

Ano 6 • Número 10
Junho de 2009

Edição em Português

● ANUJ BHUWANIA

“Crianças muito más”: “Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura em Madras de 1855

● DANIELA DE VITO, AISHA GILL E DAMIEN SHORT

A tipificação do estupro como genocídio

● CHRISTIAN COURTIS

Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina

● BENYAM D. MEZMUR

Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança

DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM MOVIMENTO:
MIGRANTES E REFUGIADOS

● KATHARINE DERDERIAN E LIESBETH SCHOCKAERT

Respostas aos fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária

● JUAN CARLOS MURILLO

Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados

● MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul

● JOSEPH AMON E KATHERINE TODRYS

Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global

● PABLO CERIANI CERNADAS

Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos



REDE UNIVERSITÁRIA
DE DIREITOS HUMANOS

SUR

Um projeto da Conectas Direitos Humanos

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 <www.revistasur.org>

A Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos está indexada no International Bibliography of the Social Sciences (IBSS).

CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidade de Pretória (África do Sul)

Emilio 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

Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)

Upendra Baxi

Universidade de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

EDITORAS EXECUTIVAS

Daniela Ikawa e Juana Kweitel

EDIÇÃO

Flavia Scabin, Thiago Amparo e Elaini Silva

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Clara Garcia Parra y Rebecca Dumas

CIRCULAÇÃO

Mila Dezan

IMPRESSÃO

Prol Editora Gráfica Ltda.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República

São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908

Tel/Fax: 55 11 3884-7440

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.revistasur.org>

Agradecemos pelo apoio financeiro da Fundação Ford, do Fundo das Nações Unidas para a Democracia e da Fundação das Nações Unidas.

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.

A SUR é uma iniciativa da Conectas Direitos Humanos, uma organização internacional sem fins lucrativos com sede no Brasil. (Websites: <www.conectas.org> e Portal: <www.conectasur.org>.)

COMISSÃO EDITORIAL

Alejandro M. Garro

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (França)

Cosmas Gitta

PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidade Central da Venezuela (Venezuela)

Ellen Chapnick

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidade de Mainz (Alemanha)

Fateh Azzam

Representante Regional, Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (Líbano)

Guy Haarscher

Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidade de Western Cape (África do Sul)

João Batista Costa Saraiva

Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro

Universidade para a Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidade de Roma (Itália)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic

Conectas Direitos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidade de Campinas (Brasil)

Maria Herminia de Tavares Almeida

Universidade de São Paulo (Brasil)

Miguel Cillero

Universidade Diego Portales (Chile)

Mudar Kassis

Universidade Birzeit (Palestina)

Paul Chevigny

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Victor Abramovich

Universidade de Buenos Aires (UBA)

Victor Topanou

Universidade Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandês de Direitos Humanos, Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

SUMÁRIO

ANUJ BHUWANIA	7	“Crianças muito más”: “Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras de 1855
DANIELA DE VITO, AISHA GILL E DAMIEN SHORT	29	A tipificação do estupro como genocídio
CHRISTIAN COURTIS	53	Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina
BENYAM D. MEZMUR	83	Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança
Direitos Humanos das Pessoas em Movimento: <i>Migrantes e Refugiados</i>		
KATHARINE DERDERIAN E LIESBETH SCHOCKAERT	107	Respostas a fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária
JUAN CARLOS MURILLO	121	Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados
MANUELA TRINDADE VIANA	139	Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul
JOSEPH AMON E KATHERINE TODRYS	163	Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global
PABLO CERIANI CERNADAS	189	Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos

APRESENTAÇÃO



Como temos feito nas últimas edições, também neste número da nossa revista, destacamos um tema ao qual dedicamos cinco dos nove artigos que compõem o número dez da Revista Sur. Trata-se do problema dos milhões de migrantes e refugiados que se encontram em situações de extrema penúria em muitos países espalhados pelo mundo. O artigo de Katherine Derderian e Liesbeth Schockaert do *Médecins sans Frontières* descreve com pinceladas realistas a terrível tragédia humana dos refugiados, além de discutir, sob o ponto de vista dos direitos humanos, a diferenciação entre refugiados políticos e econômicos, segundo os critérios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cuja generosa orientação e patrocínio possibilitaram a realização da presente edição. Os critérios e os fundamentos do sistema de proteção de refugiados oferecido pelo ACNUR são explicados no artigo de Juan Carlos Murillo.

Além desses dois artigos que abordam aspectos gerais, publicamos matérias que tratam de problemas específicos, todos relacionados a direitos humanos de refugiados e migrantes:

Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia, de Manuela Trindade Viana, enfoca os problemas relacionados aos deslocados internos na Colômbia, país no qual se concentram 25% dos deslocados internos existentes no mundo (11,5 milhões).

Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global, de Joseph Amon e Katherine Todrys, da *Human Rights Watch* denuncia o desrespeito comum às leis que garantem acesso à saúde a populações não permanentes de migrantes e refugiados;

Controle migratório europeu em território africano, de Pablo Ceriani Cernadas, analisa as desumanas políticas de controle da imigração de africanos, efetuadas por Estados europeus e organismos da União Européia nas costas e águas de países norte-africanos.

Por fim, completam o N° 10 da nossa revista os trabalhos de Anuj Bhuvania (*"Tortura indiana"* e o *Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras de 1855*); de Daniela De Vito, Aisha Gill e Damien Short (*A tipificação do estupro como genocídio*); de Christian Courtis (*Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina*); e, por fim, de Benyam E. Mezmur (*Adoção internacional como medida de último recurso*). O primeiro constitui uma

veemente defesa de que as modernas práticas de tortura policial na Índia são uma herança colonial, como demonstra a análise do “Madras Torture Commission Report de 1855”. O segundo descreve as implicações teóricas da tipificação de estupro como uma espécie de genocídio. O terceiro apresenta alguns casos emblemáticos de aplicação do Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes na América Latina. Por fim, o quarto trata dos problemas das políticas de adoção de crianças africanas por famílias de outros continentes.

Esperamos que os artigos deste número contribuam para enriquecer o debate e para a solução de alguns dos crescentes problemas associados ao deslocamento de vastos contingentes humanos expulsos de seus ambientes por guerras, perseguições e totalitarismos políticos, mas também por causas econômicas, cujas consequências em detrimento dos direitos humanos de suas vítimas são igualmente dramáticas.

Gostaríamos de agradecer aos seguintes professores e parceiros pelo apoio na seleção dos artigos deste número: Carina du Toit, Carlos Ivan Pacheco Sánchez, Florian Hoffmann, Gaim Kibreab, Glenda Mezarobba, Guilherme da Cunha, Iniyan Ilango, Jeremy Sarkin, José Francisco Sieber Luz Filho, Juan Amaya Castro, Laura Pautassi, Malak Poppovic, Paula Miraglia, Rajat Khosla, Renata Reis, Roberto Garretón e Upendra Baxi.

Conforme publicado em nosso website, assumimos a partir deste número novas regras para citações e referências bibliográficas, com o intuito de tornar mais fluida a leitura dos artigos. Sendo recente esta mudança, contamos com a compreensão de todos em caso de eventuais incorreções. Neste sentido, gostaríamos de agradecer as seguintes pessoas que contribuíram para a formatação destes artigos: Clara Garcia Parra, Elaini Silva, Flavia Scabin, Mila Dezan, Rebecca Dumas e Thiago Amparo.

Finalizamos destacando o apoio e a orientação do ACNUR para a publicação desta edição. A presente parceria surgiu a partir da pesquisa e desenvolvimento do “Plano Mexicano de Ação para Fortalecer a Proteção Internacional de Refugiados na América Latina” e está orientada a favorecer a cooperação com instituições acadêmicas dedicadas à pesquisa, promoção e formação do direito internacional dos refugiados.

Em particular agradecemos aos Escritórios do ACNUR na Argentina e Brasil, bem como à Unidade Legal Regional para as Américas pela sua colaboração.

Os editores.



ANUJ BHUWANIA

Anuj Bhuwania é doutorando no departamento de Antropologia da Universidade de Columbia. Ele estudou Direito em Bangalore e Londres, e foi Professor Visitante no Centro de Direito e Governança da Universidade Jawaharlal Nehru, Nova Déli.

E-mail: anujbhuwania@gmail.com

RESUMO

Embora seja comumente defendida a idéia de que a tortura policial constitui uma prática institucionalizada na Índia, o único estudo confiável apoiado pelo governo na história moderna indiana é o Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras, de 1855. No contexto do silêncio que encobre a violência policial atualmente praticada na Índia, o curioso fenômeno de uma Comissão investigativa, instituída por um Estado colonial há mais de cento e cinquenta anos atrás, é particularmente intrigante. Nesse artigo experimento uma análise textual do Relatório, e uma investigação de seu contexto ideológico e histórico. Defendo que o Relatório serviu, primeiramente, para discursivamente “tratar” do tema da tortura, negando a cumplicidade do Estado colonial em sua prática, além de argumentar que as reformas por ele sugeridas resultaram na institucionalização de um modelo colonial específico na reestruturação da polícia indiana, uma estrutura que substancialmente sobrevive até os dias de hoje.

Original em Inglês. Traduzido por Raquel Mozzer.

Recebido em: dezembro de 2008. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS CHAVES

Tortura – Polícia - Colonialismo

AGRADECIMENTO

Eu agradeço Trisha Gupta e David Reubi, sem suas contribuições e encorajamentos esse artigo nunca teria sido escrito.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

"CRIANÇAS MUITO MÁS": "TORTURA INDIANA" E O RELATÓRIO DA COMISSÃO SOBRE TORTURA DE MADRAS DE 1855

Anuj Bhuwania

1. Introdução

Alec Mellor, em seu livro considerado referência no que diz respeito à história da tortura, *La Torture*, publicado em 1949, logo após a Segunda Guerra Mundial, tenta explicar as razões para a suposta reaparição da tortura no século vinte. Ele sugere três causas fundamentais para esse ressurgimento: a ascensão do estado totalitário culminando na União Soviética; a importância da reunião de «inteligência» e «métodos especiais de interrogatório» como resultado das formas modernas de guerra; e, finalmente, a influência do «Asianismo» (PETERS, 1985, p. 106). Mesmo que a terceira «causa» pareça meio fora de contexto em relação às duas primeiras, essa fetichização etnocêntrica da «Ásia» como a natural terra natal da tortura e outras práticas «bárbaras», e seu resultado – tortura vista como uma prática alheia à moderna e esclarecida Europa – não é um aspecto isolado. Montesquieu, em suas “Cartas Persas”, por exemplo, usou a idéia da “tirania dos Turcos” em contraste à de Luís XIV. Na verdade, tal análise é representativa de uma história longa e variada, de um discurso no qual tal projeção de “despotismo” como unicamente “oriental” “ajudou europeus a se definirem em termos europeus, deixando claro o que não são, ou talvez o que não pretendiam ser.” (METCALF, 1994, p.7).

Nesta mesma linha, como escreve Talal Asad, frequentemente pode-se observar “que as regras européias em países coloniais, mesmo que não democráticas, trouxeram melhorias morais ao comportamento – p. ex., o abandono de práticas ofensivas contra o ser humano.” (ASAD, 1998, p. 293). Entretanto, o progresso alcançado na erradicação de práticas desumanas, como a tortura, foram admitidamente um tanto desiguais. Nesse sentido, a descrição aceitável dos eventos é que mesmo tendo os europeus tentado seu melhor para acabar com essas práticas

Ver as notas deste texto a partir da página 26.

cruéis (as quais anteriormente o mundo não-europeu considerava como dadas), eles não foram inteiramente bem sucedidos (ASAD, 1998, p. 293). Reconhecendo o fracasso de sua pedagogia, o Leste continua com seus sinceros esforços em arenas como as Nações Unidas, com Organizações Não-Governamentais levantando a bandeira em seu nome.

Em 1973, uma dessas organizações, a Anistia Internacional, publicou uma pesquisa internacional sobre tortura. Na sessão sobre a Índia, reportou a disseminação do uso da tortura pela polícia Indiana (ANISTIA INTERNACIONAL, 1973). A partir disso, Upendra Baxi defendeu que a tortura é, de fato, institucionalizada na Índia. Como ele coloca, “violência em custódia ou tortura é parte integral das operações policiais na Índia.” (BAXI, 1982, p. 123). Ele destaca, entretanto, a dificuldade em acessar a magnitude desse fenômeno, por causa da falta de algum estudo completo apoiado pelo governo sobre essa prática. Ironicamente, ele diz, “quando alguém olha para trás um pouquinho, descobre que a elite governante britânica foi mais explicitamente preocupada com o uso da tortura pela polícia nativa, do que a elite governante da Índia independente” (BAXI, 1982, p. 129). A afirmação de Baxi provavelmente deriva do fato de que o único estudo abrangente sobre este tema na história da Índia moderna é o Relatório da Comissão de Tortura de 1855. A Comissão foi formada pelo então Governo Madras, sob as ordens da Corte de Diretores da Companhia do Leste da Índia. Baxi nota que as conclusões da Comissão no que tange à triste condição das vítimas são válidas até hoje. A tortura policial é tão real hoje quanto era na época (BAXI, 1982, p. 130).

No contexto do silêncio que cerca as atuais violências cometidas pela polícia na Índia, o curioso fenômeno de uma Comissão investigativa, instituída por um estado colonial, mais de cento e cinquenta anos atrás, é particularmente interessante. Por que a elite governante Britânica estava tão explicitamente preocupada com o uso da tortura pela polícia nativa?

Não estou preocupado aqui em examinar o grau em que a tortura foi predominante na Índia pré-colonial, colonial ou pós-colonial. Meu objetivo é, no entanto, examinar o discurso da tortura, e em particular, as peculiaridades assumidas nesse discurso no contexto colonial indiano do meio do século dezanove.

