à cultura legal, então faria sentido centrar o foco nas faculdades de direito. Faculdades de direito constituem também “fábricas” de cultura legal. É lá que os futuros advogados, promotores e juízes aprendem a pensar como futuros advogados, promotores e juízes.

Assim, os objetivos estratégicos fundamentais dentro das faculdades de direito deveriam ser: aperfeiçoar a capacidade de

pensamento crítico dos bacharéis em direito e inserir aspectos práticos da lei tal como é aplicada, para desafiar o mito em que a lei é concebida como um reino monolítico e positivista de teoria pura. Felizmente para os advogados de interesse público, as faculdades de direito vêm mostrando uma extraordinária vontade de aproximar a teoria da prática. Tanto os estudantes quanto os professores observam cada vez mais a falta de entrosamento entre a lei tal como é percebida no ambiente plácido da faculdade de direito e sua existência de fato, no turbulento mundo externo. O rápido crescimento da obrigatoriedade de estágios em assistência judiciária gratuita, onde os estudantes aprendem enquanto prestam assistência a clientes reais, constitui apenas um dos indicadores dessa tendência.

Estratégias semelhantes são recomendadas para escolas de administração pública e outros cursos destinados a treinar e aumentar a competência profissional dos administradores públicos. Um desafio específico nessa área é o fato de que o estudo administrativo da lei e sua prática não receberam a mesma atenção dispensada ao Judiciário durante a última década de reformas na Europa Centro-Oriental. Em conseqüência, há a necessidade preliminar de estudar e compreender o modo pelo qual estão de fato sendo tomadas as decisões administrativas, e identificar que tipo de treinamento viria a ser mais eficaz.

Concepção social. Por fim, a concepção social de direito de interesse público está começando a ter relevância estratégica também na Europa Centro-Oriental. Basta olhar para as elucubrações de George Soros, ferrenho defensor do mercado livre, para encontrar provas disso. Primeiro, em um artigo polêmico intitulado “The Capitalist Threat”,¹² e depois, em livros subsequentes, incluindo *Open Society: Reforming Global Capitalism*, Soros faz lembrar o juiz Brandeis. Na introdução de *Open Society*, ele escreve: “Os fundamentalistas do mercado sustentam que o interesse público é mais bem servido quando as pessoas podem seguir seus próprios interesses. Trata-se de uma idéia atraente, mas é apenas uma meia-verdade. O mercado presta-se eminentemente à luta pelos interesses privados, porém não é concebido para cuidar do interesse comum”.¹³

A lacuna identificada por Soros e por outros na Europa Central e na Oriental é a mesma para a qual o juiz Brandeis

12. George Soros, “The Capitalist Threat”. *The Atlantic Monthly*, v. 279, n. 2, fevereiro de 1997, pp. 45-58.

13. G. Soros, *Open Society: Reforming Global Capitalism*. Nova York: Public Affairs, 2000, p. xii.

chamava a atenção nos Estados Unidos, na virada do século passado. A lei e os advogados a serviço do que Soros chama de “fundamentalismo de mercado” correm o risco de tornarem-se meros subordinados das grandes empresas, como censurava Brandeis. É evidente que poucos discordariam da opinião de George Soros de que o interesse público é em parte servido por indivíduos que perseguem seus próprios interesses privados. Mas, como Soros oportunamente argumentou, o mercado sozinho jamais abordará muitos dos aspectos importantes de interesse público.

Um exemplo desse tipo de falha do mercado refere-se ao acesso aos serviços de advocacia. Na Europa Centro-Oriental, onde os serviços de advocacia estão cada vez mais sujeitos às regras do mercado livre, um número crescente de indivíduos tem recebido tratamento de segunda categoria por parte do sistema jurídico. Em outras palavras, estamos nos afastando ainda mais do ideal de igual acesso à justiça para todos.

Para ativistas e advogados de interesse público, a implicação estratégica está em dedicar mais atenção aos mecanismos – de fontes estatais ou privadas – capazes de ampliar as oportunidades de ajuda legal para aqueles excluídos pelos preços proibitivos do mercado.

Concluindo, podemos identificar diversas estratégias críticas para a sustentação da rede de valores e ideais presente no conceito de direito de interesse público. Primeiro, as organizações não-governamentais podem e devem fazer uso mais eficiente da lei como instrumento para alcançar propósitos sociais, o que contribuiria para o desenvolvimento de uma esfera pública mais vigorosa. Além disso, os mestres de direito – que preparam os futuros bacharéis – devem continuar a aproximar teoria e prática, empenhando-se em aprimorar o raciocínio crítico dos futuros juízes e demais profissionais da área jurídica. Associada a esse esforço, há a necessidade de compreender melhor o funcionamento dos processos administrativos e desenvolver instrumentos para aprimorar o exercício do poder discricionário também por parte dos servidores públicos. Finalmente, as associações de advogados, os tribunais, os órgãos estatais e as organizações não-governamentais devem explorar novas formas de colaboração para assegurar ajuda legal adequada, aproximando-nos do ideal de igual acesso à justiça para todos.

Tradução: Regina de Barros
Carvalho e Jonathan Morris

VÍCTOR ABRAMOVICH

Diretor executivo do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS),
Argentina.

RESUMO

O objetivo do artigo é analisar diferentes linhas de trabalho das organizações de direitos humanos que atuam no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, a partir da definição das principais características desses direitos e de sua estrutura, é analisada a possibilidade de exigí-los nas instâncias judiciais, enfocando também os problemas e os limites das estratégias de tutela judicial. Na segunda parte, é abordado o debate sobre o papel dos tribunais em questões vinculadas a políticas sociais e examinado, sob a perspectiva das organizações de direitos humanos, o aparente impasse entre as estratégias de incidência judicial e as de incidência política, bem como sua possível articulação. [Original em espanhol]

LINHAS DE TRABALHO EM DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: INSTRUMENTOS E ALIADOS*

Víctor Abramovich



A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais**

Quem defende a tese de um “defeito de origem” nos direitos econômicos, sociais e culturais enquanto direitos demandáveis acredita que o cerne da impossibilidade de se conseguir sua exigibilidade está em sua própria natureza. Os argumentos usados pelos opositores da aplicação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais se baseiam na diferença entre a natureza desses direitos e a natureza dos direitos civis e políticos.

Um dos aspectos sempre reiterados para sustentar a pretensa distinção dos direitos civis e políticos em relação aos econômicos, sociais e culturais é o suposto caráter de obrigatoriedade negativa do primeiro gênero de direitos, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais implicariam o nascimento de obrigações positivas que, na maioria dos casos, deveriam ser liquidadas com recursos do erário público.¹ De acordo com essa posição, as obrigações negativas se esgotariam em um “não fazer” por parte do Estado: não deter arbitrariamente as pessoas, não aplicar penas sem julgamento prévio, não restringir a liberdade de expressão, não violar a correspondência nem os papéis privados, não interferir na propriedade privada etc. A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizaria, ao contrário, por obrigar o

* Este artigo foi elaborado com a colaboração de Julieta Rossi.

** Esta parte do texto expressa as conclusões de um trabalho de pesquisa mais amplo, elaborado em conjunto com Christian Courtis (2002).

Ver as notas deste texto a partir da página 213.

As referências bibliográficas das fontes mencionadas neste texto estão na página 221.

Estado a fazer, ou seja, a prestar atendimento positivo: fornecer serviços de saúde, assegurar a educação, preservar o patrimônio cultural e artístico da comunidade.

No primeiro caso, bastaria limitar a atividade do Estado, proibindo sua atuação em algumas áreas. No segundo, o Estado deveria necessariamente alocar recursos para prestar os serviços exigidos, de forma positiva.² Essas distinções têm como base uma visão distorcida e “naturalista” do papel e do funcionamento da máquina estatal, que coincide com a posição de um Estado mínimo, responsável por garantir apenas justiça, segurança e defesa.³ Entretanto, até para os pensadores mais típicos da economia política clássica, como Adam Smith e David Ricardo, era mais do que óbvia a inter-relação entre as supostas “obrigações negativas” do Estado – em especial quanto à garantia da liberdade de comércio – e uma longa série de obrigações positivas vinculadas à manutenção das instituições políticas, judiciais, de segurança e defesa, condição necessária para o exercício da liberdade individual.

Smith, por exemplo, atribui ao Estado um papel ativo na criação das condições institucionais e legais para a expansão do mercado.⁴ O mesmo cabe assinalar com relação a muitos outros direitos “civis e políticos” – tal como o devido processo legal, o acesso à justiça, a formação de associações e o direito de eleger e ser eleito – que implicam a criação de condições institucionais correspondentes por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais; estabelecimento de normas e registros que tornem juridicamente relevante a atuação coletiva de um grupo de pessoas; convocação de eleições; organização de um sistema de partidos políticos etc.).⁵

Mesmo certos direitos que parecem se ajustar com mais facilidade à caracterização de “obrigação negativa”, ou seja, que requerem uma limitação na atividade do Estado a fim de não interferir na liberdade dos cidadãos – por exemplo, a proibição de detenção arbitrária, de censura prévia à imprensa ou de violação à correspondência e aos papéis privados –, acarretam intensa atividade estatal para evitar que agentes do próprio Estado, ou particulares, interfiram nessa liberdade, de tal modo que a contrapartida pelo exercício desses direitos passa a ser o cumprimento de funções de polícia, segurança, defesa e justiça por parte do Estado. Evidentemente, o cumprimento dessas funções implica obrigações positivas, caracterizadas pela alocação de recursos, não bastando a mera abstenção do Estado.⁶

Em síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos. Dada a coincidência histórica dessa série de funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a tornar “natural” essa atividade estatal e enfatizar os limites de sua atuação.

Sob essa perspectiva, os direitos civis e políticos se distinguem dos direitos econômicos, sociais e culturais mais em uma questão de grau do que em aspectos substanciais.⁷ Pode-se reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais sejam as obrigações de fazer, e é por isso que às vezes são denominados “direitos-prestação”.⁸ Contudo, não é difícil descobrir, quando se observa a estrutura desses direitos, a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação do patrimônio cultural implica a obrigação de não destruir esse patrimônio.