Meu argumento se dá em duas partes: primeiro, eu defendo que esse Relatório serviu primeiramente para discursivamente “tratar” do tema tortura, apagando a cumplicidade do estado colonial em sua prática. Segundo, que as reformas por ele sugeridas resultaram na institucionalização de um modelo colonial específico na reestruturação da polícia indiana.

A primeira sessão analisa a linguagem do Relatório. Como um órgão totalmente europeu chamado para investigar a predominância da tortura em uma província ao sul da Índia em meados do século dezanove, como a Comissão interpretou esse mandato? Como construiu o problema que deveria observar? Como atentou às questões de raça? Ou mais especificamente, como fixou responsabilidades entre indianos e europeus pela prática? E finalmente, qual foi o diagnóstico para o mal-estar e quais as soluções sugeridas?

A segunda sessão tenta examinar a curiosa questão de *por que* a Comissão foi formada. Por que o Relatório foi escrito daquela maneira e para *quem* ele foi

escrito? Para responder a essas questionamentos, essa sessão examina o contexto ideológico do Relatório. Nos séculos dezoito e dezenove, a questão da tortura e sua abolição tinham se tornado um tema moral e humanitário crucial na Europa, o que refletiu no tom moral quase triunfante das histórias populares sobre o assunto. Isso é seguido pela análise da natureza do discurso colonial do século dezenove sobre a Índia, o que, eu acredito, ser crucial para entender por que a comissão colonial para tortura chegou a tais conclusões. Especificamente, a narrativa do Relatório, ao colocar a culpa quase inteiramente na polícia nativa e sua pressuposta “propensão à tortura”, acompanha a tendência ideológica colonial da época.

A parte final examina o legado do relatório nos termos das reformas que dele resultaram. Toda a estrutura da Polícia de Madras foi revista, amplamente de acordo com as recomendações da Comissão. O modelo de Madras mais tarde tornou-se a base para as reformas policiais por toda Índia. Essa estrutura perdura até os dias atuais. Seu princípio organizacional, assim como o da Guarda Irlandesa, a partir do qual foi estruturado, é em seguida criticamente examinado. Para concluir, eu argumento que as mudanças de longo alcance mesmo que introduzidas na estrutura da polícia colonial devem ser colocadas no contexto da burocracia da Índia colonial como um todo, especialmente se quisermos compreender o que acredito ser o caráter colonial específico do regime de poder moderno na Índia.

Essa dissertação é movida pela crença que a “raiz da miséria pós colonial” (nas palavras de Partha Chatterjee) encontra-se na “rendição às antigas formas do estado moderno”, como as “formas autônomas de imaginação da comunidade foram, e continuam sendo, sobrecarregadas e inundadas pela história do estado pós-colonial.” (CHATTERJEE, 1993, p. 11). 345

2. O Relatório da Comissão sobre Tortura, 1855.

“Não é a tortura da alta espécie européia... A tortura Indiana é pronta, improvisada, engenhosa, barata, irritante, repugnante, revoltante e trivial ao extremo... É a tortura de crianças muito más.” (The Times, 3 de setembro, 1855 apud PEERS, 1991, p. 50).

Em 1854, a Câmara dos Comuns foi abalada por alegações de tortura contra a Honrosa Companhia do Leste da Índia. Durante o debate, baseado nas informações providas pela Presidência de Madras, foi dito que “tortura era frequentemente usada pelos oficiais nativos para compelir os camponeses indianos a pagar as demandas do Governo” (GUPTA, 1974, p. 310). Sr. Danby Seymore, membro do Parlamento, acusou a Companhia “de usar tortura e coerção ‘para conseguir dez xelins de um homem quando ele possuía apenas oito’” (RUTHVEN, 1978, p. 183). Logo estas notícias tomaram conta da imprensa britânica. The Times escreveu sobre a “Inquisição Indiana” e o Punch publicou uma sátira sobre o assunto (PEERS, 1991, p. 34). A Corte de Diretores imediatamente ordenou que o Governo de Madras organizasse “um ‘inquérito muito profundo’ e elaborar um relatório completo sobre o assunto.” (GUPTA, 1974, p. 311). Dessa maneira, em 9 de setembro de 1854, uma Comissão com três membros¹ foi formada para investigar o “uso da tortura pelos servos nativos do estado, com o propósito

de arrecadar os impostos governamentais.” (Relatório dos Comissários para Investigação dos Supostos Casos de Tortura em Madras, 1855, p. 3 – de agora em diante: MADRAS, 1855). Entretanto, o escopo da investigação foi logo ampliada para incluir “o suposto uso de tortura para extrair confissões em investigações policiais” (MADRAS, 1855, p. 3). Os Comissários foram informados de que:

As instruções do Governo eram no início confinadas ao Departamento Fiscal, porque a imputação do uso da tortura referia-se exclusivamente à cobrança dos impostos públicos; mas o Governador no Conselho deseja aproveitar essa oportunidade para apurar qual a extensão do uso de práticas similares nos assuntos policiais, onde há muito tempo seu uso tem sido amplamente admitido, e à Comissão, portanto, será pedido a extensão das investigações para o Departamento de Polícia e, na verdade, ir a fundo em todo o assunto e seus desdobramentos (MADRAS, 1855, p. 3).

A Comissão elaborou uma notificação para tornar sua existência conhecida pelas pessoas. Foram enviadas cópias da mesma a todos os distritos da Presidência para serem distribuídas e afixadas em todos os departamentos: 150 em inglês, 10.000 em tâmil, 10.000 em telugu, 10.000 em canarese, 5.000 em malaiala e 5.000 em hindustâni (MADRAS, 1855, p. 3). Ainda, as notificações foram publicadas em todos os jornais da Presidência e as reclamações deveriam ser remetidas à Comissão até 1o. de fevereiro de 1855. Cerca de 519 reclamações foram recebidas pela Comissão, algumas de distâncias que excediam 300 milhas. 1.400 reclamações também foram recebidas por meio de cartas (MADRAS, 1855, p. 4). Depois de existir por cerca de 7 meses, a Comissão submeteu seu Relatório em 16 de abril de 1855.

O primeiro assunto tratado pelo Relatório foi a questão de novidade na prática da tortura. Baseando-se nas “antigas autoridades”, o relatório atentou ao “fato histórico” de que a “tortura era um método reconhecido para obter tanto impostos quanto confissões” desde os tempos pré britânicos (MADRAS, 1855, p. 5). Especificamente com menção da prática de tortura para extrair confissões, até mesmo a Ordem Governamental de 19 de setembro de 1854 estendendo a atribuição da Comissão para investigação de assuntos policiais, disse:

Tão enraizado, entretanto, o mal foi encontrado, e tão poderosa a força do hábito, surgindo da licença não reprimida do exercício de tais atos de crueldade e opressão sob os antigos governantes desse país, que não tem sido viáveis as medidas destinadas a erradicar integralmente tais práticas, não obstante o caráter enérgico destas medidas adotadas – de um lado, a tendência quase inata da generalidade dos oficiais nativos no poder em recorrer a tais práticas e, de outro lado, a submissão do povo a estas práticas; além de ainda persistir estes abusos no Departamento de Polícia, mesmo que, sem a menor dúvida, não na mesma proporção do que anteriormente. (MADRAS, 1855, p.5)

A Comissão, aceitando essa “tendência nativa”, então enquadra o assunto sob análise da seguinte maneira: a “mudança de governo causou alguma mudança radical nos hábitos dos oficiais nativos de baixo escalão?” (MADRAS, 1855, p.5). A pergunta examinada é:

[...] se houve qualquer coisa na administração civil dos últimos anos que tenha sido capaz de influenciar especialmente esta prática, ou tenha previnido a continuidade desta prática, ou gerado alguma tendência particular a extinção de tais atos. (MADRAS, 1855, p. 5)

O Relatório então discute as diversas intervenções britânicas que até então tratavam a tortura na esfera penal. Identificou-se que entre 1806 e 1852, 10 ordens circulares foram promulgadas pela *Faujdari Adalat* (a Suprema Corte Penal) sobre extração de confissões (MADRAS, 1855, p. 8). Em abril de 1926, a Corte de Diretores da Companhia enviou uma carta ao Governo de Madras sobre os diversos relatos de tortura da Presidência (MADRAS, 1855, p. 5). Curiosamente, a Corte discutia em seus despachos os diversos pronunciamentos judiciais sobre a tortura em Madras, nas quais um tema recorrente é a conivência dos magistrados europeus com os oficiais da polícia nativa, nos casos de má conduta (MADRAS, 1855, p. 5-8). Essas alegações foram deixadas de lado pelo poderoso Presidente do Governo de Madras, Sir Thomas Munro com o seguinte comentário:

Não existe nenhuma dúvida que muitas irregularidades são usadas para obter confissões e que, em alguns momentos, atrocidades são cometidas; mas quando consideramos o imenso número de prisioneiros, e os costumes destes povos, sempre acostumados com a coação onde há suspeita, quão difícil é erradicar tais hábitos, e quão pequena a proporção de casos em que a violência é usada comparada ao todo - o número desses atos dificilmente pode ser considerado maior do que o que poderia ser esperado, e está diminuindo a cada dia. (MADRAS, 1855, p. 8)

Em 1832, o Seletor Comitê Parlamentar para Assuntos do Leste da Índia examinou a tortura na Índia administrada pelos britânicos. Alexander Campbell, que havia sido Escrivão do Sudder Diwani e Faujdari Adalat (a Suprema Corte Civil e Penal, respectivamente) foi questionado pelo Comitê,

Você poderia nos dizer se a prática de tortura pelos oficiais nativos, com o propósito de extorquir confissões ou obter evidência, é usada frequentemente? [Ele respondeu] Sob o governo nativo que nos precedeu em Madras, o objetivo universal de todo oficial de polícia era obter a confissão do prisioneiros visando sua condenação independentemente da infração cometida; e não obstante todos os esforços dos tribunais europeus para colocar fim a esse sistema, frequentes casos dessa prática chegaram aos nossos tribunais penal. (RAO, 2001, p. 4127)

Em seguida o Relatório considera os laudos das autoridades contemporâneas britânicas trabalhando no “interior”, que deveriam responder às alegações de tortura. O Relatório supôs que a opinião neste departamento, com pouquíssimas exceções, era que a tortura realmente aconteceu, mesmo que em diversos graus em vários distritos. A maioria dos testemunhos era baseada em boatos. Para explicar a falta de reais testemunhas da operação por seus conterrâneos, os Comissários notaram que “certamente nenhum nativo iria em sã consciência correr o risco de assumir

ter recorrido a tal prática na presença de um europeu” (MADRAS, 1855, p. 11). O Relatório, de forma interessante, examina então as várias testemunhas oculares dos casos de tortura e conclui que “tal conjunto de evidência de testemunhas oculares confiáveis e quase integralmente européias, ao nosso ver, é conclusivo” (MADRAS, 1855, p. 15).

O Relatório lidou, então, com as evidências coletadas pela Comissão de vários peticionários. Como já mencionado, houve um total de 1.959 reclamações. O relatório concluiu,

[...] fazendo todos os descontos necessários dada a tendência dos nativos de exagerar, mesmo quando sua história é baseada nos fatos; sendo dolorosamente consciente de sua falta de verdade, sabendo por experiência o quão controverso e vingativo eles são, nós ainda pensamos que a maior parte de seus depoimentos, como um todo, possuem marcas de veracidade, e que suas histórias são essencialmente verdadeiras. (MADRAS, 1855, p. 16)

O Relatório, por fim, analisa os registros dos casos de tortura dos sete anos anteriores, investigados pelas Cortes ou magistrados. Os Comissários notaram que as condenações bem sucedidas eram raras, dada a falta de evidência adequada e o excesso de tolerância no momento de punir mesmo nestes casos raros. Entretanto, para deixar claro, eles citam, com sua autorização, Sr. Daniel, agente do Governo em Kurnool, que disse, “Eu não tenho nenhuma hesitação ao dizer que nem os camponeses indianos, nem outro grupo de pessoas tem consciência de que atos de violência na cobrança de impostos são tacitamente tolerados pelo Governo ou seus oficiais europeus...” (MADRAS, 1855, p. 287-92).

2.1 As descobertas da Comissão

Com base nessas evidências, a Comissão concluiu

que a violência pessoal praticada pelos cobradores de imposto nativos e os oficiais de policia geralmente prevalecem ao longo desta presidência, tanto nas coletas de impostos, quanto em casos policiais; mas ao mesmo tempo é nosso dever expor nossa opinião de que nos últimos anos a prática tem constantemente decaído tanto em gravidade quanto em alcance. (MADRAS, 1855, p. 31)

O Relatório apresentou o termo “tortura” como definido pelo Dr. Johnson – “a dor pela qual a culpa é punida ou a confissão extraída” (MADRAS, 1855, p. 31)² para ser aplicada às práticas predominantes na Presidência.

O Relatório tentou então explicar por que comparativamente as denúncias de casos com uso de tortura para extrair confissões eram menores do que para cobrança de impostos. Seu raciocínio torna a leitura interessante. Ele expressa o alívio (baseado nos testemunhos sobre “os costumes das pessoas”) que:

tortura é ordinariamente utilizada apenas quando existem bons motivos para acreditar que a parte realmente culpada é a sofredora. [E continua] E essa realmente parece ser

a opinião universal entre os próprios nativos, que em casos criminais a prática não é apenas necessária, mas correta. Seu exercício não causa em suas mentes nem aversão, nem surpresa, nem repugnância. (MADRAS, 1855, p. 34)

O Relatório então elucida através do título, “Costumes das pessoas” que

nós temos casos de tortura sendo livremente praticados em todos aspectos da vida doméstica. Servos são ameaçados pelos seus mestres e por outros servos; crianças por seus pais e diretores de escola, pelas mais triviais ofensas; as próprias peças da população (e a questão dos dramas de um povo rude, nelas satirizados) que despertam risadas na maioria da audiência rural ao mostrar a cobrança moeda por moeda dos impostos de um contribuinte devedor, através da aplicação de “provocações” familiares, sob a superintendência de um caricaturado tehsildar³; parece uma instituição “honrada pelo tempo”, e nós não podemos nos abalar se a prática é ainda vastamente predominante dentre a classe ignorante e não instruída dos servidores públicos nativos. (MADRAS, 1855, p. 34)

O Relatório, entretanto, esclareceu imediatamente que a intensidade da prática decaiu com a intervenção européia. Isso se deu por causa das ordens passadas pelo *Faujdari Adalat* regulando as confissões e disse que elas “não poderiam deixar de produzir seu efeito” (MADRAS, 1855, p. 34).

Também funcionou como desincentivo à prática o fato de que confissões sem confirmação eram altamente improváveis de resultar em condenação⁴. O Relatório então revela a base de sua fé nas intervenções européias. Ele afirma, “Não existe um servidor público nativo, desde o mais alto ao mais baixo escalão, que não sabe bem que essas práticas acontecem por desdém dos seus superiores europeus” (MADRAS, 1855, p. 34).

Os Comissários então expressam sua angústia frente às dificuldades que as vítimas de tortura encontram ao obter compensação. Mas a primeira afirmação do Relatório nesse assunto busca esclarecer que o Governo ou seus oficiais europeus são completamente livres de culpa e os concede total crédito por seus esforços (MADRAS, 1855, p. 35). O Relatório reitera que os oficiais nativos são conscientes da desaprovação dessa prática pelos seus superiores europeus. Migrando dos oficiais nativos para o resto da população, eles continuam com a defesa:

nós não vimos nada que desse a entender que as pessoas em geral acreditam que os maus tratos a eles aplicados sejam aprovados ou tolerados pelos oficiais do Governo europeu. Ao contrário, todos eles parecem desejar que os europeus em seus respectivos distritos assumam a investigação das reclamações a eles apresentadas. [Resumindo seu ponto de vista no assunto, a Comissão afirma] Todo o clamor das pessoas, que chegaram até nós, é para os salvar das crueldades de seus colegas nativos, e não dos efeitos da grosseria ou indiferença por parte dos oficiais do Governo europeu. (MADRAS, 1855, p. 35).

O Relatório procura então explicar as contradições entre os nativos vendo os oficiais europeus como seus salvadores e a raridade de reclamações deles sobre

oficiais nativos. O Relatório considera como fatores as altas taxas de absolvição nos processos sobre tortura e as penas amenas aplicadas (MADRAS, 1855, p. 35). Entretanto, ele continua a insistir no caráter dos nativos como principal razão para isso e não parece considerar as autoridades europeias, que julgam esses casos e que de fato toleram a prática de tortura, como responsáveis. Isso ocorre apesar da carta previamente mencionada da Corte de Diretores da Companhia em 1826, assim como da análise da própria Comissão acerca dos casos de tortura dos sete anos anteriores, que claramente demonstrou a brandura adotada em tais casos. Ao final, o Relatório afasta ainda mais a culpa dos oficiais europeus ao relatar a enormidade de tarefas que eles realizam, a imensidão das áreas que administram e o minúsculo número de europeus na administração (MADRAS, 1855, p.37).

2.2 As recomendações do Relatório

Os Comissários observam que mesmo que a prática de tortura tenha sido fortemente impactada pela reforma do caráter do nativo através “da disseminação da educação, da abertura dos meios de comunicações” e “o aumento da relação entre mente e espírito”, esses eram apenas os “remédios gerais” e “graduais” (MADRAS, 1855, p. 39). Ao invés disso, eles sugeriram a solução ao problema que pensaram ser específico ao caso indiano. A proposta do Relatório é colocada da seguinte forma:

Não podemos negar que um maior número de servidores governamentais europeus em uma província tenderá a sua melhor administração, e a questão é como e em que direção tal leva adicional poderia ser melhor empregada e se tornar mais vantajosa para acabar com as práticas nativas de recorrer a tais atos ilegais de violência pessoal como aqueles que estamos engajados em comentar. (MADRAS, 1855, p. 39)

O Relatório então expõe sua visão acerca do caráter dos nativos e dos europeus. O Relatório explica,

a polícia toda é mal paga, notoriamente corrupta, e sem qualquer impedimento moral e respeito próprio, normalmente gerados pela educação; e o caráter do nativo quando possui poder se mostra ganancioso, cruel e tirânico, ao menos, quando o Hindu é um mero individual privado, suas principais características são subserviência, covardia e malandragem. (MADRAS, 1855, p. 40)

Tal grupo de pessoas não surpreendentemente seria capaz de uma prática, cuja “mera afirmação de sua existência é tão alarmante aos ouvidos europeus quanto sua realidade é repugnante para a moralidade européia” (MADRAS, 1855, p. 40).

A solução era então simplesmente ter superintendentes de polícia europeus para todos os distritos. O que, de acordo com a Comissão, “iria em pouco tempo interpor uma restrição eficaz ao uso da tortura na extração de confissões” (MADRAS, 1855, p. 42).

O Relatório, tendo encontrado o Santo Graal, detalha com entusiasmo “o grande efeito no bem-estar das pessoas” que isto geraria. O resultado final, sugere, seria que:

a mesma conduta que tem suficientemente garantido a paz e a segurança dos países europeus durante os últimos trinta anos, tempo em que podemos dizer que a ciência da polícia foi inteiramente concebida, seria rapidamente capaz de proporcionar a esta Presidência polícias admiráveis, preventivas e investigativas. (MADRAS, 1855, p. 43).

O Relatório conclui esclarecendo que sua sugestão para “uma infusão abundante da intervenção européia” na administração civil não se deve a uma atitude hostil frente aos nativos, tampouco busca privá-los “de sua justa parte no governo de seu país”. O Relatório então de maneira tranquilizadora discute o mérito relativo do termo intervenção “moral” (em oposição ao termo intervenção “européia”), uma vez que “existem vários Indianos do Leste e alguns nativos a quem, em nossa opinião, podem seguramente ser confiadas posições de poder, da mesma forma que confiamos a qualquer um dentre nós” (MADRAS, 1855, p. 46).

A Comissão finalmente termina seu Relatório listando modestamente os propósitos aos quais busca servir:

a garantia concedida às pessoas em geral de que, qualquer que tenha sido a prática, ela não foi aprovada pelo governo; a maneira assertiva com a qual a atenção de todas as autoridades européias para o assunto foi chamada pelo governo; o medo salutar que não poderia senão ter sido gerado nos corações dos oficiais nativos; cuja publicidade deve ter dado às pessoas a confiança para resistirem aos seus opressores. (MADRAS, 1855, p. 47)

3. Compreendendo o Relatório

Tortura deixou de existir. (Victor HUGO, 1874 apud PEERS, 1991, p. 5).

Dor não é meramente negativa. Ela é, literalmente, um escândalo. (TALAL ASAD apud ASAD, 1998, p. 290).

A questão surge: por que a Comissão sobre Tortura de Madras foi formada? Ou mais precisamente, por que um governo colonial estaria interessado em instituir um inquérito sobre a prática de tortura? Como discutido no tópico anterior, incidentes de tortura na Presidência de Madras foram reportados por diversas autoridades governamentais bem no início do século dezenove, mas pouca ou nenhuma ação foi tomada (GUPTA, 1974, p. 308-310). Essa abordagem foi resumida por um crítico da Companhia., que escreveu, “casos de tortura pela polícia são notoriamente frequentes [...] mas como reportá-los não serve a nenhum propósito político, eles são vistos sem alarde pelo governo” (PEERS, 1991, p. 51).

Entretanto, as revelações no Parlamento e a cobertura da imprensa que seguiu em 1854 impulsionou a administração a entrar em ação e a Comissão foi instituída. A carta original da Corte de Diretores da Companhia, pedindo a formação da Comissão, é revelador em sua sinceridade. Admitiu-se que agora alguma ação teria que ser tomada por causa do clamor público “e não em razão dos relatórios anteriores de nossos próprios servidores” (PEERS, 1991, p. 51).

O objetivo da Comissão era permitir que o governo negasse todas as

alegações. Como pudemos ver, ela desempenhou essa tarefa de forma admirável. O tema recorrente em todo o Relatório é a procura desesperada de negar qualquer cumplicidade por parte das autoridades britânicas na prática da tortura. Entretanto, mesmo que o relatório tente racionalizar isso, as próprias descobertas da Comissão apontam claramente alguns indícios de cumplicidade por parte de agentes britânicos. O Relatório discute as 1826 cartas das autoridades da Companhia em Londres para Madras, que cita um juiz federal [originalmente, *circuit judge*] ao dizer, “Eu não vejo onde mais depositar a responsabilidade por estes atos senão na brandura com qual tais aberrações foram encaradas pelos seus superiores imediatos” (PEERS, 1991, p. 49).

Entretanto, ao invés de focar nos oficiais britânicos superiores, o Relatório consistentemente tenta explicar a persistência da tortura pela “propensão inata dos nativos”. Essa “propensão” foi vista como tão profundamente enraizada que mesmo a “intervenção moral” europeia foi apenas parcialmente e gradualmente capaz de desfazê-la. Já Anupama Rao coloca em outro contexto, “a polícia era entendida como uma instituição cultural comprometida pelo fato de ser ‘nativa’, e então fundamentalmente irracional e propensa ao excesso” (RAO, 2001, p. 4127). O relatório é realmente um clássico exemplo do processo que eu me referi como ‘a alienação da tortura’.

Radhika Singha resume acertadamente. “O Comitê para Tortura primeiramente foi endereçado”, ela escreve, “para o público britânico, a fim de assegurar que os nativos não poderiam acreditar que funcionários britânicos toleravam tortura” (SINGHA, 1998, p. 305). A linguagem do Relatório não deixa dúvidas sobre seu destinatário. Seria então pertinente examinar as atitudes britânicas contemporâneas com relação à tortura – tanto em termos gerais, quanto no contexto específico do domínio britânico na Índia.

3.1 Tortura e suas histórias

Na mitologia da história universal sobre tortura, o século dezenove é visto como um período em que a tortura desapareceu na Europa, e graças à influência europeia, declinou mesmo nas colônias⁵. Realmente, de 1750 em diante, os dispositivos que previam a prática da tortura foram gradualmente removidos dos códigos penais da Europa (PEERS, 1991, p. 74). Junto com essas mudanças legais, emergiu uma crescente literatura que passou a condenar a tortura com fundamentos morais. O mais famoso exemplo de texto anti-tortura talvez seja o “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Beccaria. No século dezenove, o regime de tortura havia se tornado, nas palavras de Edward Peters, “o foco de boa parte da crítica Iluminista ao antigo regime” (PEERS, 1991, p. 74). Tortura se tornou um termo pejorativo universal: “a maior ameaça à lei e à razão que o século dezenove poderia imaginar” (PEERS, 1991, p. 75). A abolição da tortura foi o maior marco na linha evolutiva que a Europa estava supostamente percorrendo ao final do século dezoito. O fim da tortura era agora um símbolo poderoso da nova Europa moderna e era usado para diferenciar a Europa atual dos tempos da Idade Média, tornando-se, assim, um elemento importante na forma como a própria Europa passou a se definir a partir do século dezenove.

A nova sensibilidade moral ganhou um papel central na historiografia da abolição da tortura. No trabalho de historiadores europeus e americanos do século dezenove, o processo de criminalização da tortura era explicado apenas por um tipo específico de narrativa progressista. Na verdade, essa história muitas vezes descreve tais mudanças como um ‘movimento de abolição’ paralelo ao movimento de erradicação da escravidão. A estória conta que o sistema de tortura continuou até o século dezoito, quando uma série de autores renomados como Beccaria e Voltaire revelaram suas deficiências e chocaram a consciência europeia, inspirando os grandes monarcas Iluministas a abolirem a tortura (PEERS, 1991, p. 75).

John Langbein (1977), em seu agora clássico trabalho “Torture and the Law of Proof”, dispensou essa versão das coisas – de maneira provocativa – como um “conto de fadas”. Rejeitando a noção de que a influência humanitária foi de fato decisiva para a abolição da tortura no século dezoito, Langbein enfatiza, no entanto, as inovações puramente judiciais na lei das provas, que eram cada vez mais utilizadas desde o início do século dezessete, que gradualmente tornaram a tortura redundante. O Direito Canônico Romano da prova, que requeria ou a confissão ou duas testemunhas oculares para condenação, estava decaindo gradualmente. Com novas formas de sanções criminais, como o galé, o trabalho caseiro e a prática de transporte sendo usadas, juízes puderam exercer maiores discrições do que antes nas sentenças que promulgavam. Portanto, cada vez mais, nos casos em que altos padrões de evidência não eram alcançados, até mesmo evidências circunstanciais poderiam agora ser usadas para condenação, com uma punição menos grave – uma prática análoga à do sistema moderno de negociação para redução de pena (‘plea-bargaining’) (PETERS, 1985, p. 84). A tortura, portanto, não era mais necessária para o processo criminal.

Entretanto, mesmo Langbein reconhece que “os escritores tiveram alguma participação” na ‘criminalização’ da tortura, e que sua abolição “era um evento relacionado com muitos dos temas profundamente relacionados com a história política, administrativa e intelectual do século dezoito” (LANGBEIN, 1977, p. 69). A condenação da tortura teve implicações morais relacionadas fortemente aos pensamentos Iluministas. Mesmo que a sabedoria atual tenha fornecido explicações mais abrangentes e complexas sobre a abolição da tortura do que a singular influência da paixão moral de Beccaria, fato é que a identificação da tortura no final do século dezenove com uma visão de mundo totalmente rejeitada se baseou em argumentos morais e legais. Realmente, desde então, a tortura passou a ser condenada com base em argumentos morais, como símbolo das barbaridades do antigo regime. Essas intervenções remodelaram o próprio significado da tortura – concedendo-lhe o poder de um dispositivo retórico, tornando-se um trunfo argumentativo por excelência.