É por essa razão que muitas das ações legais tendentes à aplicação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais são direcionadas para a correção da atividade estatal, quando esta deixa de cumprir obrigações de não fazer. Em suma, os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas do Estado, embora nesse caso as obrigações positivas se revistam de maior importância simbólica para identificá-los. Assim, por exemplo, Contreras Peláez, ao perceber a impossibilidade de uma distinção taxativa entre ambos os tipos de direito, afirma que para “os direitos sociais [...] a prestação estatal representa verdadeiramente a substância, o núcleo, o conteúdo essencial do direito; em casos como o direito à assistência gratuita para a saúde ou a educação, a intervenção estatal acontece todas as vezes que o direito é exercido; a não-prestação desse serviço pelo Estado pressupõe automaticamente a denegação do direito”.⁹

É ainda possível mostrar outro tipo de problema conceitual que dificulta a distinção radical entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro, ressaltando as limitações dessas diferenciações e reafirmando a

necessidade de um tratamento teórico e prático comum em relação a tudo que é substancial. A concepção teórica – e inclusive a regulamentação jurídica concreta de vários direitos tradicionalmente considerados “direitos de autonomia”, que geram obrigações negativas por parte do Estado – tem variado de tal modo que alguns dos direitos classicamente considerados “civis e políticos” adquiriram um indubitável aspecto social. A perda do caráter absoluto do direito de propriedade com base no interesse público é o exemplo mais cabal a respeito, ainda que não seja o único.¹⁰ As tendências atuais do direito de danos de responsabilidade civil atribuem um lugar central à distribuição social de riscos e benefícios como critério para determinar a obrigação de reparar.

O impetuoso surgimento de um direito do consumo transformou de modo substancial os vínculos contratuais, quando há consumidores e usuários participando da relação.¹¹ A consideração tradicional da liberdade de expressão e de imprensa adquiriu dimensões sociais que ganham força pela formulação da liberdade de informação como um direito de todo membro da sociedade – que compreende, em certas circunstâncias, a obrigação positiva de produzir informação pública. As liberdades de empresa e de comércio são restringidas quando seu objeto ou seu desenvolvimento acarreta um impacto sobre a saúde ou o meio ambiente.¹² Em suma, muitos direitos que por tradição estão incluídos no catálogo de direitos civis e políticos foram reinterpretados do ponto de vista social, de modo que as distinções absolutas também não têm razão de ser em tais casos.¹³ Nesse sentido, a jurisprudência dos órgãos de proteção internacional de direitos humanos e, em especial, a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), estabeleceu a obrigação positiva dos Estados de: remover os obstáculos sociais que impossibilitam o acesso à jurisdição; tomar medidas apropriadas para evitar que alterações ambientais cheguem a constituir uma violação do direito à vida privada e familiar;¹⁴ e desenvolver ações afirmativas para impedir riscos previsíveis e evitáveis que afetem o direito à vida.¹⁵

Dada a interdependência dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, em muitos casos as violações dos primeiros afetam também os segundos, e vice-versa. A contundente diferenciação entre ambas as categorias costuma desvanecer quando se procura identificar a violação dos direitos em casos concretos. Muitas vezes, o interesse tutelado por um

direito civil cobre também o interesse tutelado pela definição de um direito social. O limite entre uma categoria e outra é certamente tênue. Quando não existem mecanismos diretos de tutela judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais no direito interno dos Estados, ou no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, uma estratégia indireta consiste em reformular as obrigações sujeitas à justiça do Estado em matéria de direitos civis e políticos, de modo a discutir a violação por essa via. Tal encaminhamento é de suma importância em países como, por exemplo, Espanha e Chile, onde a tutela jurisdicional, por meio de ações como a de *amparo*, se restringiu a um catálogo fechado de direitos denominados “fundamentais”, que em geral coincidem com os da lista clássica de direitos civis. Assim, fica possível ter acesso à tutela jurisdicional em situações de flagrante violação de um direito social. Nesse sentido, é de suma utilidade consultar o mecanismo de tutela de direitos sociais conexos com direitos fundamentais na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, como exemplo de uma modalidade de proteção indireta dos direitos sociais a partir de sua íntima relação com um direito civil ou político.¹⁶

O uso do direito à vida para proteger interesses amparados por direitos sociais é outra estratégia de proteção indireta de direitos econômicos, sociais e culturais, adotada no nível doméstico, mas que poderia ser aplicada também aos mecanismos de proteção internacional de direitos humanos. No sistema europeu, o direito à vida tem sido utilizado como forma de proteger interesses vinculados ao direito à saúde e de exigir, do Estado, obrigações positivas de proteção. No caso *L. C. B. vs Reino Unido*, o CEDH afirmou que o primeiro parágrafo do Artigo 2º da Convenção obriga os Estados não só a se abster de retirar a vida de alguém, intencional e ilegalmente, mas também a adotar medidas apropriadas para garantir a vida. No caso em questão, discutia-se o alcance do dever do Estado de fornecer informação adequada à requerente sobre as circunstâncias que poderiam ter minimizado ou evitado a doença de que sofria.

Também foi explorada, como estratégia de exigibilidade indireta de reivindicação de direitos sociais, a íntima relação entre a escolha de um modo de vida individual e o aproveitamento de bens culturais que identificam, por exemplo, uma determinada minoria, ou um povo indígena. Nesse sentido, o direito de autonomia – ou o direito de estabelecer um projeto de vida de

forma autônoma – se aproxima do direito social de participar de certas práticas ou bens culturais. Argumentou-se, por isso, que o projeto de vida de cada membro dessa coletividade depende profundamente do desfrute de bens culturais – língua, religião, terra ancestral e práticas econômicas tradicionais – dos povos indígenas.¹⁷

Poderia então ser dito que a adscrição de um direito ao catálogo de direitos civis e políticos, ou ao de direitos econômicos, sociais e culturais, tem um valor heurístico, ordenador, classificatório; no entanto, uma conceitualização mais rigorosa levaria a admitir um *continuum* de direitos, no qual o espaço de cada direito estaria determinado pelo peso simbólico do componente de obrigações positivas ou negativas nele delineadas. Por esse raciocínio, alguns direitos, claramente passíveis de serem caracterizados segundo obrigações negativas do Estado, ficam enquadrados no horizonte dos direitos civis e políticos – caso, por exemplo, da liberdade de pensamento ou da liberdade de expressão sem censura prévia. No outro extremo, alguns direitos que em sua essência se caracterizam por obrigações positivas do Estado estarão contidos no catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais – por exemplo, o direito à moradia.¹⁸ No espaço intermediário entre esses dois extremos há um espectro de direitos que conjugam uma combinação de obrigações positivas e negativas, em graus diversos: identificar se um deles está na categoria dos civis e políticos, ou no grupo dos econômicos, sociais e culturais resulta de uma decisão convencional, mais ou menos arbitrária.

Na mesma linha do que já foi dito, autores como van Hoof ou Asbjorn Eide propõem um esquema interpretativo que consiste em assinalar “níveis” de obrigações estatais que caracterizariam o complexo identificador de cada direito, independentemente de atribuí-lo ao conjunto de direitos civis e políticos ou ao de direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com a proposta de van Hoof,¹⁹ por exemplo, seria possível discernir quatro “níveis”: obrigações de **respeitar**, de **proteger**, de **garantir** e de **promover** o direito em questão. As obrigações de **respeitar** se definem pelo dever do Estado de não interferir nem obstaculizar ou impedir o acesso ao desfrute dos bens que constituem o objeto do direito. As obrigações de **proteger** consistem em evitar que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso a esses bens. As obrigações de **garantir**

pressupõem assegurar que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não puder fazê-lo por si mesmo. As obrigações de **promover** se caracterizam pelo dever de criar condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem.

Como se pode ver, o raciocínio de “níveis” de obrigações é perfeitamente aplicável a todo o espectro de direitos, sejam eles classificados como direitos civis e políticos ou como direitos econômicos, sociais e culturais. Boa parte do trabalho dos organismos de direitos humanos e dos órgãos internacionais de aplicação das normas internacionais de direitos humanos em matéria de direito à vida e direito à integridade física e psíquica (e as correspondentes proibições de morte e tortura) – em geral classificados como civis e políticos – consiste em reforçar os aspectos vinculados às obrigações de proteger e satisfazer esses direitos. Diversas medidas são utilizadas para isso, como: a investigação das práticas estatais violadoras; o julgamento ou o estabelecimento de responsabilidades civis ou penais a seus perpetradores; a reparação às vítimas; a modificação da legislação que estabelece foros especiais para o julgamento de fatos de morte, desaparecimento e tortura; a modificação dos programas de formação das forças militares e de segurança; e a inclusão de formas de educação em direitos humanos nos currículos escolares.

Obrigações positivas e obrigações negativas

É importante repetir que a objeção à aplicabilidade judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais parte da consideração simplista de que esses direitos estabelecem exclusivamente obrigações positivas, idéia que, como vimos, está longe de ser correta.²⁰ Tanto os direitos civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas. Mas convém aprofundar essa noção, pois de seu aperfeiçoamento dependem a extensão e o alcance da exigibilidade de ambos os tipos de direitos.

No que se refere às obrigações negativas, trata-se das obrigações de se abster de realizar certa atividade por parte do Estado. Por exemplo: não impedir a expressão ou a difusão de idéias; não violar a correspondência; não deter pessoas arbitrariamente; não impedir a filiação de uma pessoa a um sindicato; não intervir em caso de greve; não piorar o estado de saúde da população; não impedir uma pessoa de ter acesso à educação.