Darius Rejali, entretanto, critica a própria idéia de abolição da tortura e, por essa razão, contesta a relação entre a transição de tortura para punição com a transição para a modernidade. Ele defende que longe de ser um resquício bárbaro do passado, a tortura integra o estado moderno (REJALI, 1994)⁶. [6] No seu estudo sobre a história da tortura no Irã desde o final do século dezoito, Rejali mostra que a tortura tem sido essencial para e vastamente empregada por sucessivos regimes no país. Utilizando a abordagem de Foucault (FOUCAULT, 1995), ele argumenta que houve um afastamento gradual da tortura cerimonial do século dezenove. Essa

mudança foi considerada um sinal de progresso, especialmente pelos colonialistas (REJALI, 1994, p. 16). A nova forma de tortura que a substituiu era diferente. Foi desenvolvida fora do domínio público, no contexto de operações policiais e prisões disciplinares, componentes inseparáveis da disciplina moderna da sociedade. Os rituais públicos de tortura foram substituídos por rituais secretos. Como Talal Asad (1998, p. 290) explica, “a tortura moderna como parte do policiamento é tipicamente secreta, parcialmente porque infligir dor física em um prisioneiro para extrair informação, ou para qualquer propósito ‘não é civilizado’ e, portanto, ilegal”. Essa nova sensibilidade acerca da dor física resultou no fato de que o estado moderno só pode praticar tortura conjuntamente com uma “retórica de negação”. O relatório da Comissão sobre Tortura é realmente um caso clássico de prática dessa retórica de negação.

3.2 ‘Estado de direito’ e ‘a propensão dos nativos à tortura’

Esse período, quando os debates sobre tortura aconteciam na Europa, também representou, certamente, o apogeu do conflito colonial do subcontinente indiano. Quando os britânicos começaram a dominar a Índia, eles tiveram que inventar uma visão do passado e o futuro da Índia para justificar a si mesmos seu domínio. Thomas Metcalf (1994) argumentou que através do ‘Raj’, as ideias que mais poderosamente formaram as concepções britânicas sobre a Índia e seu povo foram as de ‘diferença’ Indiana. Dentre as ideias mais vastamente aceitas nesse período estava a noção de “Despotismo Oriental”. Esse conceito tornou-se uma maneira popular de imaginar os Asiáticos como pessoas que voluntariamente se submetem ao absolutismo. Pensadores Iluministas como Voltaire e Montesquieu engajariam em polêmicas contra a monarquia francesa comparando-a ao “Despotismo Oriental” (METCALF, 1994, p.7). No livro História do Hinduísmo publicado em 1770, Alexandre Dow escreveu sobre os Imperadores Mughul como déspotas orientais por excelência presidindo estados sem lei (COHN, 1989, p. 137-140). Desta forma, os tempos déspotas na Índia pré-britânica foram diferenciados da lei e ordem que o governo britânico traria.

O modelo que confinou a tortura ao antigo regime na Europa - ao ser confrontado com a prática da ‘tortura’ em sociedades como a Índia - fez uso de uma explicação similar. Nesse modelo progressista, o estado asiático não moderno e ‘primitivo’ simplesmente substituiu os poderes do antigo regime e a suposta natureza primitiva do início da cultura européia. Tortura agora tornou-se algo que poderia existir tanto no passado europeu, quanto no presente ‘Oriental’. Na verdade, como Metcalf coloca

Na Índia, a Europa pôde encontrar, viva nos dias atuais, sua história toda. A Índia foi uma vez terra de vilas ‘republicanas’ Teutônicas, era ‘o velho mundo pagão’ da antiguidade clássica; um conjunto de reinos feudais medievais; nas cidades da costa ‘algo semelhante à nossa própria civilização’ poderia até ser reconhecido; e a Índia era, certamente, também uma terra ‘oriental’ moldada pelo despotismo. (METCALF, 1994, p. 66).

Guiado pelo ‘historicismo’ do século dezanove, as histórias britânicas sobre a Índia ajudaram a construir o diferencial atribuído à Índia. O ‘progresso’ britânico era complementado por essa história do ‘declínio’ indiano – tornando o domínio britânico inevitável e necessário. Defendendo este ponto de vista, John Barrow diz que:

A humanidade era única não porque era igual em todo lugar, mas porque as diferenças representavam diferentes estágios de um mesmo processo. E concordando em chamar o processo de progresso, poderíamos converter a teoria social em moral e política. (BARROW, 1966, p. 98-99)

De acordo com Thomas Metcalf (1994, p. 17), a idéia de ‘melhoria’ e ‘estado de direito’ já eram justificativas fundamentais para o domínio britânico no final do século dezanove. Esses temas foram conhecidamente exauridos no episódio dramático da alta sociedade envolvendo o julgamento do *impeachment* de Warren Hastings de 1787 em diante. Enquanto Hastings argumenta que como um governante ‘Asiático’, a autoridade discricionária era necessária e justificável, seu grande oponente Edmund Burke procurou torná-lo o símbolo da ganância com a qual a Companhia do Leste da Índia estava exercitando seu ‘poder arbitrário’ na Índia (METCALF, 1994, p. 18). De acordo com Sara Suleri, durante o julgamento, Burke e seus companheiros formavam juntos uma “trama da angústia colonial”. Não era apenas um julgamento, mas “a documentação das angústias da opressão, onde ambos o prisioneiro e o acusador compartilham igualmente a culpa colonial” (SULERI, 1992, p. 53).

Realmente, se a retórica de Burke fosse acompanhada de sua conclusão lógica, todo o regramento da Companhia estaria em julgamento, não apenas Hastings. Mas esse não era o objetivo de ninguém naquele momento. Ao invés, o julgamento tornou-se um espetáculo, servindo para renovar a fé no estado de direito britânico. Como Burke disse, “Estou certo de que todos os meios efetivos de preservar a Índia de seus opressores representam uma salvaguarda para preservar a Constituição britânica de sua mais grave deterioração” (METCALF, 1994, p. 19). Debatendo sobre a importância de ‘melhorias’, Burke disse que não há nada “que possa fortalecer a justa autoridade da Grã-Bretanha na Índia, o que nem de perto visa, senão em conjunto e na mesma proporção, mitigar o sofrimento do Povo” (METCALF, 1994, p. 19-20). A semelhança desse caso com a Comissão sobre Tortura – outro exemplo de exorcismo da culpa colonial – é realmente evidente. Para caracterizar as normas britânicas como morais, ‘civilizadas’ e ‘civilizadoras’, a idéia de ‘estado de direito’ era crucial. Sua hegemonia duradoura pode ser medida pelo fato de que em 1950 um eminente grupo de historiadores concluiu que o estado de direito foi o maior benefício recebido pela Índia com a introdução das teorias jurídicas inglesas (LIPSTEIN, 1957, p. 87). Muito antes de 1950, entretanto, Sir. James Fitzjames Stephen, membro jurídico do Conselho do Vice-Rei de 1869 a 1872, discutiu a importância destas idéias:

O estabelecimento de um sistema jurídico que regula as partes mais importantes da vida diária das pessoas constitui uma conquista moral mais admirável, mais durável e muito mais sólida do que a conquista física que o tornou possível. Isso exerce uma influência na

mente das pessoas de várias formas como uma nova religião... Nossa lei é de fato a totalidade e a substância do que nós temos para ensiná-los. É, no modo de falar, um evangelho compulsório que não admite dissenso ou desobediência. (METCALF, 1994, p. 39)

A obsessão pela criação de leis na Índia começou logo ao final do século dezenove, com as tentativas de William Jones em fazer Cornwallis “o Justiniano da Índia” e a si mesmo Triboniano, uma “compilação total das leis Hindus e Muçulmanas” (COHN, 1989, p. 146). Como Jones escreveu para Cornwallis, com tal código o Governo britânico daria aos nativos da Índia “segurança para devida administração da justiça, similar ao que Justiniano fez com as normas gregas e romanas” (COHN, 1989, p. 146). O grandioso sonho de criar leis como uma panacéia continuou com James Mill, que trabalhou para Companhia do Leste da Índia por dezessete anos, até sua morte em 1936. Em sua obra clássica *História das Índias Britânicas*, publicada pela primeira vez em 1818, traçou o estado de retrocesso e desvalorização da sociedade indiana para o despotismo do governo nativo e sugeriu uma solução simples – a codificação das leis ‘boas’ (STROKES, 1959, p. 68-70). Na verdade, Bentham é acusado de ter defendido no fim da sua vida que “Mill será o governante vivo – eu hei de ser o legislador morto da Índia” (STROKES, 1959, p. 68-70).

Colocar a culpa da tortura na “propensão inata dos nativos” pôs a tortura no mesmo patamar da abolição de outras ‘práticas horríveis’ como o *hookswinging*, infanticídio, *sati*, *thuggee* e o sacrifício humano, todas as formas de crueldade que pareciam caracterizar a sociedade Indiana (RAO, 2001). Paradoxalmente, a iniciativa liberal de erradicar essas manifestações de ‘barbarismo’ indiano apenas consolidou ainda mais as concepções sobre a singularidade da sociedade indiana. O exemplo de *hookswinging*⁷ é explicativo. Na análise de Nicholas Dirks no inquérito conduzido pelas autoridades britânicas sobre esse ritual ele cita o oficial britânico presidente ao concluir que

É, na minha opinião, desnecessário ao final do século dezenove e, considerando o nível atingido pela civilização indiana, a considerar os motivos pelos quais os participantes são motivados a fazer parte do hookswinging, a andar pelo fogo e outras barbaridades. Do ponto de vista dos próprios participantes, seus motivos podem ser bons ou maus; eles podem ceder à auto tortura para satisfazerem os fervorosos votos religiosos feitos com sinceridade e pelas razões mais desinteressadas; ou podem entrar nessa com a pior das motivações de enaltecimento pessoal, seja pelas esmolas que receberão ou pela distinção pessoal e glória que podem vir a receber; mas a questão é se a opinião pública nesse país não é contra os atos externos dos participantes, como de fato sendo repugnantes aos ditames da humanidade e capazes de desmoralizá-los e a todos que venham a testemunhar estas performances. (DIRKS, 1997, p. 192-193)

Talal Asad argumenta que, nas tentativas de erradicar tais ‘práticas cruéis’, o que realmente motivou os europeus foi “o desejo de impor o que consideraram ser parâmetros civilizados de justiça e humanidade para a população – p. ex., o desejo de moldar novos sujeitos” (ASAD, 1998, p. 293). Ao equiparar a tortura policial a estes diversos atos de ‘barbaridade’, o uso da violência para extrair confissões foi

nornalizado no ideário britânico e o contexto colonial apagado, com os Europeus surgindo como cavaleiros em armaduras brilhantes, lutando contra tudo e todos para humanizar os Indianos: de alguma maneira, para os salvar de si próprios.

4. O Legado do Relatório

Todo nativo Hindu, eu de fato acredito, é corrupto.

(Lord Cornwallis *apud* LUDDEN, 1993, p.255)

Como vimos na primeira parte, a Comissão recomendou reorganizar a polícia de Madras de maneira a institucionalizar e garantir uma completa supervisão européia da polícia nativa em todos os níveis e procurou minimizar sua discricionariedade. O Relatório concluiu com o aviso de que se nenhuma medida for tomada como as reformas sugeridas, “os oficiais nativos terão aprendido mais uma lição sobre seu próprio poder e sobre impunidade” (MADRAS, 1855, p. 47). Reformas policiais eram apresentadas como a solução para uma maior vigilância e controle da força policial, cuja necessidade surgiu da construção de uma polícia nativa fundamentalmente não confiável por causa de sua inferioridade racial.

Nas palavras do historiador especialista na Polícia Indiana colonialista, Sir Percival Griffith, o Relatório “impulsionou o Governo de Madras a entrar em ação.” Propostas para a reforma policial baseada no Relatório foram apresentadas pela Comissão em Agosto de 1855 (GRIFFITH, 1971, p. 81). Esses foram entretanto encarados com hesitação no início por parte da administração da Companhia em Londres, visto que sua implementação envolvia despesas consideráveis. A Corte de Diretores estimou um custo adicional de um milhão de rúpias para implementar as mudanças recomendadas (GUPTA, 1974, p. 322). Respondendo a essas objeções, o Governador de Madras respondeu que a principal razão para o aumento de despesas era o aumento significativo no número de oficiais europeus. Ele acrescentou que isso era “absolutamente necessário” e que “seria inútil a reorganização da força sem, em primeiro lugar, apontar um oficial europeu para cada distrito” (GUPTA, 1974, p. 325).

Logo a Corte de Diretores mudou de idéia e aceitou o diagnóstico do Relatório, que apontava o raro uso “pelos Oficiais Ingleses responsáveis pela Polícia” de mecanismos de “supervisão e controle efetivos” como a principal causa da falência e ineficiência da polícia (GUPTA, 1974, p. 354) por causa da grande carga de trabalho e do fato dos oficiais nativos não terem sido “adequadamente supervisionados e controlados” (ARNOLD, 1986, p. 22). A Corte concordou com a Comissão ao afirmar que a polícia nativa estava naturalmente pré-disposta à “má conduta e corrupção”, e que isso só poderia acabar com “a mais elevada inteligência e apurada honestidade” de um número suficiente de oficiais europeus (ARNOLD, 1986, p. 22). As sugestões foram incorporadas pelo Ato nro. XXIV de 1859. O modelo Madras foi eventualmente estendido por toda Índia britânica pelo Ato da Polícia Indiana de 1861, que continua a ser o principal estatuto regulador da polícia na Índia até os dias de hoje.⁸ A reforma policial que resultou da Comissão sobre Tortura removeu completamente os indianos das posições de responsabilidade administrativa e simultaneamente fortaleceu a supervisão européia.