Quanto às obrigações positivas, convém estabelecer algumas distinções que nos darão a pauta do tipo de medidas que se pode exigir do Estado. Com certo automatismo, costuma-se vincular diretamente as obrigações positivas do Estado à obrigação de dispor de fundos. Não há dúvida de que se trata de um dos modos mais característicos de cumprir as obrigações de fazer ou de dar, em especial ao se falar em saúde, educação e acesso à moradia. No entanto, as obrigações positivas não se esgotam em ações que se resumem a dispor de reservas orçamentárias para oferecer uma prestação de serviços. As obrigações de fornecer serviços podem caracterizar-se pelo estabelecimento de uma relação direta entre o Estado e o beneficiário da prestação. Mas é possível, para o Estado, assegurar o gozo de um direito por meios diferentes, com a participação ativa de outros sujeitos obrigados.

1. Certos direitos se caracterizam pela obrigação do Estado de estabelecer algum tipo de regulamentação, sem a qual o exercício de um direito não tem sentido.²¹ Nesses casos, a obrigação do Estado nem sempre está vinculada à transferência de fundos ao beneficiário da prestação, mas precisamente ao estabelecimento de normas que concedam relevância a uma situação determinada ou à organização de uma estrutura que se encarregue de pôr em prática certa atividade. Se quisermos dar um conteúdo operacional, o direito a associar-se livremente implica a obrigação estatal de dar relevância ou reconhecimento jurídico à associação que resultar do exercício desse direito. Da mesma forma, o direito de constituir um sindicato ou de se afiliar a um sindicato implica o direito a outorgar conseqüências jurídicas relevantes a sua atuação. O direito político de eleger pressupõe a possibilidade de eleger entre diferentes candidatos, o que por sua vez implica uma regulamentação que assegure a possibilidade de vários candidatos representarem partidos políticos e se candidatarem às eleições. O direito à informação implica ao menos o estabelecimento de uma legislação estatal, tendente a assegurar o acesso à informação de origem diversa e a pluralidade de vozes e opiniões. O direito ao casamento implica a existência de uma regulamentação jurídica que outorgue alguma eficiência ao fato de se contrair núpcias. O direito à proteção da família pressupõe a exis-

tência de normas jurídicas que confirmam à existência de um grupo familiar algum tipo de consideração diferencial em relação a sua inexistência.

O gozo desses direitos implica um complexo de normas estabelecendo conseqüências jurídicas relevantes, resultantes da permissão original. Mais uma vez, podem ser novas normas permissivas (a possibilidade de uma associação celebrar contratos, ou de um casal registrar sua moradia como bem de família, para protegê-la de possíveis execuções etc.); proibições para o Estado (a impossibilidade de impor restrições arbitrárias ou discriminatórias no exercício dos direitos mencionados, ou a proibição de discriminar filhos nascidos fora do matrimônio); ou até de obrigações para o Estado (reconhecer os candidatos propostos pelos partidos políticos, ou os delegados sindicais).

2. Em outros casos, a obrigação exige que a regulamentação estabelecida pelo Estado limite ou restrinja os poderes dos cidadãos ou lhes imponha obrigações de algum tipo. As legislações vinculadas aos direitos trabalhistas e sindicais em geral compartilham essa característica, tal como as normas relativamente recentes que regem a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente. Assim: o estabelecimento de um salário-mínimo; o princípio da equiparação salarial, que estabelece a igualdade de remuneração diante da igualdade de tarefas; a obrigatoriedade de descansos, jornada de trabalho limitada e férias pagas; a proteção contra demissão arbitrária; as garantias dos delegados sindicais para o cumprimento de sua gestão etc., teriam pouco sentido se fossem exigíveis ao Estado apenas quando ele atua como empregador. Nas economias de mercado, o conteúdo dessas obrigações estatais consiste em estabelecer uma regulamentação que se estenda aos empregadores privados. Situação equivalente é a das normas referentes a relações de consumo e a obrigações ambientais.

Há ainda casos em que a regulamentação estatal pode estabelecer limitações ou restrições à livre consagração de fatores econômicos por parte do mercado, de modo a promover ou favorecer o acesso de setores com menos recursos a direitos como a moradia. A regulamentação estatal das taxas de juros em matéria hipotecária e a regulamenta-

ção das locações para moradia familiar são exemplos desse tipo de medida. No entanto, tais restrições não se limitam ao campo econômico. O direito de retificação ou resposta é um bom exemplo: o Estado estabelece restrições a um meio jornalístico privado em favor de um cidadão que se sente afetado por uma informação inexata ou ofensiva.

3. Por último, o Estado pode cumprir sua obrigação fornecendo serviços à população, de forma exclusiva ou em modalidades de garantia mista que incluam, além de um aporte estatal, regulamentações que contemplem os cidadãos afetados por restrições, limitações ou obrigações. As medidas estatais de cumprimento das obrigações positivas podem assumir múltiplos aspectos: organização de um serviço público (por exemplo, o funcionamento dos tribunais, que assegura o direito à jurisdição; a previsão do cargo do defensor público, que assegura o direito de defesa em juízo aos que não podem pagar um advogado particular; ou a organização do sistema educacional público); oferta de programas de desenvolvimento e capacitação; estabelecimento de formas escalonadas público/privadas de cobertura (por exemplo, mediante a organização de formas privadas de aporte para a manutenção de obras sociais que cubram o direito à saúde das pessoas empregadas e de suas famílias, e o estabelecimento de um sistema público de saúde que cubra o direito das pessoas não-amparadas pela estrutura de emprego); administração pública de créditos diferenciais (por exemplo, os créditos hipotecários destinados à moradia); criação de subsídios; realização de obras públicas; prestação de benefícios fiscais ou isenções de impostos.

Como se pode ver, o complexo de obrigações que um direito pode abranger é muitíssimo variado. Os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam justamente por envolver um amplo espectro de obrigações estatais. Em conseqüência, é falsa a afirmação de que são escassas as possibilidades de aplicabilidade judicial desses direitos: cada tipo de obrigação oferece um leque de ações possíveis, que vão desde a denúncia de descumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento de obrigações negativas, até chegar à exigência de cumprimento de obrigações positivas descumpridas.

Estratégias judiciais

Do que foi dito até agora se depreendem conclusões que questionam claramente a idéia de que só os direitos civis e políticos estão no âmbito da justiça.²² Ora, se entendemos que todo direito gera para o Estado um complexo de obrigações negativas e positivas, cabe analisar quais tipos de obrigação oferecem a possibilidade de ser exigidos mediante atuação judicial. O problema nos remete a uma das discussões clássicas em matéria de definição dos direitos: a relação entre um direito e a ação judicial existente para exigí-lo. Algumas das dificuldades conceituais propostas por essa discussão – fonte constante de respostas circulares – dizem respeito à estreita vinculação entre a noção clássica de direito subjetivo, a noção de propriedade e o modelo de Estado liberal.²³ As noções substanciais e processuais próprias da formação jurídica continental tradicional surgem em boa parte do marco conceitual determinado por essa vinculação; por isso, muitas das respostas quase automáticas diante da possível aplicação judicial aos direitos econômicos, sociais e culturais insistem em mostrar a falta de ações ou garantias processuais concretas que tutelem esses direitos.

Algumas das facetas apontadas se referem ao caráter coletivo de muitas reivindicações vinculadas a direitos econômicos, sociais e culturais. Referem-se também à inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para impor obrigações que exigem dos poderes políticos disponibilidade de fundos para seu cumprimento ou à desigualdade que geraria o sucesso de algumas ações individuais nas quais se tornasse exigível um direito, enquanto se mantivesse a situação de descumprimento nos demais casos idênticos não questionados judicialmente. Nesse sentido, alguns autores expressam como um obstáculo à tutela judicial o limitado marco cognitivo de um processo judicial: o marco de decisão do litígio judicial nem sempre é o âmbito mais adequado para discutir e decidir questões de políticas públicas que podem implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar interesses contrapostos etc.²⁴ Outros se referem à formação profissional dos juízes: certas questões apresentadas à consideração da judicatura requerem conhecimentos técnicos específicos e abundante informação sobre os fatos, aspectos para os quais uma agência administrativa especializada seria melhor que um juiz.²⁵

Mesmo percebendo essa dificuldade teórica – que

evidentemente coloca limites à tutela judicial de algumas obrigações que surgem de direitos econômicos, sociais e culturais – é necessário realizar uma análise mais precisa para explicitar distintos tipos de situações nas quais a violação de direitos econômicos, sociais e culturais seria corrigível mediante atuação judicial. É preciso acrescentar, também, que a inexistência de instrumentos processuais concretos para remediar a violação de certas obrigações que têm como fonte direitos econômicos, sociais e culturais não implica de forma alguma a impossibilidade técnica de criá-los e desenvolvê-los. O argumento da inexistência de ações idôneas expõe simplesmente um estado²⁶ suscetível de ser modificado. O que se afirma é que os instrumentos processuais tradicionais – surgidos no contexto de litígios que tinham como medida o interesse individual, o direito de propriedade e uma concepção abstencionista do Estado – se mostram limitados para exigir judicialmente tais direitos.²⁷

Por um lado, como dissemos, em muitos casos as violações de direitos econômicos, sociais e culturais provêm do descumprimento de obrigações negativas por parte do Estado. Além de alguns dos exemplos dados, é útil lembrar que um dos princípios liminares estabelecidos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais é a obrigação estatal de não discriminar no exercício desses direitos (ver Artigo 2.2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC), o que de fato estabelece importantes obrigações negativas para o Estado. Violações desse tipo abrem um enorme campo para a tutela judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo reconhecimento passa a constituir um limite e, portanto, um padrão de impugnação da atividade estatal que não respeita tais direitos.

Pensemos, por exemplo, na violação estatal do direito à saúde, a partir da contaminação do meio ambiente realizada por seus agentes; ou na violação do direito à moradia, a partir do despejo forçado de habitantes de uma determinada zona sem que se lhes ofereça residência alternativa; ou na violação do direito à educação, a partir da limitação do acesso à educação por razões de sexo, nacionalidade, condição econômica ou outro fator discriminatório; ou na violação de qualquer outro direito desse tipo, quando a legislação na qual se estabelecem as condições de acesso e gozo é discriminatória. Nesses casos, são perfeitamente viáveis muitas das ações judiciais tradicionais,

sejam elas ações de inconstitucionalidade, de impugnação ou nulidade de atos regulamentares de alcance geral ou particular, declaratórias, de *amparo*, ou inclusive de perdas e danos. A atividade positiva do Estado, que acaba por violar os limites negativos impostos por determinado direito econômico, social ou cultural, é questionável judicialmente e, constatada essa vulnerabilidade, o juiz decidirá privar de valor jurídico a manifestação viciada de vontade do Estado, obrigando-o a corrigi-la de maneira a respeitar o direito afetado.

Por outro lado, nos deparamos com casos de descumprimento de obrigações positivas do Estado, ou seja, omissões do Estado em suas obrigações de realizar ações ou tomar medidas no sentido da proteção e da satisfação dos direitos em questão. É nesse ponto que surgem mais dúvidas e questionamentos em relação à tutela judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais. No entanto, a questão apresenta uma multiplicidade de facetas, que convém revisar. Pode-se entender que no caso limite, ou seja, no descumprimento geral e absoluto de toda obrigação positiva por parte do Estado, seja extremamente difícil promover seu cumprimento direto por meio da atuação judicial. Cabe dar razão a algumas das tradicionais objeções efetuadas nessa matéria: o Poder Judiciário é o menos indicado para realizar planejamentos de política pública; a ação judicial é um meio pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral; a discussão processual gera problemas de desigualdade em relação às pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento que não participaram da ação; o Poder Judiciário carece de meios compulsórios para a execução forçada de uma suposta sentença que condene o Estado a cumprir uma prestação que havia sido omitida para todos os casos envolvidos ou para editar a regulamentação omitida; a substituição de medidas gerais por decisões *ad hoc* efetuadas pelo juiz no caso particular pode ter também como resultado desigualdades indesejáveis; etc.

Mesmo admitindo as dificuldades, vale a pena mostrar algumas nuances nessas objeções. Em princípio, é difícil imaginar uma situação na qual o Estado descumpra integral e absolutamente toda obrigação positiva vinculada a um direito econômico, social e cultural. Como já comentamos, o Estado cumpre em parte sua obrigação com direitos à saúde, à moradia ou à educação mediante legislações que estendem obrigações aos cidadãos, interferindo no mercado por meio de regulamentações e do exercício do poder de polícia, efetuado *a priori* (por autorizações, habilitações ou licenças)

ou *a posteriori* (por fiscalização). De modo que, cumprida em parte a obrigação de tomar medidas tendentes a garantir esses direitos, mesmo nos casos em que as medidas não implicam a prestação direta de serviços por parte do Estado, fica sempre aberta a possibilidade de questionar judicialmente a violação de obrigações do Estado, por assegurar o direito de forma discriminatória.

As possibilidades são mais evidentes quando de fato o Estado presta um serviço de forma parcial, discriminando parcelas inteiras da população. Podem subsistir, é certo, entraves processuais e operacionais na formulação de casos semelhantes, mas é difícil discutir que a realização parcial ou discriminatória de uma obrigação positiva não resulte em matéria passível de tutela judicial. Nesse sentido, a apelação por julgamentos com igualdade de tratamento para reivindicar direitos sociais foi uma via tradicionalmente utilizada pelos movimentos de direitos humanos em suas estratégias de litígio. Desde o movimento pelos direitos das mulheres, que cobravam a equiparação salarial nos postos de trabalho, até o movimento de direitos civis nos Estados Unidos – ao reivindicar igualdade de acesso a postos de trabalho, equiparação salarial e equivalentes condições de educação e saúde pública –, a igualdade de tratamento e a proibição de discriminação foram vias exploradas com sucesso para exigir indiretamente direitos econômicos, sociais e culturais para grupos ou setores menos protegidos pelo Estado. Também nesse ponto é de grande utilidade consultar o desenvolvimento dos critérios e padrões de igualdade e não-discriminação estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia, e sua aplicação em relação aos direitos sociais.²⁸

Em segundo lugar, além das múltiplas dificuldades teóricas e práticas que se apresentam para a articulação de ações coletivas, muitas vezes o descumprimento do Estado pode se reformular, mesmo em um contexto processual tradicional, em termos de violação individualizada e concreta, e não de forma genérica. A violação geral do direito à saúde pode se reconduzir, ou se reformular, mediante a articulação de uma ação particular liderada por um titular individual que alegue uma violação ocasionada pela falta de produção de uma vacina; pela negação de um serviço médico do qual dependa sua vida ou sua saúde; pelo estabelecimento de condições discriminatórias no acesso à educação ou à moradia; ou ainda por pautas não-razoáveis ou discriminatórias no acesso a benefícios de assistência social (por exemplo, a proibição de estender a imigrantes ilegais os benefícios

de um programa de medicamentos para tratamento da aids). A habilidade do questionamento fundamentar-se-á na descrição inteligente das violações de obrigações positivas e negativas, ou então na demonstração concreta das conseqüências da violação de uma obrigação positiva baseada em um direito econômico, social e cultural, sobre o gozo de um direito civil e político. Se a violação afetar um grupo amplo de pessoas, na situação denominada pelo direito processual contemporâneo de “interesses ou direitos individuais homogêneos”,²⁹ as numerosas decisões judiciais individuais constituirão um sinal de alerta aos poderes políticos acerca de uma situação de descumprimento generalizado de obrigações em matérias relevantes de política pública, efeito especialmente valioso para o aspecto de que trataremos a seguir.

A resposta da administração judicial às ações coletivas e diretas de direitos sociais motivadas pela inação do Estado pode assumir diversos perfis. Em princípio, a atuação judicial pode consistir em declarar que a omissão estatal constitui uma violação do direito em questão, e assim intimar o Estado para que assuma a conduta devida. Nesses casos, cabe ao órgão judicial indicar ao poder público o caráter da conduta devida: seja a partir do resultado concreto requerido, sem considerar quais meios empregar (por exemplo, o acesso de uma parcela da população a serviços médicos ou o remanejamento de pessoas despejadas arbitrariamente); ou ainda, no caso de existir uma única medida possível para obter-se o resultado requerido, descrevendo com precisão a ação que deve ser adotada. Em tais hipóteses, a informação pública disponível e a conduta prévia do Estado, seus “atos próprios”, se revestem de enorme importância, pois contribuem para amparar a discussão sobre assuntos de “política pública” ou de índole técnica – por exemplo, acerca das prioridades orçamentárias ou de formulação, projeto ou implementação de medidas oficiais específicas. É nesse tipo de caso, em que os obstáculos à exigibilidade dos direitos sociais são mais evidentes, que o Poder Judiciário costuma agir com maior reticência.

Não resta dúvida de que a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende em parte de atividades de planejamento, previsão orçamentária e implementação que, por sua natureza, cabem ao poder público, sendo limitados os casos em que o Poder Judiciário pode cumprir a tarefa de suprir a inoperância daquele. Mesmo em casos assim, há variadas margens para a atuação da magistratura, e os tribunais têm encontrado a

maneira de garantir a vigência dos direitos sociais afetados, baseando sua intervenção nos padrões jurídicos ditados pelas constituições e pelos tratados de direitos humanos e buscando, em cada caso, a melhor maneira de resguardar a órbita de ação dos demais poderes do Estado. Em certas ocasiões, reencaminham o caso após estabelecer seu marco jurídico, para que seja definida a medida, ou a política pública, necessária para reparar a violação dos direitos em questão.

A jurisprudência dos tribunais domésticos na América Latina dá exemplos de algumas vias exploradas por eles com sucesso para cumprir a função de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Entre outros casos relevantes, foi por essa via que se conseguiu que os juízes obrigassem o Estado a: fornecer medicamentos a todos os portadores de aids do país; fabricar uma vacina e aplicá-la a toda a população afetada por uma doença endêmica; criar centros de atendimento materno-infantil para um grupo social discriminado; abastecer de água potável toda uma comunidade indígena; estender a cobertura de um benefício educacional ou assistencial a um grupo originalmente excluído; reintegrar a uma escola secundária privada alunos punidos por uma expulsão injustificada.³⁰

O papel da administração judiciária e a articulação de estratégias legais e de incidência política

A análise das circunstâncias históricas que levaram a um maior ativismo judicial em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina está diretamente relacionada com a existência de fatores políticos que outorgaram ao Poder Judiciário uma especial legitimação para ocupar novos espaços de decisão, anteriormente restritos aos demais poderes do Estado. A debilidade das instituições democráticas de representação, bem como a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política, contribuíram para transferir à esfera judicial conflitos coletivos que eram dirimidos em outros âmbitos ou espaços públicos ou sociais, reeditando em especial o tema dos direitos sociais – a velha polêmica sobre as margens de atuação das instâncias judiciais em relação às instâncias administrativas. Em certa medida, o reconhecimento de direitos judicialmente tuteláveis limita ou restringe o espaço de atuação da administração pública. A análise dessa questão excede o marco conceitual deste trabalho. No

entanto, entendemos que de modo algum essa pergunta pode ser respondida de forma abstrata, sem nos atermos ao contexto social e institucional no qual é convocada a intervenção da justiça.³¹

Está claro, entretanto, que a intervenção judicial nesses campos, no interesse de preservar sua legitimidade, deve estar firmemente assentada sobre um padrão jurídico: a “regra de juízo”, na qual se baseia a intervenção do Poder Judiciário, só pode ser um critério de análise da medida em questão se surgida de uma norma constitucional ou legal (por exemplo, princípios de “razoabilidade”, “adequação” ou “igualdade”, ou a análise de conteúdos mínimos que podem advir das próprias normas que estabelecem direitos). Por isso, o Poder Judiciário não tem como tarefa projetar políticas públicas, mas sim confrontar as políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e, no caso de haver divergências, reenviar a questão aos poderes pertinentes para que eles ajustem sua atividade.