4.1 A reforma estrutural da Polícia de Madras

O novo Departamento de Polícia de Madras era para ser estruturado de maneira a assegurar o máximo controle e supervisão pelos oficiais europeus superiores. No afã inicial por reforma, as autoridades de Madras foram atraídas pelo modelo da Polícia Metropolitana de Londres, formada em 1829 (ARNOLD, 1986, p. 25). Mas logo se percebeu, como David Arnold sugere, “que um sistema político planejado pela metrópole imperial não corresponderia às necessidades da província colonial.” O modelo das Polícias Irlandesas começou a ser visto como mais adequado para os propósitos indianos. A Irlanda colonial tinha uma força policial paramilitar centralizada, enquanto a Inglaterra e o País de Gales naquele tempo⁹ tinham um sistema político descentralizado, com forças policiais separadas para quase todos os distritos e grandes cidades (ARNOLD, 1986, p. 25). Esse modelo obviamente não era considerado adequado para a Índia, visto que um estado colonial precisa de uma polícia colonial, responsável apenas por ela mesma.

As Polícias Irlandesas, por outro lado, eram completamente centralizadas com um Inspetor Geral e seu oficial chefe, que respondia diretamente ao Secretário Chefe do governo. A polícia local não era responsável perante a população local, apenas perante o governo. O modelo Irlandês era ainda particularmente popular dentre os oficiais britânicos na Índia porque muitos deles tiveram experiências anteriores na Irlanda, seja porque pertenciam a classes abastadas da Irlanda, seja porque serviram na Irlanda. Sir Hugh Rose, que serviu na Irlanda e agora era Comandante Chefe do Exército Indiano, afirmou em outubro de 1861, “Nenhum sistema policial jamais trabalhou melhor para a supressão da agitação política, ou da desordem agrária que as Polícias Irlandesas” (ARNOLD, 1986, p. 26). Uma vez que esses objetivos dos britânicos eram também aplicáveis à Índia e o contexto colonial similar, o modelo seguido primeiramente para a reconstituição da polícia indiana foi da Irlanda colonial, um precedente que mais tarde, no final da metade do século dezenove, foi seguido por muitas outras colônias (ARNOLD, 1986, p. 27).

O princípio de supervisão articulado pela Comissão sobre Tortura e ratificado pelo Governo de Madras e a Corte de Diretores formou as bases governamentais da estrutura política da Presidência de Madras sob esse novo Ato. De acordo com David Arnold, havia três partes essenciais conectadas nesse novo sistema de supervisão e controle: primeiro, controle sobre o departamento de polícia pela administração civil; segundo, a supervisão dos oficiais indianos subordinados por seus superiores europeus; e terceiro, “uma hierarquia rígida na distribuição dos cargos e funções, estando a superintendência no topo, os inspetores no meio e as policias devidamente na base da hierarquia” (ARNOLD, 1986, p. 29). Todo o sistema estava organizado de maneira a institucionalizar a falta de confiança dos europeus com relação aos indianos, mesmo quando eles estavam apenas servindo o estado colonial. Presumiu-se que a corrupção e a ineficácia dos subordinados indianos só poderiam ser corrigidas por um rígido sistema de supervisão que tinha como topo os superintendentes europeus. A maioria dos policiais, entretanto, continuou sendo formada por indianos por causa da restrição de recursos e a necessidade de conhecimento e língua locais, aos inspetores era permitida alguma

iniciativa própria – o mesmo não era permitido aos meros policiais. Por outro lado, os caros oficiais europeus estavam concentrados nos postos-chaves de supervisão.

David Arnold (1986, p. 29) argumenta que a estrutura da polícia colonial foi idealizada como uma realização institucional do Panóptico, idealizado por Bentham. Realmente, as designações dadas aos oficiais superiores da força policial – Inspetor, Superintendente, Inspetor-Geral – apresenta precisamente suas funções de supervisão. Os oficiais superiores tinham, primeiramente, a função de observar seus subordinados e não de engajar em funções policiais. Seu papel era, portanto, o de “policar a polícia” (ARNOLD, 1986, p. 29).

4.2 A Burocracia Colonial

O caso da polícia talvez seja o exemplo mais extremo, mas a suspeita com que os britânicos viam a burocracia dos subordinados indianos possui um longo histórico, com altos e baixos. David Ludden nota como o desejo de William Jones de organizar uma abrangente “Compilação das leis Hindus e Muçulmanas” em inglês surgiu primeiramente porque ele não confiava nos intérpretes nativos. Similarmente, as reformas agrárias de Thomas Munro em Madras foram inspiradas na idéia de evitar qualquer autoridade intermediária entre a Companhia e o agricultor (LUDDEN, 1993, p. 254-257). A condução imperativa visava controlar a intervenção indiana na administração de maneira mais estrita.

Richard Saumarez Smith tem argumentado que dados estatísticos, pesquisas e registros das operações foram cruciais em proporcionar aos britânicos os meios técnicos para controlar a “administração nativa” da estrutura burocrática (SMITH, 1985, p. 153-176). O funcionamento técnico de toda a parcela subordinada do corpo burocrático foi rigorosamente restringido em meados de 1840. Manuais detalhados foram elaborados, esmiuçando as atribuições. Utilizando como exemplo o *patwari* (contador da vila) em Punjab, Smith discute como foi considerado necessário regular suas atividades e os títulos sob o qual ele compilava informações, desde que se tornou a figura central na nova administração local. Um momento notável desse ‘Manual de Regras’ é o “curso educacional para contadores (*patwaris*) da vila” de quatro partes publicado em Punjab, 1845. As quatro partes compreendiam em uma designação oficial de certos objetos (meses, colheitas, postos do Governo e tipos de documentos oficiais), incluindo o nome de vinte e nove castas diferentes; cálculo, que incluía uma maneira especial de designar quantidades; pesos e medidas, que incluía um método de calcular áreas de dimensões lineares; e um modelo completo de contabilidade para agricultores e moradores da vila. (SMITH, 1985, p. 159).

Enquanto as funções governamentais expandiam, aos indianos cada vez mais eram reservados papéis subordinados e não funções gerenciais, postos locais e não provinciais e funções técnicas e não políticas. Como Smith diz,

No decorrer do período de domínio britânico em Punjab foi mantida uma divisão entre os altos níveis burocráticos, aos cuidados do Serviço Civil Indiano trabalhando em inglês, e os cargos inferiores, reservados a quadros locais e provincianos trabalhando na língua materna. (SMITH, 1985, p. 161)

Essa divisão racial da burocracia é um exemplo do que Partha Chatterjee chamou de “a regra da diferença colonial”, que foi central no desenvolvimento do poder disciplinador no estado colonial. Ele explica essa “regra”:

O estado colonial não era representado apenas pela administração que trouxe as formas exemplares do estado moderno para as colônias; também era uma administração que estava destinada a nunca cumprir com a missão pacificadora do estado moderno porque a premissa do seu poder era a regra da diferença colonial, nominalmente, a preservação da alienação do grupo dominante. (CHATTERJEE, 1993, p. 10).

Como a instituição do estado moderno estava sendo introduzida na colônia no final da metade do século dezenove, os dominadores europeus deixaram clara a diferença racial entre os dominadores e os dominados, seja na elaboração das leis, na burocracia, ou na administração da justiça. Quanto mais ganhava força o processo de racionalização burocrática durante esse período, bem como a lógica do regime moderno de poder, ainda mais a questão de raça continuava a ser colocada, enfatizando o caráter colonial específico do domínio britânico na Índia (CHATTERJEE, 1993, p. 19).

O legado do Relatório da Comissão sobre Tortura é evidenciar que talvez a “regra da diferença colonial” esteja inscrita em termos mais maléficos na estrutura da polícia indiana do que em qualquer outro aparato burocrático na Índia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANISTIA INTERNACIONAL. **Report on Torture**. Londres, 1973.
- ARNOLD, David. **Police Power and Colonial Rule**. Déli: Oxford University Press, 1986.
- ASAD, Talal. On Torture, or Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment. In: KLEINMAN, Arthur; DAS, Veena e LOCK, Margaret (Org.). **Social Suffering**. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 285-308.
- BURROW, J. W. **Evolution and Society: A study in Victorian Social Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- CHATTERJEE, Partha. **The Nation and its Fragments: Colonial and Postcolonial histories**. Princeton: Princeton University Press, 1993.
- . Whose Imagined Community?. In: BALAKRISHNAN, Gopal (Org.). **Mapping the Nation**. Londres: Verso, 1996.
- BAXI, Upendra. **The Crisis of the Indian Legal System**. Déli: Vikas Publishing House, 1982.
- COHN, Bernard S. Law and the Colonial State in India. In: STAR, June; COLLIER, Jane (Org.). **History and power in the study of law**. Cornell: Cornell University Press, 1989, p. 131-152.

- COMMISSIONERS FOR THE INVESTIGATION OF ALLEGED CASES OF TORTURE IN THE MADRAS PRESIDENCY [MADRAS]. **Report of the Commissioners for the Investigation of Alleged Cases of Torture in the Madras Presidency**. Madras: Fort St George Gazette Press, 1855.
- DIRKS, Nicholas. The Policing of Tradition: Colonialism and Anthropology in Southern India. **Comparative Studies in Society and History**, Michigan, v. 39, n. 1, p. 182-212, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Discipline and Punish: The Birth of the Prison**. Nova York: Vintage, 1995.
- GRIFFITH, Percival. **To Guard My People: The History of the Indian Police**. Londres: Benn, 1971.
- GUPTA, Anandswarup. **Crime and police in India (up to 1861)**. Agra: Sahitya Bhawan, 1974.
- LANGBEIN, John. **Torture and the Law of Proof**. Chicago and Londres: University of Chicago Press, 1977.
- LIPSTEIN, K. The Reception of Western law in India. **International Social Science Bulletin**, Oxford, v. 9, p. 87, 1957.
- LUDDEN, David. Orientalist Empericism: Transformations of Colonial Knowledge. In: VEER, Peter; BRECKENRIDGE, Carol (Org.). **Orientalism and the Postcolonial Predicament**. Filadélfia: University of Pennsylvania, 1993, p. 255.
- METCALF, Thomas. **Ideologies of the Raj**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Persian letters**. Londres: Penguin Classics, 1993.
- PEERS, D M. Torture, the Police and the Colonial State in Madras Presidency, 1816-1855. **Criminal Justice History**, v. 12, p. 29-56, 1991.
- PETERS, Edward. **Torture**. Oxford: Basil Blackwell, 1985.
- RAO, Anupama. Problems of Violence, States of Terror. **Economic and Political Weekly**, v. 36, n. 43, p. 4125-4133, 2001. Available at: <http://epw.in/epw/user/loginArticleError.jsp?hid_artid=6051>. Último acesso em: junho 2009.
- REJALI, Darius. **Torture and Modernity: Self, Society, and State in Modern Iran**. Boulder: Westview Press, 1994.
- RUTHVEN, Malise. **Torture: The Grand Conspiracy**. London: Weidenfeld & Nicholson, 1978.
- SINGHA, Radhika. **A Despotism of Law**. Déli: Oxford University Press, 1998.
- SMITH, Richard Saumarez. Rule-by-records and rule-by-reports: complementary aspects of the British Imperial rule of law. **Contributions to Indian Sociology**, Nova Delí, v. 19, n. 1, p. 153-176, 1985.
- STOKES, Eric. **English Utilitarians in India**. Londres: Clarendon Press, 1959.
- SULERI, Sara. **The Rhetoric of English India**. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

NOTAS

1. Os três Comissários eram E.F Elliot, H. Stokes e J.B. Norton. Elliot foi Superintendente da polícia e juiz da cidade de Madras de 1834 a 1853 e Norton foi Defensor Público. (GUPTA, 1974, p. 311).
2. A Comissão expandiu a definição para incluir também a extorsão de dinheiro.
3. Coletor de impostos para o *tehsil*, uma unidade administrativa (cf. SINGHA, 1998, p. xxviii).
4. Seria interessante mencionar aqui um artigo do *Calcutta Review* de 1846, de acordo com o qual 70 por cento de todas as condenações na Índia eram baseadas nas confissões (cf. PEERS, 1991, p. 48).
5. Como um interessante exemplo, veja o Relatório da Anistia Internacional sobre Tortura (1973).
6. É interessante recordar aqui o argumento de Douglas Peers, segundo o qual a crescente intromissão do estado favoreceu o aumento dos casos de tortura policial na Presidência de Madras em meados do século dezenove. Novos crimes de natureza 'moral' foram adicionados aos crimes contra a pessoa e o patrimônio, enquanto certos atos ofensivos aos olhos dos britânicos passaram a ser monitorados pelo Estado e punidos penalmente. Entre estes atos, podem ser citados a mendicância, jogos de azar, venda de livros obscenos, "destruição arbitrária de árvores", desobediência de ordens (com base nas leis britânicas que regem a relação entre mestre-servo), "simular atos de bruxaria", "vender espíritos por grãos", "dirigir ou cavalgar de maneira descontrolada", "promover caridade através da exibição de deformidades corporais" e recusar pagar dote prometido. A ociosidade também deveria ser punida e as atividades de pessoas "desocupadas" deveriam ser monitoradas. Nota-se, portanto, que a vida das pessoas estava sendo disciplinada de forma nunca antes vista na Índia (PEERS, 1991, p. 43).
7. "*Hookswinging* envolve uma cerimônia na qual o celebrante é pendurado em uma trave construída para esse propósito em uma carroça, suspensa por dois ganchos de aço na parte de baixo das costas do celebrante" (ASAD, 1998, p. 306).
8. Um Comitê para Elaboração do Ato Policial foi formado com o intuito de re-examinar as leis policiais na Índia e em 2006 apresentou uma nova proposta de lei. Mesmo que o Parlamento não tivesse ainda aprovado a proposta, em 2006, a Suprema Corte da Índia apresentou uma diretiva com alguns princípios básicos para o policiamento dos governos estaduais. A Corte pediu aos governos estaduais que seguissem esses princípios por completo até que a nova legislação fosse aprovada. Seguindo essas diretrizes, muitos governos começaram a revisar suas leis policiais. Enquanto isso, o Ato Policial de 1861 permaneceu nos códigos jurídicos e ainda se questiona se as reformas recentes representariam uma modificação fundamental nos contornos das relações de poder entre a superintendência, a inspetoria e a polícia, hierarquia essa que compunha o alicerce da polícia colonial. O contínuo uso de termos como "teeth to tail ratio" em documentos oficiais do governo (a relação entre oficiais policiais de diferente escalão, desde aqueles que ocupam o cargo de Sub-Inspetores Assistentes e cargos mais elevados até aqueles policiais que ocupam posições inferiores de subordinação, como, por exemplo, Chefes de Polícia e Oficiais de Polícia) revela a permanência das mesmas idéias coloniais discutidas aqui. Veja, por exemplo, www.mppolice.gov.in/crimeinindia/CHAP17.htm
9. A exceção foi, claro, Londres, onde o Comissário teve que reportar diretamente ao Secretário Nacional.