Quando as normas constitucionais ou legais determinarem, para o planejamento de políticas públicas, pautas das quais dependa a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, e os poderes respectivos não tiverem adotado medida alguma, caberá ao Poder Judiciário repreender essa omissão e reenviar a questão, para que alguma medida seja elaborada. Essa dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um “diálogo” entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos pactos de direitos humanos.³² Somente em circunstâncias excepcionais, quando se justificou pela magnitude da violação ou pela ausência total de colaboração dos poderes políticos, os juízes avançaram, a partir de seu próprio critério, na definição concreta das medidas a serem adotadas.³³

Podemos tentar caracterizar situações típicas em que o Poder Judiciário assumiu a tarefa de verificar o cumprimento de padrões jurídicos no projeto e na execução de políticas públicas.

Um primeiro tipo de situação são as intervenções judiciais que tendem a dar conteúdo jurídico a medidas de política pública assumidas pelo Estado sem valorar a própria política pública – transformando medidas formuladas pelo Estado dentro de um marco de arbitrariedade em obrigações jurídicas e, portanto, sujeitas a sanções em caso de descumprimento. Em sua análise, o tribunal aceita a medida desenhada pelos outros poderes do Estado, mas transforma seu caráter, de mera decisão arbitrária em obrigação

constituída. Assim, o Poder Judiciário se torna garantidor da execução da medida. Em muitos casos desse tipo, a medida formulada pelo Estado coincide com a reivindicada pelos demandantes, só que sua adoção passa a assumir um caráter obrigatório, e sua execução não fica sujeita apenas à vontade do órgão que a formulou. Um exemplo é o caso Viceconte,³⁴ no qual o Estado argentino assumira a decisão política de fabricar uma vacina contra uma doença endêmica e epidêmica, elaborando inclusive um cronograma para sua produção. O tribunal se limitou a alterar o caráter dessa medida, transformando-a em uma obrigação legal; por esse motivo, citou o Estado nos termos do cronograma, determinando sanções para o caso de inexecução.

A discussão sobre os problemas de legitimação da magistratura nesse tipo de ação coletiva, ou de impacto coletivo, tem arestas particulares nos casos em que é necessário decidir exclusivamente acerca do cumprimento, pela administração, de obrigações muito claras fixadas por lei ou por regulamentos sobre matéria social. Supondo que isso ocorra, o tribunal não deve estabelecer comportamentos ou políticas, limitando-se a fazer cumprir, executar, o que está disposto em lei. Podemos usar como exemplo uma lei referente à aids que defina com clareza os benefícios devidos às pessoas afetadas, ou um regulamento do Ministério da Saúde que determine a abrangência da cobertura assistencial para casos de aids em todos os hospitais públicos, em cumprimento a um mandato judicial. Não ocorre aí a discussão sobre a existência de uma obrigação, no sentido jurídico, de oferecer o serviço, mas apenas se examina o descumprimento por parte da administração.

Ainda que todo ato de interpretação da lei resulte em certa medida em um ato de criação de direito, a atuação judicial segue os contornos e as pautas fixadas pelo Congresso, o que, na teoria clássica de divisão de poderes, é a expressão da vontade política dos interesses majoritários.³⁵ O mesmo acontece quando a justiça é convocada para executar regulamentações ou atos emanados da própria administração, dos quais derivam obrigações jurídicas para a mesma. A possível intromissão em áreas ou esferas de atuação reservadas aos demais poderes não é uma questão que possa ser colocada de forma válida nesses casos. A justiça se limita a fazer cumprir obrigações da administração determinadas por uma lei, ou pela própria administração, no exercício de suas competências regulamentares.

Um segundo tipo de situação se configura naqueles casos em

que o tribunal examina a compatibilidade da política pública com o princípio jurídico aplicável e, portanto, sua idoneidade para satisfazer o direito em questão. Nessas circunstâncias, se o tribunal considerar que essa política – ou um aspecto dela – é incompatível com o princípio, reenvia a questão aos poderes concernentes, para que a reformulem. Os exemplos de princípios a partir dos quais os tribunais analisam uma política pública são os de razoabilidade, adequação, não-discriminação, progressividade, não-retroatividade, transparência³⁶ etc. Assim, por exemplo, no caso *Grootboom*,³⁷ a Corte Constitucional entendeu que a política de moradia desenvolvida pelo governo sul-africano não era razoável, por não prever o fornecimento imediato de soluções habitacionais aos setores da população com necessidades imperativas de moradia – o tribunal concluiu que um aspecto da política era contrário ao princípio da razoabilidade, mas não questionou a totalidade da política. De maneira geral, os tribunais reconhecem aos demais poderes uma ampla margem para projetar políticas públicas, de modo que não os substituem na escolha dos contornos que se ajustem aos princípios jurídicos aplicáveis.

Se os poderes políticos atuarem de acordo com os princípios jurídicos, o Poder Judiciário não chegará a analisar a possibilidade de ter sido adotada alguma política alternativa. A margem de controle também depende do princípio: a análise de “razoabilidade” é menos rigorosa do que uma análise que se poderia elaborar com base na noção de “medida apropriada” do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Importante destacar que, nesse tipo de caso, a atuação judicial na etapa de execução não consiste na imposição compulsória de uma condenação, entendida como uma ordem detalhada e auto-suficiente, como por exemplo a imposição da obrigação de pagar um valor líquido e exigível; é dada continuidade a uma instrução determinada em termos gerais, cujo conteúdo concreto vai sendo construído ao longo da instância, a partir do “diálogo” entre o juiz e a autoridade pública. De modo que a sentença, longe de constituir a culminação do processo, opera como um ponto de inflexão que modifica o sentido da atuação jurisdicional: uma vez ditada a sentença, cabe ao Estado planejar o modo de cumprir as instruções do juiz, e o tribunal se limitará a controlar a adequação das medidas concretas adotadas a partir do mandado expedido.

Em um terceiro tipo de situação, o próprio Poder Judiciário se vê forçado a estabelecer a medida a ser adotada. Nesse caso, a

passividade dos demais poderes diante da vulnerabilidade de um direito social levaria o tribunal a verificar a existência de uma única medida de política pública adequada – ou seja, a inexistência de alternativas para satisfazer o direito em questão – e ordena sua realização. Um bom exemplo pode ser o caso *Beviacqua*,³⁸ em que a preservação da vida e da saúde de um menino com uma doença de medula de suma gravidade requeria o tratamento com um medicamento específico, que os pais não tinham condições de pagar. Aqui, ao contrário dos casos anteriores, é o Poder Judiciário que assume a escolha da medida a ser adotada e, portanto, da conduta devida.

Pode-se pensar em um quarto tipo de intervenção judicial, que se limite a declarar que a omissão do Estado é ilegítima, sem propor medidas de reparação. Mesmo se a sentença de um juiz não resultar diretamente exequível, cabe ressaltar o valor de uma ação judicial em que o Poder Judiciário declare que o Estado está em mora ou descumpriu obrigações assumidas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Tanto em decisões judiciais individuais que sejam executáveis – como no citado caso *Beviacqua* –, ou em decisões judiciais que declarem o descumprimento da obrigação do Estado em determinada matéria, fazendo eventualmente o comunicado aos poderes políticos, as sentenças obtidas podem constituir importantes veículos para encaminhar aos poderes políticos as necessidades da agenda pública, mediante uma gramática de direitos, e não apenas por meio de atividades de *lobby*, ou de demanda político-partidária.

As múltiplas formas de intervenção judicial, que obedecem a diferentes níveis ou graus de ativismo, determinam o potencial das diversas estratégias de incidência legal, bem como a possibilidade de estabelecer articulações frutíferas com outras estratégias de incidência política – supervisão de políticas públicas sociais, *lobbying* nas instâncias da administração ou no Parlamento, negociação, mobilização social ou campanhas de opinião pública. Por isso, é errôneo pensar nas estratégias legais como excludentes de outras estratégias de incidência política, ou propor como alternativas atuar nos tribunais ou fazê-lo na esfera política pública. Em princípio, toda estratégia de reivindicação de direitos, especialmente em casos que expressam conflitos coletivos ou situações de interesses individuais homogêneos, tem um claro sentido político. Além disso, no universo das ações de exigibilidade de direitos econômicos, sociais

e culturais, a chave do sucesso está exatamente na articulação dos diferentes campos, para que a resolução do caso legal possa contribuir para transformar as deficiências institucionais, as políticas de Estado ou as situações sociais que estão na raiz do conflito. Em geral, as estratégias legais bem-sucedidas costumam ser as que são apoiadas pela mobilização e pelo ativismo dos protagonistas do conflito real.

Às vezes, as vias legais resguardam ou tornam efetivas as “conquistas” obtidas no plano político.³⁹ No marco de nossas frágeis democracias, a sanção de leis pelo Congresso nem sempre assegura a efetividade dos direitos reconhecidos e, como vimos, às vezes é necessário entrar em litígio para conseguir a implementação e o cumprimento dessas normas. Dessa forma, em um sistema institucional com fortes falhas, nem as vitórias judiciais em matéria de direitos sociais nem os triunfos políticos são definitivos, e impõem a utilização de todos os meios de reivindicação e de ação disponíveis.

Um dos sentidos da adoção de cláusulas constitucionais, ou de tratados que estabelecem direitos para as pessoas e obrigações ou compromissos para o Estado, consiste na possibilidade de reivindicar o cumprimento desses compromissos – não como concessão gratuita, e sim como um programa de governo assumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, nesse contexto, é importante estabelecer mecanismos de comunicação, debate e diálogo que lembrem aos poderes públicos os compromissos assumidos, forçando-os a incorporar nas prioridades de governo medidas destinadas a cumprir suas obrigações em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, é especialmente relevante que o próprio Poder Judiciário “comunique” ao poder público o descumprimento de suas obrigações em relação a essa matéria.

A lógica desse processo é similar à que informa o requisito do esgotamento dos recursos internos como condição prévia para acessar o sistema internacional de proteção aos direitos humanos: oferecer ao Estado a possibilidade de conhecimento e reparação da violação alegada antes de apelar à esfera internacional para denunciar o descumprimento. Quando o Executivo não cumpre as obrigações e é “constituído em mora” pelo Judiciário, além das possíveis conseqüências adversas no plano internacional, terá de enfrentar a correspondente responsabilidade política derivada da demora em sua atuação perante seu próprio povo.

Vimos como a margem de atuação do Poder Judiciário pode

variar consideravelmente, de acordo com as ações de exigibilidade direta de direitos econômicos, sociais e culturais – legalizar uma decisão de política pública já assumida pelo Estado; executar uma lei ou uma norma administrativa que determina obrigações jurídicas em matéria social; estabelecer um padrão dentro do qual a administração deva planejar e implementar ações concretas e supervisionar sua execução; determinar uma conduta a seguir; ou, em certos casos, constituir em mora o Estado em relação a uma obrigação, sem impor um remédio processual ou uma determinada medida de execução. A articulação das ações legais que possam conduzir a alguns desses resultados com outras estratégias de incidência política será a chave de uma estratégia efetiva de exigibilidade. Poderia se supor que a maior moderação com que age a justiça tornará necessário um trabalho político mais ativo, para conseguir que essa decisão judicial possa se traduzir na satisfação dos direitos em questão. No entanto, não existem fatores que obriguem a considerar que as estratégias legais excluam as vias políticas.

Convém analisar outras suposições que permitam articular essas duas vias no trabalho de exigibilidade de direitos econômicos, sociais e culturais. Às vezes é possível recorrer à intervenção judicial apenas com o objetivo de mostrar outras frentes abertas para encaminhar demandas sobre instâncias administrativas ou órgãos legislativos do Estado. São estratégias legais complementares, que partem de uma perspectiva ou de um “enfoque procedimental”: não se exige uma prestação, nem se impugna diretamente uma política ou uma medida referente a direitos sociais. O que se pretende é garantir condições que tornem possível a adoção de processos deliberativos de produção de normas legislativas ou atos da administração.

Nessas situações, as demandas não pretendem que a justiça tenha conhecimento direto do conflito coletivo e garanta um direito social, mas que complemente as demais ações de incidência política. Assim, por exemplo, reivindica-se à justiça a abertura de espaços institucionais de diálogo, o estabelecimento de seus marcos legais e procedimentos, ou a garantia de participação das pessoas potencialmente afetadas nesses espaços, sob condições igualitárias. Também se pode pedir o acesso à informação pública indispensável para o controle prévio das políticas e decisões a serem adotadas – e a legalidade delas –, a produção de dados, se for o caso, bem como a execução e o cumprimento dos acordos conseguidos por

pessoas ou organizações sociais, nas diversas instâncias formais ou informais de intercâmbio e comunicação com a administração.

Em alguns países da América Latina, as organizações de usuários e consumidores desenvolveram com sucesso essas vias de ação. Reivindicaram, por exemplo, a realização de audiências públicas antes da negociação de tarifas de serviços domiciliares – energia elétrica, água, gás – ou dos contratos com as empresas concessionárias, pedindo acesso à informação pública indispensável para fazer valer seus direitos nesses âmbitos e resguardando (às vezes com intervenção judicial) o resultado alcançado após os processos deliberativos. As organizações ambientalistas também desenvolveram estratégias de incidência judicial, com o objetivo de reivindicar espaços de participação e de acesso à informação antes da adoção de medidas ou políticas que implicavam riscos para o ambiente. Na mesma modalidade de estratégia legal se enquadram as ações judiciais dos povos indígenas que buscam conseguir mecanismos de consulta e participação na tomada de decisões concernentes a seus territórios culturais.

O movimento de direitos humanos tem muito a aprender sobre essas estratégias. Quando a administração dispõe de espaços de participação cívica para discutir ou analisar certas medidas ou políticas (audiências públicas no parlamento ou em órgãos administrativos, elaboração participativa de normas, orçamento participativo, conselhos de planejamento estratégico nas cidades), as ações podem ter como meta a discussão das condições de admissão, bem como os mecanismos de debate e diálogo, a fim de garantir regras básicas de procedimento. Em tais situações, ainda que se discuta formalmente o direito de participação cívica ou cidadã, os direitos sociais em questão podem definir o alcance dessa participação – por exemplo, ao configurar a coletividade afetada, o setor que deveria merecer atenção prioritária do Estado, ou contar com um espaço institucional de participação antes da adoção de uma decisão de política social.

Assim, por exemplo, no caso da Federação Independente do Povo Shuar do Equador (FIPSE) contra a empresa petroleira Arco se conseguiu, com amparo judicial, proibir que a companhia negociasse sua entrada em território indígena para realizar atividades de exploração sem incluir as legítimas autoridades políticas do povo indígena. Esse caso, similar aos tradicionais conflitos de enquadramento sindical e de legitimação de sindicatos nos processos de negociação coletiva, pretendeu resguardar as regras

do processo de negociação, definindo os atores legitimamente autorizados a desenvolvê-lo.⁴⁰

Às vezes, a intervenção judicial pode ser necessária apenas para efetivar um acordo obtido como fruto de uma negociação com o Estado: por exemplo, um acordo de realocação de um grupo de pessoas exposto ao risco de despejo compulsório. Ainda que nesses casos se trate de executar decisões assumidas pelo Estado, as características dos direitos sociais em questão – como o direito à moradia – determinam as margens de atuação da justiça e a interpretação do próprio alcance das obrigações que emanam desses acordos.⁴¹

Entre as ações legais que poderiam se desenvolver no marco das estratégias legais indiretas ou “procedimentais” destacam-se as que buscam o acesso e a produção de informação pública.⁴² O direito à informação constitui um instrumento imprescindível para tornar efetivo o controle cidadão das políticas públicas na área econômica e social, ao mesmo tempo que contribui para a vigilância, por parte do próprio Estado, do grau de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado deve dispor dos meios necessários para garantir o acesso à informação pública em condições de igualdade. Em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, especificamente, o Estado deve produzir e pôr à disposição dos cidadãos, no mínimo, informação sobre: (a) as condições das diferentes áreas afetadas, em particular quando sua descrição requer medições expressas por indicadores; e (b) o conteúdo das políticas públicas desenvolvidas ou projetadas, com expressa menção a seus fundamentos, objetivos, prazos de realização e recursos envolvidos. As ações de acesso à informação costumam atuar como vias legais que sustentam o trabalho de supervisão de políticas sociais e a documentação de violações aos direitos econômicos, sociais e culturais.⁴³

O que caracteriza essas ações indiretas ou complementares é que as vias judiciais, longe de serem o centro da estratégia de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, servem para afirmar as demais ações políticas empreendidas para encaminhar as demandas de direitos em um conflito coletivo: queixas diretas à administração, desenvolvimento de vias de negociação, ou até *lobbying* sobre os funcionários, o Congresso ou empresas privadas. Novamente, fica claro que não há opções excludentes e que os instrumentos legais podem potencializar o trabalho de incidência política.

NOTAS

1. Ver F. Hayek, 1976, vol. 2, cap. 9.
2. Outra tentativa de diferenciação consiste em correlacionar um tipo específico de obrigação do Estado com cada categoria de direitos. Assim, para alguns autores, aos direitos civis e políticos correspondem obrigações de resultado, enquanto aos direitos econômicos, sociais e culturais correspondem apenas obrigações de conduta. Para maior aprofundamento, consultar R. Garretón Merino, 1996, p. 59; e P. Nikken, 1994. Ver também A. Eide, 1993, pp. 187-219. Ver argumentos contrários em G. H. J. van Hoof, 1984, pp. 97-110; e P. Alston, 1991. De fato, apesar da possibilidade de sustentar a distinção, ela resulta pouco relevante para diferenciar os direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais.
3. C. Nino (1993, p. 17) qualifica essa posição de “liberalismo conservador”, embora esclareça que é “mais conservador(a) que liberal”.
4. A esse respeito, ver também A. Smith, 1937; L. Billet, 1975, pp. 430 e ss.; B. de Sousa Santos, 1991, pp. 175-178.
5. Ver van Hoof, 1984, pp. 97 e ss.
6. Ver também, sobre o tema, a opinião de C. Nino, pp. 11-17. Do ponto de vista econômico, o argumento é a tese central de S. Holmes & C. R. Sunstein, 1999. Ver também R. Bin, 2000; e R. Plant, 1992.
7. Ver também F. Contreras Peláez, 1994, p. 21: “Não existem, em resumo, obrigações ‘negativas’ puras (ou melhor, direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas), mas parece possível afirmar uma diferença de grau no que se refere à relevância que as prestações têm para um e outro tipo de direitos”.
8. Ver também Contreras Peláez, pp. 17-20. E ainda B. de Castro, “Los derechos sociales: análisis sistemático”, em *Derechos económicos, sociales y culturales*, de vários autores. Murcia, 1981, pp. 15-17.
9. Contreras Peláez, op. cit., p. 21.
10. Ver Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Artigo 21.1: “Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social” (grifo nosso).
11. Ver T. Bourgoignie, 1994.