ABSTRACT

While it is often argued that police torture is institutionalised in India, the only authoritative government-backed study of the practice in the history of modern India is the Madras Torture Commission Report of 1855. In the context of the silence that surrounds present-day police violence in India, the rather curious phenomenon of an investigative Commission, instituted by a colonial state, over a hundred and fifty years ago, is particularly interesting. In this article, I attempt a textual analysis of this Report, and an investigation of its ideological and historical context. I argue that the Report primarily served to discursively “manage” the issue of torture, by erasing the complicity of the colonial state in its practice, and that the reforms it suggested resulted in the institutionalisation of a specifically colonial model in the restructuring of the Indian police, a structure that substantially survives to this day.

KEYWORDS

Torture – Police – Colonialism

RESUMEN

Si bien se suele sostener que la tortura policial está institucionalizada en la India, el único estudio respaldado por el gobierno sobre esta práctica en la historia moderna de la India es el Informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855. En el contexto de silencio que rodea a la violencia policial actual en la India, es particularmente interesante el curioso fenómeno de una Comisión de investigación creada por un Estado colonial hace más de ciento cincuenta años. En este artículo, intento realizar un análisis textual de este Informe y una investigación sobre su contexto ideológico e histórico. Sostengo que el Informe sirvió sobre todo para “manejar” discursivamente la cuestión de la tortura, borrando la complicidad del estado colonial en su práctica, y que las reformas que sugirió resultaron en la institucionalización de un modelo específicamente colonial en la reestructuración de la policía india, una estructura que sobrevive sustancialmente hasta hoy día.

PALABRAS CLAVE

Tortura – Policía – Colonialismo

DANIELA DE VITO

Daniela De Vito é atualmente Assistente Acadêmico no *Crucible Centre* (Educação para Direitos Humanos, Justiça Social e Cidadania), Universidade Roehampton. Anteriormente, deu aulas na área de direitos humanos e trabalhou na Anistia Internacional (Canadá) com foco em refugiados e pessoas que buscam asilo.

Email: d.devito@roehampton.ac.uk.

AISHA GILL

Aisha Gill é professora titular de Criminologia na Universidade Roehampton. Suas principais áreas de pesquisa são saúde e respostas da justiça penal à violência contra mulheres negras e minorias étnicas no Reino Unido. Gill também participou de numerosos grupos de trabalho governamentais sobre os assim chamados “crimes de honra” e casamentos forçados. Publicou alguns trabalhos recentes em que analisa a experiência de vítimas de casamento forçado e violência fundada na “honra” nos sistemas de justiça civil e criminal no Reino Unido e na região do Curdistão, Iraque.

Email: a.gill@roehampton.ac.uk.

DAMIEN SHORT

Damien Short é professor titular de Direitos Humanos no Instituto de Estudos da Commonwealth, Escola de Estudos Avançados, Universidade de Londres. Publicou vários artigos sobre povos indígenas, reconciliação e sobre a construção social dos direitos à terra. Entre seus interesses estão abordagens sociológicas e antropológicas de direitos humanos, direitos dos indígenas, iniciativas de reconciliação e estudos sobre genocídio. Sua monografia intitulada *Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia* (Aldershot: Ashgate) foi publicada em março de 2008. Trabalha atualmente numa nova monografia intitulada *Genocides?* para a Zed Books.

Email: Damien.short@sas.ac.uk.

RESUMO

O presente artigo identifica e analisa algumas das implicações teóricas ao tipificar o estupro como crime internacional de genocídio, bem como sustenta que tal análise seja essencial para a criação de marcos mais claros para tratar da questão do estupro. Genocídio é definido como violação perpetrada contra grupos específicos. Em contrapartida, o estupro é conceitualizado como um crime contra a autonomia sexual de um indivíduo. Sendo assim, a definição do estupro como uma violação à liberdade sexual individual seria incompatível com a definição deste como uma violação contra todo um grupo, à semelhança do genocídio? A principal conclusão a que se chega neste artigo é que, se for possível estabelecer uma concepção abrangente de genocídio – capaz de englobar tanto a esfera individual, quanto coletiva – o estupro (quando tipificado como genocídio) pode ser compreendido como violação cometida tanto contra o indivíduo, quanto contra o grupo. Entretanto, estas duas esferas – individual e coletiva – nunca poderão ocupar o mesmo patamar, uma vez que a proteção de grupos humanos constitui a própria fundamentação da criminalização do genocídio. Ao relacionar o estupro à idéia de genocídio, concebido, situado e tratado como crime contra inúmeros grupos, seu cerne muda. Neste sentido, estupro não poderá mais ser compreendido como simples violação a um indivíduo – antes, torna-se parte de uma concepção desenvolvida para a proteção do grupo.

Original em inglês. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: dezembro de 2008. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS-CHAVE

Estupro – Genocídio – Violação contra grupos específicos – Autonomia sexual do indivíduo.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

A TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO COMO GENOCÍDIO

Daniela De Vito,
Aisha Gill e Damien Short

1. Introdução

O modo como o estupro¹ foi definido e tratado por várias instituições e entidades de direitos humanos e de direito humanitário internacional apresenta inconsistências e, em tempos recentes, conclusões inovadoras. No que diz respeito à inconsistência, quando é mencionado explicitamente no contexto do direito humanitário internacional, o estupro tende a ser associado à “honra” de uma mulher e não concebido como um crime de violência.² Em consequência, enfatiza-se a proteção das mulheres e não a proibição do estupro. Essa ênfase na honra e na proteção obscurece a violência e a criminalidade do estupro no direito internacional.³ Enquanto não houver uma única norma cogente que defina estupro dentro dos instrumentos de direitos humanos regionais e da ONU, não será possível indicar uma definição abrangente de estupro que possa ser utilizada no contexto do direito humanitário internacional. Porém, em 1998, a Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) incluiu em seu julgamento do caso “Procurador contra Jean-Paul Akayesu” uma tentativa de definir estupro no contexto do direito internacional.⁴ Altamente inovadora, considerando que era a primeira vez que um tribunal penal internacional formulava uma definição de estupro, essa definição foi usada como ponto de partida para reflexões subsequentes do Tribunal Penal Internacional sobre como o estupro pode ser classificado. Em contraste com o modo como ele vinha sendo compreendido, especialmente dentro dos parâmetros do direito humanitário internacional, há uma série de crimes internacionais, como a tortura. Os crimes internacionais foram definidos e tratados como crimes de violência e, por sua vez, sua proibição pelo direito internacional é considerada de suma importância.⁵ Ademais, apesar do estupro ser incluído na tipificação de certos

Ver as notas deste texto a partir da página 49.

crimes internacionais, tais como tortura, genocídio, violação de túmulos, definidos pelas Convenções de Genebra (1949), ou crimes contra a humanidade, ele não se sustenta como crime internacional listado nos tratados internacionais.⁶ O estupro é proibido pelo direito internacional, mas não é designado especificamente como um crime internacional.

Desse modo, este artigo identifica e analisa algumas das implicações teóricas do estupro ser tipificado como crime de genocídio internacional e sustenta que essa análise é essencial para criar um marco mais claro para tratar desta questão. O estupro classificado como genocídio é uma ocorrência recente no direito internacional (EBOE-OSUJI, 2007; SHARLACH, 2000). O genocídio é definido como uma violação cometida contra grupos específicos. É de se supor que o estupro definido como uma violação da autonomia sexual de um indivíduo seja compatível com sua subsunção na categoria de uma violação *grupal*, como o genocídio?⁷ Ao tratar dessa questão, levaremos em conta o conceito atual de direitos humanos, com seu foco no indivíduo, e também o fato de que esse conceito deixa espaço, embora limitado e, às vezes, controverso, para reconhecimento do grupo. A principal conclusão a que se chega neste artigo é que, se for possível estabelecer uma concepção abrangente de genocídio – capaz de englobar tanto a esfera individual, quanto coletiva – o estupro (quando tipificado como genocídio) pode ser compreendido como violação cometida tanto contra o indivíduo, quanto contra o grupo. Entretanto, estas duas esferas – individual e coletiva – nunca poderão ocupar o mesmo patamar, uma vez que a proteção de grupos humanos constitui a própria fundamentação da criminalização do genocídio. Quando o estupro é incluído no genocídio, que é concebido, situado e tratado como um crime contra grupos enumerados, sua dinâmica muda. Ele não é mais simplesmente uma violação de um indivíduo: passa a fazer parte de uma noção desenvolvida para proteger o grupo. Portanto, há lugar tanto para a vítima individual do genocídio como para a vítima individual do estupro como genocídio. Porém, como acontece com o conceito atual de direitos humanos, esse espaço é desigual e nem sempre confortável. Mesmo com a jurisprudência inovadora como a do TPIR⁸ e a doutrina sobre a interação entre o indivíduo e o grupo no contexto dos direitos humanos, faz-se necessário avaliar essa relação complexa entre estupro, que afeta o indivíduo, e estupro como genocídio, que é situado dentro da dinâmica de grupo.

2. Teoria Feminista do Estupro

A teoria feminista do estupro desenvolveu-se a partir da posição feminista radical que o considera um ato motivado pela necessidade de dominar os outros e tem pouco ou nada a ver com o desejo sexual. A teoria de que “todo estupro é um exercício de poder” ainda é aceita hoje por muitas estudiosas feministas radicais (BROWNMILLER, 1975, p. 256). Em seu livro *Against our will: men, women and rape*, Brownmiller sustenta que o estupro é um mecanismo de controle historicamente difundido, mas amplamente ignorado, mantido por instituições patriarcais e relações sociais que reforçam a dominação masculina e a subjugação

feminina. Brownmiller examina também a história e as várias funções do estupro na guerra e argumenta que os atos de dominação e subjugação refletem e reproduzem arranjos patriarcais, sociais e de gênero mais amplos. Sua obra seminal forneceu um marco para os estudos socioculturais, sociopsicológicos e psicanalíticos do estupro. Por exemplo, as feministas socioculturais analisaram as conexões entre processos de socialização e formas de violência contra a mulher e concluíram que o estupro é um subproduto da cultura patriarcal e da socialização que predispõem os homens à violência, ao mesmo tempo que os estimulam a ver as mulheres como objetos sexuais (SORENSEN e WHITE, 1992).

O trabalho das feministas radicais deu origem infelizmente ao que Mardorossian (2002, pp. 743-786) chama de “abordagem teórica reversa”, cujas proponentes são as assim chamadas feministas “conservadoras”, que minimizam a severidade do estupro e endossam os argumentos do imperativo biológico. Ao mesmo tempo, Giles e Hyndman (2004, p. 15) criticaram a posição feminista radical que define estupro como um ato executado individualmente, o que negligencia o estupro coletivo e ignora os objetivos sociopolíticos de todas as formas de violência sexual contra as mulheres, inclusive o estupro na guerra. Os pesquisadores só recentemente levaram em conta o papel do poder no que diz respeito ao fenômeno do estupro na guerra e sustentaram que ele: 1) afirma as construções das mulheres como propriedade dos homens; 2) emascula os inimigos masculinos conquistados; 3) é uma forma de laço masculino misógino que fortalece a solidariedade necessária para a batalha; 4) é um componente da socialização militar que preconditiona os soldados a desumanizar o inimigo; 5) é uma arma de guerra estratégica usada para realizar limpeza étnica e genocídio (para esse ponto, ver GREEN, 2004; THOMAS, 2007; COPELON, 1995).

Embora essa abordagem estratégica seja popular entre cientistas sociais, ativistas dos direitos humanos e organizações internacionais que trabalham contra a violência contra mulheres, os argumentos de Brownmiller – e mais recentemente, de Copelon (1995) – continuam a ser importantes na compreensão feminista do estupro na guerra.