12. Ver S. Felgueras, 1996.

13. Ver também F. Ewald, 1985, Livro IV.2.

14. CEDH, caso López Ostra vs Espanha, A 303-C (1994). CEDH, caso Guerra e Outros vs Itália, 19 de fevereiro de 1988.

15. Ver na jurisprudência europeia o caso Osman vs Reino Unido, sentença de 28 de outubro de 1998, no qual a Corte Europeia estabeleceu que entre essas obrigações estava o dever primário de garantir a vida, implementando uma legislação penal efetiva para evitar o cometimento de delitos contra as pessoas, e mantendo um sistema legal para a prevenção e o castigo das condutas criminosas. Isso inclui, em determinadas circunstâncias, a obrigação positiva de adotar medidas operacionais para proteger um indivíduo, ou indivíduos, cuja vida esteja em risco por atos criminosos de outros indivíduos. A gama de obrigações positivas impostas ao Estado varia consideravelmente. Assim, por exemplo, o dever do Estado de investigar oficialmente se um indivíduo foi morto pelo uso da força foi considerado, também, uma consequência do Artigo 2º, lido junto com o dever geral imposto pelo Artigo 1º da Convenção. Ver CEDH, Mc Cann e Outros vs Reino Unido, sentença de 27 de setembro de 1995, e Kaya vs Turquia, sentença de 19 de fevereiro de 1998. Mais recentemente, em Mahmut Kaya vs Turquia, sentença de 28 de março de 2000, foram estabelecidos deveres positivos em relação ao direito à vida sobre a base do direito a um recurso efetivo estabelecido no Artigo 13 da Convenção.

16. A Corte Constitucional estabeleceu que a aceitação da tutela para os direitos econômicos, sociais e culturais só cabe nos casos em que existe violação de um direito fundamental, de acordo com os requisitos e critérios de distinção correspondentes. Ver C. Const., S. Primera de Rev. Sent T-406, junho 5/92. Exp. T-778. M. P. Ciro Angarita Barón. Ver também M. J. Cepeda Espinosa, "Derecho constitucional jurisprudencial", legis, Bogotá, 2001.

17. Este foi o argumento utilizado no caso Loverace vs Canadá (1981), Comunicado n. 24/1977. A requerente pertencia etnicamente ao povo indígena Maliseet. De acordo com a legislação indígena e as regras fixadas pela própria comunidade para o uso da reserva de Tobique, onde ela morava, as mulheres que contrásem matrimônio com um não-indígena perderiam o direito a habitar a reserva, mesmo tendo nascido nela. A petionária, nascida na reserva, casara-se com um não-indígena mas depois, ao se divorciar, desejava voltar a viver na reserva como parte do povo Maliseet, ao qual pertencia. A comunidade lhe negou esse direito. Baseada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a autora alegou que estava sendo

violado não só seu direito de participar da cultura da comunidade, garantido pelo Artigo 27, mas também seu direito de fixar residência (Artigo 12), seu direito de não sofrer ingerência em sua vida privada e familiar (Artigo 17), e de não ser discriminada por seu gênero (Artigo 26). Em sua alegação, que foi aceita pelo Comitê de Direitos Humanos (CDH) ficou evidente a relação profunda entre a autonomia pessoal e o desfrute dos bens culturais. Seu plano de vida estava ligado ao uso do território cultural, pois exclusivamente naquela reserva existia a comunidade a que ela pertencia. O CDH entendeu que, no caso, o Artigo 27 devia ser lido à luz dos Artigos 12, 17 e 26, entre outros, e considerou que a legislação canadense violava o Artigo 27 do Pacto.

18. Mesmo nesse caso é possível apontar obrigações negativas. De acordo com van Hoof, o Estado violaria o direito à moradia se admitisse que as moradias modestas pertencentes a pessoas de poucos recursos fossem demolidas e substituídas por moradias de luxo, fora do alcance econômico dos habitantes originais, sem oferecer-lhes a alternativa de habitações em termos razoáveis. Ver van Hoof, p. 99. Com mais razão, o Estado deve se abster de realizar por si mesmo o remanejamento, em condições como essas. O exemplo está longe de ser teórico: ver as observações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o relatório apresentado pela República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), pontos 11, 19 e 20 (citado por H. Steiner & P. Alston, 1996, pp. 321).

19. Ver van Hoof, p. 99. Henry Shue (1980) sugeriu originalmente essa distinção. No campo do direito internacional dos direitos humanos, a distinção foi assumida – com alguma correção, que reduz a enumeração a três categorias: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de garantia, satisfação ou cumprimento – nos principais documentos interpretativos do PIDESC: Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Observação Geral (OG) n. 3 (1990) “La Índole de las Obligaciones de los Estados-Partes – párrafo 1 del art. 2 del Pacto”; OG n. 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada – párrafo 1 del art. 11 del Pacto”; OG n. 5 (1994) “Personas con Discapacidad”; OG n. 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; “Principios de Limburgo” (1986); “Principios de Maastricht” (1997); CIJ, “Declaración y Plan de Acción de Bangalore” (1995). Encontro Latino-Americano de Organizações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Declaración de Quito” (1998).

20. No mesmo sentido, ver a opinião de R. Alexy (1993, pp. 419-501), que defende uma concepção ampla das obrigações positivas do Estado ou, segundo sua denominação, “direitos a ações positivas do Estado”. Estes

incluiriam os direitos de proteção, os direitos à organização e ao procedimento e os direitos a prestações em sentido estrito.

21. Alexy afirma que “uma ação só pode ser impossibilitada juridicamente se for um ato jurídico. Atos jurídicos são ações que não existiriam sem as normas jurídicas que as constituem. Assim, sem as normas do direito contratual não seria possível o ato jurídico da celebração de um contrato, sem o direito de sociedades não seria possível o ato jurídico de fundação de sociedades [...] O caráter constitutivo das normas que as possibilitam caracteriza tais ações como ações institucionais. As ações jurídicas institucionais são impossibilitadas se forem anuladas suas normas constitutivas. Portanto, entre a anulação dessas normas e a impossibilidade das ações institucionais existe uma relação conceitual” (pp. 189-190). Nosso argumento é complementar ao de Alexy: as “ações jurídicas institucionais” não só são impossibilitadas com a anulação das normas que são constitutivas para elas, mas também quando essas normas não são criadas. Se a constituição ou um pacto de direitos humanos estabelece direitos cujo exercício depende conceitualmente da criação de normas, isso implica a obrigação estatal positiva de criar essas normas. Alexy (pp. 194-195) retoma o ponto quando trata dos direitos a ações positivas, distinguindo entre direitos a “ações positivas fáticas e a ações positivas normativas”. Os direitos a ações positivas normativas são “direitos a atos estatais de imposição de norma”.

22. A esse respeito, ver o voto em separado do juiz Piza Escalante na OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984, “Proposta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, da Corte Interamericana de Derechos Humanos, em seu ponto 6: “[...] a distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais obedece meramente a razões históricas, e não a diferenças de natureza jurídica; de maneira que, na realidade, o que importa é distinguir, com um critério técnico-jurídico, entre direitos subjetivos plenamente exigíveis, vale dizer, ‘exigíveis diretamente por si mesmos’, e direitos de caráter progressivo, que se comportam de fato como direitos reflexos ou interesses legítimos, ou seja, ‘exigíveis indiretamente’, mediante imposições políticas ou de pressão, por um lado, e de ações judiciais de impugnação interpostas em oposição ao direito ou que lhe faça discriminação. Os critérios concretos para identificar de que tipo de direitos se trata, em cada caso, são circunstanciais e historicamente condicionados, mas pode-se afirmar, em geral, que quando se conclui que um determinado direito fundamental não é diretamente exigível por si mesmo, se está diante de um direito ao menos exigível indiretamente e de realização progressiva”.

23. Ver, a respeito, a lúcida análise de J. R. de Lima Lopes, 1994.

24. Ver também, por exemplo, Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92 *Harvard Law Review*, p. 353.

25. Ver também, por exemplo, Cass R. Sunstein, "Response: From Theory to Practice", 29 *Arizona State Law Journal*.

26. Uma "lacuna" que determina a falta de plenitude do sistema, de acordo com a terminologia de Ferrajoli (1999, p. 24). Segundo o autor, "deve-se reconhecer que para a maior parte de tais direitos [os direitos sociais] nossa tradição jurídica não elaborou técnicas de garantia tão eficazes como as estabelecidas para os direitos de liberdade. Mas isso depende, sobretudo, de um atraso das ciências jurídicas e políticas, que até os dias de hoje não teorizaram nem projetaram um Estado social de direito equiparável ao velho Estado liberal; permitiram que o Estado social se desenvolvesse de fato mediante uma simples ampliação dos espaços de arbitrariedade dos aparatos administrativos, do jogo não-regulamentado dos grupos de pressão e do clientelismo, da proliferação das discriminações e dos privilégios e do crescimento do caos normativo que elas mesmas denunciam e contemplam agora como 'crise da capacidade reguladora do direito'" (p. 30).

27. A falta de mecanismos ou garantias judiciais adequados nada diz sobre a impossibilidade conceitual de tornar passíveis de tutela judicial os direitos econômicos, sociais e culturais, mas – como já foi dito – requer que sejam imaginados e criados instrumentos processuais aptos para levar adiante tais reivindicações. Parte dos avanços do direito processual contemporâneo se direciona para esse objetivo; as novas perspectivas da ação de amparo, as possibilidades de formulação de ações de inconstitucionalidade, o desenvolvimento da ação declaratória, as *class actions*, a ação civil pública e os mandados de segurança e de injunção brasileiros, a legitimação do Ministério Público ou da Defensoria Pública para representar interesses coletivos, são exemplos dessa tendência. Cabe acrescentar, além disso, que outra fonte de supostas dificuldades na promoção de ações que tentam evidenciar o descumprimento do Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais reside justamente nos privilégios com que o Estado conta quando é levado a juízo, privilégios que não seriam admissíveis se questões similares ocorressem entre cidadãos.

28. Ver a pesquisa: "Análisis jurisprudencial. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". In: Vários Autores, *Pensamiento Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, n. 15, 2002, pp. 347-369.

29. Ver, a respeito, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Artigo 81, parágrafo único(iii).

30. Para examinar casos relevantes em torno desse tema podem ser consultadas experiências desenvolvidas por Argentina, República Dominicana, Venezuela e Nicarágua na pesquisa: *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (IIDH, 1999).