3. O Estupro e o Direito Internacional

As pesquisas sobre a história e a teoria do estupro durante os conflitos armados estabeleceram que, apesar da sua presença ao longo dos séculos, as proibições legais efetivas só surgiram recentemente e que os processos judiciais contra o estupro nessas circunstâncias ainda são raros. O conceito de “estupro como crime de guerra” entrou em cena de forma significativa no início da década de 1990, depois da guerra na Bósnia, quando foram relatadas violações dos direitos humanos, inclusive o uso de campos de concentração sérvios, limpeza étnica e o estupro sistemático de mulheres muçulmanas.⁹ A comunidade internacional reagiu exigindo que o Conselho de Segurança criasse um tribunal *ad hoc* para processar crimes de guerra, com o argumento de que as atrocidades incessantes constituíam uma ameaça à paz internacional. O Conselho adotou a Resolução 808/827 que levou à criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, embora não tenha especificado

a jurisdição ou o estatuto penal do tribunal proposto (MEZNARIC, 1994). Essa tarefa foi deixada para o Secretário-Geral da ONU, que pediu a vários governos e organizações internacionais de direitos humanos para que apresentassem propostas de redação de um estatuto, que levaram ao estatuto autorizador de que o estupro pode ser um crime de guerra. Isso abriu uma chance para que autoridades jurídicas moldassem os argumentos essenciais do Direito Internacional proibindo os tipos de estupro que estavam ocorrendo na Bósnia, o que, por sua vez, deu ao tribunal a justificação moral e legal para processar o estupro como crime de guerra. O tribunal também decidiu que o estupro podia ser constituído em crime contra a humanidade se fosse cometido de maneira disseminada ou sistemática, baseado em motivos políticos, sociais ou religiosos e voltado contra uma população civil. E o que é mais importante, esses desdobramentos situaram firmemente o estupro cometido durante um conflito armado no interior das discussões mais amplas sobre as obrigações morais e éticas de responsabilizar indivíduos e nações pelos crimes que cometem contra a humanidade, tornando sua definição como problema social ainda mais urgente (ASKIN, 1997).

Em 1998, a Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) emitiu um julgamento inovador no caso do Procurador contra Jean-Paul Akayesu.¹⁰ Akayesu era uma autoridade local (*bourgemestre*) quando começou o genocídio contra o grupo tutsi em Ruanda. Ele foi condenado por ser o principal instigador dos massacres em sua área e foi a primeira pessoa na história a ser processada e condenada por um tribunal internacional por ajudar e incitar atos de estupro como método de genocídio. Em sua decisão, a Seção de Julgamento argumentou que as mulheres foram estupradas porque eram membros do grupo étnico tutsi. Uma vez que o tribunal considerou que ocorreu genocídio em Ruanda em 1994, o estupro nesse caso constituía genocídio.

4. Aspectos do Genocídio

O aparecimento formal e a definição de genocídio no Direito Internacional começaram com o trabalho de um indivíduo, o advogado polonês Raphael Lemkin. Seus esforços e sua influência, durante e depois da Segunda Guerra Mundial, contribuíram imensamente para o surgimento da Convenção da ONU para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948).¹¹

Essa Convenção define genocídio da seguinte forma:

Artigo II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- (a) assassinato de membros do grupo;
- (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- (c) sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar sua destruição física total ou parcial;
- (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) transferência à força de crianças do grupo para outro grupo.

Várias áreas do Direito Internacional e até tradições teóricas gerais influenciaram a deliberação e a criação de uma definição do crime de genocídio. Lemkin centrou-se na vida do grupo e, em particular, em grupos nacionais.

De acordo com Lemkin (1947, p. 146), o genocídio poderia ser entendido como “[...] a intenção criminosa de destruir ou prejudicar gravemente um grupo humano. Os atos são direcionados contra grupos, enquanto tais, e os indivíduos são selecionados para destruição somente porque pertencem a esses grupos”. Ele deixa claro que o genocídio envolve tanto grupos quanto indivíduos (porque grupos não podem existir sem membros individuais). Porém, os indivíduos são visados por pertencer a um determinado grupo. As implicações disso para o estupro classificado como genocídio serão examinadas mais adiante.

Em 1946, a recém-criada Assembléia Geral da ONU aprovou uma resolução (96-I) que estabelecia que “o genocídio é uma negação do direito de existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a negação do direito de viver de seres humanos individuais [...]”.

Naquele momento, e no interior da ONU, entrelaçaram-se influências de três áreas do Direito para produzir o conceito de genocídio: Direito Penal Internacional (para a responsabilidade criminal individual), Direito dos Direitos Humanos e Direito Humanitário (SCHABAS, 2000, p. 5). Do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge uma conexão crucial. O direito à vida, definido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966), é um direito humano concedido aos indivíduos. O direito à vida não é um direito absoluto, uma vez que, sob determinadas circunstâncias, como a guerra, ele pode ser suspenso. Além disso, a pena de morte não é tecnicamente proibida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; porém, sua abolição completa é estimulada por organizações de direitos humanos. Em contraste com isso, embora o direito à vida esteja impresso na Convenção sobre Genocídio (1948), é o direito à vida de *grupos* humanos que é, de fato, protegido. Em particular, é o direito desses grupos humanos de existir (o direito à existência) que deveria ser protegido (SCHABAS, 2000, p. 6). Ademais, a proibição do genocídio é crucial, pois não é um crime “dirigido contra o indivíduo, mas contra toda a comunidade internacional”. Porém, o genocídio também foi descrito por William A. Schabas (2000, p. 14) como “um crime violento contra a pessoa”. É essa interação entre duas facetas – violação contra o grupo e violação contra o indivíduo – que torna o genocídio e o estupro como genocídio conceitos tão complexos.

Em termos simples, “grupos consistem de indivíduos” (SCHABAS, 2000, p. 106). O termo “grupo” ou “grupos” é usado em vários instrumentos da ONU. Por exemplo, a DUDH menciona a família como “núcleo natural e fundamental da sociedade” e que a educação “promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos” (GHANDI, 2000, pp. 21-25). No Artigo 30, a Declaração fala de “qualquer Estado, grupo ou pessoa”, o que significa que um grupo consiste de mais de um indivíduo (SCHABAS, 2000, p. 106). Outros instrumentos, como o PIDCP e a Convenção Internacional para a

Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR, 1966), dizem que os “povos” têm o direito à autodeterminação e de “grupos raciais ou étnicos” respectivamente (GHANDI, 2000, pp. 56-64). Na CIERD, o Artigo 14 trata do direito de petição para indivíduos ou grupos de indivíduos que sofreram discriminação racial.

Uma definição mais formal, dentro do marco do Direito Internacional, foi proposta por Lerner (2003, p. 84). Fundamentalmente, o que emerge dessa proposta é que os grupos (que consistem de indivíduos) que são protegidos pelo Direito Internacional possuem um fator unificador permanente, como raça ou etnia. Pode ser mais difícil incluir os grupos religiosos dentro do conceito de “grupo” de Lerner porque é possível argumentar que as crenças religiosas podem mudar. A Convenção sobre Genocídio (1948), incluindo a referência a grupos religiosos, foi formulada com a ideia de centrar-se na “permanência” de grupos, excluindo desse modo outros grupos.¹² Porém, a formulação de Lerner permite alguma flexibilidade de interpretação, uma vez que ele inclui as palavras “fatores permanentes que estão, via de regra, fora do controle de membros”.

Ademais, e de forma crucial para esta discussão, mas especificamente com referência aos direitos das minorias, “o direito se estende a ‘pessoas pertencentes a essas minorias’, e não à minoria enquanto grupo” (BOWRING, 1999, pp. 3-4). De acordo com essa definição, é o indivíduo que é o detentor de direitos, mas somente na medida em que é membro de uma minoria. Para aprofundar, essa compreensão de indivíduos com direitos e como talvez integrantes de um grupo minoritário podem estar relacionadas com o genocídio da seguinte forma. Os grupos definidos na Convenção sobre Genocídio (1948), nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, não constituem necessariamente minorias. Esses grupos podem estar em minoria ou podem constituir a maioria num Estado, ou podem carecer de poder no interior do Estado. Não há dispositivos que tratem especificamente de minorias na Convenção. O genocídio é um crime internacional que cobre ações contra grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Os indivíduos são as vítimas específicas do genocídio em virtude de pertencerem ao grupo em questão. A pertinência disso para a classificação do estupro dentro do genocídio é clara. Isso pode contradizer a visão da ONU em relação a esse crime. Especificamente, em sua Resolução 1946, foi feita uma distinção entre o direito à vida de grupos humanos e de indivíduos. Por sua vez, o trabalho de Kuper (1981, p. 53) para compreender o que constitui genocídio é característico da literatura mais recente que enfatiza o grupo. Kuper argumenta que o genocídio “é um crime contra uma ‘coletividade’, ele implica um grupo identificável como vítima”. Porém, como sustentaremos adiante, qualquer definição de genocídio deve deixar em aberto a possibilidade de examinar não somente o que acontece ao grupo como um todo, mas também aos indivíduos vítimas de genocídio dentro do grupo. Essa conclusão geral pode ou não parecer seguir o julgamento de Jean-Paul Akayesu pelo TPIR. No caso de Akayesu,¹³ entendeu-se que genocídio envolvia um ato (tirado da lista dos cinco que foram enumerados na Convenção de 1948) cometido “com a intenção específica de destruir, no todo ou em parte, um grupo específico visado como tal”.

5. Estupro e Genocídio: Algumas Implicações Teóricas

O estupro é uma das armas mais destrutivas de um conflito armado. Em parte, isso se deve a sua capacidade de desmoralizar um grupo conquistado. O estupro, ou a ameaça de estupro, pode levar ao deslocamento da população, fazer com que as pessoas fujam de seus países para evitar a violência sexual que a invasão militar pode trazer. O estupro também gera vergonha e trauma, o que pode impedir casamentos, provocar divórcios, dividir famílias, obrigar mulheres a abandonar ou matar crianças que são fruto de violação (LENTIN, 1997) e destruir os próprios alicerces sobre os quais a cultura humana se baseia e se mantém. Tampouco esses crimes se restringem a ofensas sexuais: entre outras formas de violência está o feticídio, se a vítima estiver grávida, que também pode resultar em morte. Askin resume: “enquanto os civis do sexo masculino são mortos, as mulheres são estupradas e depois mortas. No interrogatório sob tortura, os homens são selvagememente espancados. As mulheres são selvagememente espancadas e estupradas” (ASKIN, 1997, p. 13).

O estupro durante a guerra serve também como uma forma de controle social que pode suprimir os esforços para mobilizar a resistência de um grupo conquistado. Em casos assim, ele é cometido muitas vezes diante de parentes e membros da família; as vítimas são violadas, mortas e expostas ao público como lembrete para que os outros se submetam a obedeçam às ordens do invasor. É evidente que as mulheres são visadas na guerra em virtude de seu gênero, porque fazem parte de um determinado grupo étnico ou racial ou porque são percebidas pelo inimigo como conspiradoras políticas ou combatentes. Nesse contexto, está claro que o estupro na guerra funciona como um veículo para ódios arraigados: racismo, preconceito de classe e xenofobia se expressam em relação ao grupo inimigo e são atualizados mediante a violação em massa de suas mulheres.¹⁴ Como Grayzel (1999, p. 245) observa com perspicácia, na guerra, o corpo feminino torna-se o campo de batalha simbólico no qual diferenças culturais e geopolíticas antiquíssimas são exteriorizadas e onde novas formas de ódio são implantadas e alimentam o desejo de vingança no futuro. As consequências psicológicas, sociais, culturais, éticas e médicas do estupro na guerra são devastadoras. Não obstante, sua prática continua sem qualquer forma séria de reparação pelo Direito Humanitário Internacional (ASKIN e KOENIG, 1999).

Foi somente depois das violações devastadoras cometidas na antiga Iugoslávia que se fizeram conexões efetivas entre genocídio, estupro e limpeza étnica. Brownmiller (1975, p. 49) observa, no entanto, que durante a Segunda Guerra Mundial, alemães e japoneses cometeram estupros para obter a “humilhação e destruição total de povos inferiores e o estabelecimento de sua raça superior”. Os nazistas empregaram também formas adicionais de violência sexual e de gênero, como a esterilização médica, o feticídio, o feminicídio, com a intenção de destruir os assim chamados “grupos inferiores” mediante o controle ou a manipulação da capacidade reprodutiva da mulher. Sem dúvida, tendo em vista essa intenção de destruir o poder social de um grupo, o termo derivado “feminicídio” define-se, em última análise, como a *dimensão de gênero do genocídio* (SHAW, 2006, p. 69). Porém, o estupro como crime, ou como violação de direitos humanos, é conceituado

como um ato cometido contra o *indivíduo*.¹⁵ Em contraste, o genocídio, conforme a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948), inclui uma série de atos “cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (GHANDI, 2000, P. 19). Em outras palavras, o genocídio é, em última análise, uma negação do direito à vida de certos *grupos* humanos.

O foco crítico do genocídio, entendido como um crime internacional, é a proteção de grupos humanos inteiros. Chamado com frequência de o mais grave dos crimes internacionais, o genocídio é influenciado pelo “direito de viver” dos indivíduos. Porém, a preocupação é com o “direito à existência” de grupos humanos e não de indivíduos. Essa formulação do genocídio *parece* contrastar com o conceito corrente de direitos humanos com sua ênfase no indivíduo. A Convenção de 1948 lista os seguintes grupos que poderiam ser alvo de genocídio: nacionais, étnicos, raciais e religiosos. Apesar desse mecanismo embutido para a proteção de certos grupos humanos em relação ao genocídio, surge uma interessante interação. Ou seja, o genocídio é definitivamente uma violação contra o grupo como um todo. No entanto, os atos de genocídio são, por sua vez, cometidos contra indivíduos pertencentes a esses grupos. São membros deles que são mortos, feridos, estuprados etc. São essas histórias individuais, junto com o que aconteceu ao grupo como um todo, que são contadas, por exemplo, diante de tribunais penais internacionais. Essa interação entre espaço para grupos e espaço para o indivíduo no genocídio é o que será ressaltado e avaliado nos casos da vida real nos tribunais internacionais. Em contraste, e tal como foi desenvolvido a partir do período iluminista com o advento dos direitos naturais e o estabelecimento no pós-guerra dos direitos humanos, certas características desses tipos de “direitos” continuam a afetar o modo como eles são concebidos e, até certo ponto, implementados. Um traço crucial no modo como o atual conceito de direitos humanos surgiu diz respeito à ênfase posta nos direitos e na importância do indivíduo. O conceito atual de direitos humanos reflete uma relação em andamento e, na realidade, imperfeita: como o Estado trata os indivíduos dentro e, às vezes, fora de suas fronteiras. Um aspecto que influenciou essa ascensão no status do indivíduo foi a teoria política do liberalismo.