31. Em “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales” (inédito), Christian Courtis mostra que a pergunta sobre a legitimidade da atuação judicial não pode ser respondida de forma abstrata, considerando uma ou duas variáveis normativas, como a posição dos tribunais em uma “teoria pura” da democracia, ou a origem não-eletiva dos juízes. A questão da legitimidade requer informação empírica sobre o funcionamento do sistema político e o conhecimento concreto do contexto histórico no qual os juízes atuam. Nesse sentido, a análise da legitimidade da atuação judicial implica a necessária comparação com a análise da legitimidade da atuação dos demais poderes.

32. Acerca da legitimidade de um tribunal constitucional em um Estado social e democrático de direito, para atuar resguardando as condições procedimentais da gênese democrática das leis, que inclui a garantia dos direitos sociais fundamentais que asseguram a inserção no processo político, ver J. Habermas, 1994, pp. 311 e ss. Sobre o papel dos juízes em um Estado constitucional e social de direito pode-se ver, também, Ferrajoli (pp. 23-28). Outros autores justificam uma intervenção judicial forte para resguardar das maiorias os direitos de grupos sociais em desvantagem. Ver ainda Owen Fiss, 1999, pp. 137-159.

33. Assim ocorreu nos mencionados litígios de reforma estrutural. É útil destacar, em resposta às objeções apontadas a respeito da incapacidade da administração de justiça para resolver questões técnicas, ou das limitações do processo judicial para tratar questões complexas ou com múltiplos autores, que muitos analistas têm valorizado o papel judicial de avançar no projeto de políticas e na mudança de práticas institucionais. A pouca predisposição da administração ou das legislaturas de reconhecer e modificar suas políticas e ações ilegais determinaria a estrita necessidade de que a questão fosse abordada e resolvida por um tribunal imparcial e independente. Ver, por exemplo, William Wayne, “Two Faces of Judicial Activism”, 61 *George Washington Law Review* 1 (1992).

34. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, caso Viceconte, Mariela vs Estado Nacional-Ministerio de

Salud y Acción Social *s/* amparo, 2 de junio de 1998, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 5 nov. 1998. Pode-se consultar o caso na pesquisa do IIDH: *Los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 81.

35. Nesses casos, a discussão entre direitos tuteláveis judicialmente e atuação livre das instâncias políticas é limitada, pois a política atua previamente por meio do Congresso e, de qualquer modo, se autolimita ao determinar para si obrigações legais em matéria de política social. A respeito da clássica discussão sobre a tensão entre democracia e direitos, com referência aos direitos sociais tuteláveis judicialmente, pode-se ver G. Pisarello, 2001, e também E. Rivera Ramos, 2001. Para uma visão mais geral do debate suscitado no Reino Unido com a incorporação do estatuto de direitos humanos e a conseguinte atribuição de novos poderes à justiça em detrimento do Parlamento, ver M. Loughlin, 2001.

36. A referência é aos casos em que uma norma legal impõe a obrigação de desenvolver processos de produção de informação e consulta – por exemplo, aos beneficiários – na etapa de projeto e avaliação de uma política social. Assim, no caso Defensoría del Pueblo de la Ciudad vs INSSJP, o critério para a anulação do processo de privatização foi precisamente a falta de acesso à informação dos usuários do sistema. Da mesma forma, em outros casos, o contencioso-administrativo da justiça argentina anulou ajustes de tarifas de serviços públicos pela ausência de audiência pública – entendida como a oportunidade de consulta aos usuários – prévia à adoção da decisão.

37. Corte Constitucional da África do Sul, caso CCT 11/00, Governo da República da África do Sul e Outros vs Irene Grootboom e Outros.

38. CSJN, caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, sem recurso de fato, 24 out. 2000.

39. No caso Asociación Benghalensis, um grupo de organizações defensoras dos direitos dos aidéticos promoveu uma ação de interesse coletivo, que foi resolvida pela Corte Suprema de Justiça argentina. A decisão obrigava o Poder Executivo a fazer cumprir a lei sobre aids referente à obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos. Essa lei havia sido promulgada como resultado de uma intensa campanha de incidência política, em parte estimulada pelos mesmos grupos e autores que depois se viram obrigados a impulsionar a ação judicial para torná-la efetiva. Também se podem mencionar os casos em que organizações de mulheres compareceram aos tribunais para exigir a implementação e o cumprimento da legislação sobre saúde reprodutiva pela qual haviam lutado no Congresso.

40. Ver *Tarimiat, Firms en nuestro territorio. FIPSE vs Arco*. Quito: CDES, 2001. Disponível em <http://www.infodesarrollo.org/archivos/6c70ae2fcdc4dc83dcd0aa5b37d87252/TARIMIAT_2DA_EDICION.pdf>. Acesso em 7 jan. 2005.

41. Em um caso relativo a um acordo entre famílias despejadas e o Governo da Cidade de Buenos Aires foi demandado judicialmente o cumprimento das obrigações estatais que já haviam sido estabelecidas: construção de casas em um terreno fiscal e solução temporária para as necessidades habitacionais do grupo durante a execução das obras. Nessa ação, que era fundamentalmente de execução do acordo, foram utilizados os padrões constitucionais e internacionais sobre o direito à moradia para interpretar a abrangência da obrigatoriedade de oferecer moradia temporária com determinadas características, o que foi solicitado como medida cautelar. O Tribunal atendeu ao pedido e ordenou que as famílias fossem abrigadas em hotéis da cidade, sob determinados requisitos de habitabilidade. Ainda que o acordo tenha resultado da negociação e da pressão política sobre o governo, foi o litígio que o tornou efetivo e determinou o alcance legal das obrigações assumidas pelo Estado. Ver *Agüero Aurelio Eduvigio e Outros vs Governo da Cidade de Buenos Aires s/ amparo (Artigo 14 CCABA)*, Exp. 4437/0. Resolução de 26 fev. 2002.

42. Ao adotar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Estado se obriga a levantar informações e formular um plano, como destaca o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em alguns temas – como o direito à moradia adequada – é expressamente reconhecida a obrigação do Estado de implementar de forma imediata uma vigilância eficaz da situação da moradia em sua jurisdição, e para isso precisa realizar um levantamento do problema e dos grupos que se encontram em situação vulnerável ou em dificuldades – pessoas desabrigadas e suas famílias, pessoas alojadas de forma inadequada, pessoas que não têm acesso a instalações básicas, pessoas que vivem em assentamentos ilegais, pessoas sujeitas a despejo forçado e grupos de baixa renda (OG n. 4, ponto 13). Em relação ao direito à educação primária obrigatória e gratuita, aqueles Estados que não a tiverem implementado no momento da ratificação assumem o compromisso de elaborar e adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano detalhado para sua implementação progressiva (Artigo 14, PIDESC). Essas obrigações de vigilância, reunião de informação e preparação de um plano de ação para a implementação progressiva são extensivas, como medidas imediatas, aos demais direitos consagrados no Pacto (OG n. 1, pontos 3 e 4).

43. Ver também *Abramovich & Courtis*, 2000.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. “El acceso a la información como derecho”. In: E. L. Duhalde (ed.), *Anuario de Derecho a la Información* 1. Buenos Aires/Madri, 2000.
- . *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALSTON, Philip. “No Right to Complain about Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant”. In: A. EIDE & J. HELGESEN (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*. Oslo: Norwegian University Press, 1991.
- BILLET, L. “Political Order and Economic Development: Reflections on Adam Smith’s Wealth of Nations”. *Political Studies* 35, p. 430, 1975.
- BIN, R. “Diritti e fraintendimenti”. *Ragion Pratica* 14, pp. 14-25, 2000.
- BOURGOIGNIE, Thierry. *Elementos para una teoría del derecho del consumo*. Vitoria (Espanha): Governo Basco, 1994.
- CONTRERAS PELÁEZ, Faustino. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madri: Tecnos, 1994.
- EIDE, A. “Future Protection of Economic and Social Rights in Europe”. In: A. BLOED et al. (ed.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*. Dordrecht, Boston/Londres: Martinus Nijhoff, 1993.
- EWALD, François. *L’État Providence*. Livro IV.2. Paris: Grasset, 1985.
- FELGUERAS, S. *Derechos humanos y medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Argentina, 1996.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999.
- FISS, O. “Grupos y cláusula de igual protección”. In: R. GARGARELLA (org.), *Derecho y grupos desaventajados*,

pp. 137-159. Barcelona: Gedisa, 1999.

GARRETÓN Merino, R., “La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales”. In: *IIDH – Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, p. 59. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”. In: *Facticidad y validez*. Madri: Trotta, 1994.

HAYEK, F. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York, W.W. Norton, 1999.

LIMA LOPES, José Reinaldo. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito”. In: J. E. FARIA, (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, pp. 114-38. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOUGHLIN, M. “Rights, Democracy, and Law”. In: T. CAMPBELL et al. (orgs.), *Sceptical Essays on Human Rights*, pp. 41-60. Oxford: Oxford University Press, 2001.

NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. In: *IIDH, Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

NINO, Carlos. “Los derechos sociales”. In: *Derecho y sociedad*. Buenos Aires, 1993.

PISARELLO, G. “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”. In: M. CARBONELL et al. (orgs.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 113-138. México: Porrúa/UNAM, 2001.

PLANT, R. “Citizenship, Rights and Welfare”. In: A. COOTE (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing New Social Rights*, pp. 15-29. Londres: Rives Oram Press, 1992.

RIVERA RAMOS, E. “Los derechos y la democracia. ¿Conflicto o complementariedad?”. In: Vários Autores, *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Sobre los modos de producción del derecho y del poder social”. In: *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991.
- SHUE, H. *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
- SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Nova York, 1937.
- STEINER, Henry & ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SUNSTEIN, C. R. “Response: From Theory to Practice”. 29 *Arizona State Law Journal*, 1997.
- VAN HOOF, G. H. J. “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views”. In: ALSTON & TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, pp. 97-110. Dordrecht: Nijhoff, 1984.

Tradução:

Maria Lucia de Oliveira Marques