O papel crescente do indivíduo e o desenvolvimento dos direitos ligados ao indivíduo, junto com um exame do papel que ele deveria ter dentro do Estado (ou na esfera pública) e até em assuntos privados como na família, foram questões abordadas por uma miríade de pensadores formal ou informalmente associados ao liberalismo. Das obras de Thomas Hobbes e John Locke sobre certos e limitados direitos naturais para o indivíduo aos atuais instrumentos de direitos humanos regionais, nacionais e da ONU, os ecos das influências liberais são evidentes. A DUDH (1948) enfatiza o indivíduo e seus direitos. Os artigos que se referem ao direito de todos à vida, a não ser submetido à escravidão, ao voto etc. são formulados conforme as necessidades e a importância do indivíduo, independentemente – na teoria, é claro – da posição ou do papel do indivíduo no Estado. Porém, tal como acontece na teoria política liberal, o conceito atual de direitos humanos deixa um espaço limitado para “o grupo”. Vários instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecem o direito dos povos à autodeterminação. Não são os indivíduos

dentro de um grupo de “povos” que têm esse direito, mas os povos como um todo. Embora os mecanismos desse direito ainda estejam em processo de desenvolvimento pelo Direito Internacional e sua aplicação tenha sido até agora limitada a situações em que os povos viviam em condições de colonialismo, esse direito demonstra alguma acomodação para o grupo dentro do conceito atual de direitos humanos. Além disso, o Artigo 16 da DUDH (1948) diz respeito à família.

Os direitos das minorias, que serão discutidos em seguida, atravessam o cisma entre direitos do grupo como um todo e com muito mais frequência (especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos) os direitos dos indivíduos no interior do grupo. Essa tensão, encontrada no liberalismo e no conceito atual de direitos humanos, de determinar se a ênfase deve recair somente no direito dos indivíduos ou se o conceito de direitos humanos também tem espaço para o grupo formará a base para compreender as implicações de quando o estupro é considerado em si mesmo (uma violação contra o indivíduo) e quando é tipificado como genocídio (uma violação contra o grupo). Este artigo propõe que a acomodação é de fato possível, embora limitada e imperfeita, para que o estupro seja considerado tanto um crime contra o indivíduo, quanto contra o grupo.

Uma maneira de abordar a questão colocada na introdução é considerar que em algumas situações é mais benéfico incluir o estupro no crime internacional de genocídio. Com frequência, o genocídio é classificado como a mais hedionda de todas as violações dos direitos humanos.¹⁶ Sua longa história (anterior à década de 1940 e em eventos mais recentes como em Ruanda),¹⁷ seu impacto devastador sobre grupos e sociedades contribuem para essa conclusão. Poder-se-ia argumentar que o resultado de incluir o estupro na categoria de genocídio é elevá-lo acima de outros crimes internacionais e violações de direitos humanos. Essa abordagem talvez seja útil para contrabalançar a posição problemática que o estupro ocupa, no sentido de que não está previsto por boa parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, como observamos acima, é distorcido dentro do Direito Humanitário Internacional. Além disso, algumas mulheres que foram estupradas durante eventos genocidas podem considerar que uma associação entre estupro e genocídio tem maiores consequências do que enfocar somente o estupro como violação da autonomia sexual de uma pessoa. Talvez a necessidade de assegurar um registro dessa associação, por exemplo, de que as mulheres tutsi foram estupradas porque faziam parte do grupo étnico tutsi, seja mais importante do que tratar as violações como atos cometidos apenas contra indivíduos. A mudança da definição de crime sexual para genocídio ajuda a reparar os laços sociais que o estupro, especialmente o estupro público, destrói. Essa definição aproxima de volta os homens e membros da família que são forçados a testemunhar o estupro às mulheres, uma vez que são todos vítimas. Também retira o estigma da honra perdida que está ligado ao estupro em muitas culturas. Por fim, o “estupro genocida” ajuda a remover a vergonha das vítimas e concentra a responsabilidade apenas nos perpetradores. Um motivo pelo qual a vítima individual de estupro e de estupro como genocídio precisa de voz quando se determinar se o estupro deve ou não ser associado ao genocídio, em vez de somente a uma violação contra a autonomia sexual, está relacionado com o dano causado pelo estupro e, especificamente, o estupro cometido *em público*. Para

tomar emprestado um termo usado em um artigo sobre o genocídio em Ruanda de Llezlie L. Green, os estupros que acontecem em público resultam num “dano duplo”.¹⁸ Como diz Christine Chinkin (1994, p. 1-17): “Em outras palavras, o estupro em público não causa dano somente à vítima individual, mas também à família ou à comunidade mais ampla que é testemunha”.

Para a vítima individual de estupro em público, os seguintes danos podem ser *amplificados*: vergonha, exclusão social, dano físico e psicológico.¹⁹ Desse modo, a pessoa que é estuprada em público sofre danos ligados ao(s) estupro(s).²⁰ Elas também são prejudicadas no sentido de que o aspecto público dos estupros pode exacerbar as expectativas colocadas sobre as mulheres nas respectivas sociedades e alterar negativamente o modo como a vítima/sobrevivente individual é percebida. Como explica uma sobrevivente de estupro em Ruanda: “depois do estupro, você não tem mais valor na comunidade”.²¹

Em contraste, alguns criticaram a ênfase na importância de classificar o estupro como crime de genocídio com o argumento de que isso pode diminuir a importância de outros tipos de estupro. Como diz Copelon (1995, p. 67): “ao tratar o estupro genocida de modo diferente, estamos, na verdade, dizendo que todas essas terríveis violações de mulheres podem ir adiante sem sanção comparável”. Claire McGlyn (2008, p. 79) sustenta que o uso de termos como “estupro genocida” afasta o foco das vítimas e enfatiza “a posição ou a motivação do perpetrador”. Embora essa advertência seja importante, dependendo das circunstâncias, é crucial que o estupro seja considerado genocídio em atenção às vítimas e/ou para refletir com mais precisão o contexto de um determinado genocídio. Em outras palavras, reconhecer que um genocídio aconteceu e que o estupro foi usado como um “método” para perpetrá-lo é importante não somente no contexto do Direito Internacional, mas também em termos de apresentar uma compreensão mais completa de determinados eventos. A ligação entre estupro e genocídio nem sempre pode ocorrer, mas pode ser necessária quando relevante.

É essencial examinar a dicotomia entre direitos humanos individuais e a sugestão de direitos de grupo. Se o estupro enquanto genocídio é conceituado como uma violação contra uma pessoa que faz parte de um grupo, e não como uma violação exclusivamente cometida contra o grupo como um todo e sem considerar o indivíduo, então as implicações para formular esse crime dentro do entendimento aceito do conceito atual de direitos humanos precisa ser avaliada. Isso exige uma breve visão geral do conceito atual de direitos humanos, com sua ênfase no indivíduo e seu reconhecimento do “grupo”, e uma introdução ao debate sobre se os direitos humanos são aplicáveis a grupos como um todo, em vez de somente aos membros individuais de um grupo. Assim, na seção seguinte, trataremos dos direitos de minorias e grupos para obter uma compreensão mais clara dos desafios que ainda existem no interior do conceito atual de direitos humanos no que diz respeito ao indivíduo e ao grupo. O objetivo será entender como o indivíduo em si e o indivíduo como parte de um grupo são atualmente conceituados e tratados no contexto do Direito Internacional, e determinar se a compatibilidade entre o indivíduo e o grupo existe em violações diferentemente construídas, como estupro e estupro caracterizado como genocídio.²²

6. O Conceito Atual de Direitos Humanos e a Proposta de Direitos de Grupo

Foi somente depois da ascensão do nazismo e da Segunda Guerra Mundial que surgiu o conceito atual de direitos humanos. Antes disso, nos séculos XVII e XVIII, foi proposta a noção de direitos naturais na Europa ocidental. Pensadores como Thomas Hobbes (MACPHERSON, 1982) e John Locke (LASLETT, 1967) escreveram sobre direitos naturais limitados para os indivíduos, tais como o direito de autopreservação e o direito à vida, à liberdade e à propriedade. A ideia de direitos foi depois invocada por movimentos de abolição da escravidão, de apoio a sindicatos e de defesa dos direitos das minorias. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a então criada Organização das Nações Unidas começou a articular a ideia de direitos humanos. Esse processo pode ser encontrado *inter alia* na Carta da ONU e na DUDH. O conceito atual de direitos humanos trata dos direitos e liberdades do indivíduo. Como diz Donnelly (1996, p. 12), teoricamente, os direitos humanos existem fora do Estado moderno porque não são conferidos aos seres humanos pelo Estado. Os indivíduos, pelo mero fato de que são seres humanos, já existem com certos direitos. Trata-se de um processo separado que consolida esses direitos na lei. Contudo, o indivíduo pode, em graus variados, ter também um lugar, um papel e deveres, e receber benefícios dentro de sua comunidade. Com efeito, o indivíduo tem um papel em estruturas sociais e políticas maiores, como a comunidade ou o Estado. O conceito atual de direitos humanos reconhece o “grupo” em determinadas circunstâncias. O Artigo 16 (1) da DUDH menciona a “família” e no Preâmbulo do PIDCP é dito que os “povos” têm direito à autodeterminação (FREEMAN, 2002, p. 75).

O Direito Internacional²³ e a teoria liberal em geral encontram dificuldades para aceitar que os direitos humanos possam ser aplicados a grupos. A teoria liberal centrou-se tradicionalmente na relação entre o *indivíduo* e o Estado. De Hobbes e Locke a Rawls (1999), os teóricos liberais preocuparam-se em examinar a relação indivíduo-Estado e seus problemas inerentes. É possível dizer que as premissas mais cruciais do pensamento liberal são, em primeiro lugar, que o *indivíduo* é considerado o agente moral mais fundamental e, em segundo, que todos os indivíduos são moralmente *iguais*. Os direitos individuais e o governo da maioria são a base dos Estados-nações democráticos liberais. Contudo, o governo da maioria implica a existência de *minorias subordinadas*, que a teoria democrática liberal considera conjuntos de “indivíduos vencidos pelo voto” (FREEMAN, 1995, p. 25). A *legitimação* de sua situação baseia-se na garantia de seus direitos individuais, que lhes propiciam a oportunidade de se tornar eventualmente membro da maioria. Aparentemente, esse sistema de governo da maioria não conduz obviamente a um problema de minoria. Porém, é possível argumentar que a criação dos Estados-nações modernos foi alcançada em parte com o domínio e a tentativa de assimilação²⁴ de comunidades nativas ou minoritárias que resultou na formação de minorias *permanentes* cujos interesses são *persistentemente* negligenciados ou “desreconhecidos” pela maioria (TAYLOR, 1995, p. 225). O aparato de Estado e a maioria dominante podem ser, com efeito, um permanente bloqueio ao reconhecimento de certos interesses minoritários.

Não obstante, seria errado afirmar que a democracia liberal favoreceu as preocupações individuais em detrimento das questões coletivas, pois ela apenas atribuiu ao indivíduo uma posição normativa distinta dentro da coletividade que é o Estado-nação. A irregularidade explícita na teoria liberal são os coletivos que são persistentemente não-representados, ou, como diz Taylor (1995), “desreconhecidos” por seus Estados liberal-democráticos. Quanto a isso, parece haver agora um amplo acordo entre os teóricos liberais de direitos de que o indivíduo provavelmente sofrerá se sua cultura ou grupo étnico for abandonado, menosprezado, discriminado ou desreconhecido pela sociedade mais ampla. Como observa Taylor (1995), o reconhecimento social é fundamental para a identidade e o bem estar de um indivíduo e o desreconhecimento pode causar danos graves a ambos.

A defesa do reconhecimento e da proteção de uma minoria via direitos coletivos ou assim chamados direitos “de grupo” deriva do fracasso da doutrina liberal predominante ao tratar do problema dos indivíduos persistentemente em desvantagem enquanto membros de um *coletivo*. No tratamento das fontes dominantes de discriminação como gênero ou grupo étnico, o individualismo liberal é deficiente. Kymlicka (1997) sustenta que para que sejam eficazes, as políticas contra a discriminação requerem a avaliação de que os indivíduos são frequentemente discriminados pela sociedade mais ampla não somente enquanto indivíduos, mas como membros de um grupo cultural. Além disso, o bem estar de seus membros pode exigir que sua cultura seja protegida até certo ponto da sociedade mais ampla, pois esta pode ser hostil aos valores e práticas tradicionais de suas comunidades.

Porém, Donnelly (1996, pp. 149-150) insiste que, embora possa haver bons argumentos em defesa dos direitos coletivos, eles não devem ser considerados direitos humanos coletivos. A objeção de Donnelly à noção de direitos humanos coletivos está enraizada numa concepção individualista de direitos humanos, que ele sugere que foram desenvolvidos somente para proteger os indivíduos. Para esse ponto de vista, a dimensão coletiva é que existem alguns direitos humanos individuais que podem ser exercidos coletivamente. Essa posição reflete a abordagem dominante no Direito Internacional (CASALS, 2006, p. 44; INGRAM, 2000, p. 242). Por exemplo, o Artigo 27 do PIDCP define o direito dos indivíduos como parte de grupos minoritários: “Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias...”.

Esse artigo, no entanto, não estabelece direitos para o grupo minoritário como um todo (BOWRING, 1999, p. 14). Mesmo numa iniciativa mais recente da ONU, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), a ênfase recai sobre “pessoas” pertencentes a tais grupos (GHANDI, 2000, pp. 132-34). Em outras palavras, tal como são definidos atualmente, “os direitos das minorias são direitos individuais” (BOWRING, 1999, p. 14). Porém, Bowring (1999, p. 16) sustenta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve avançar em relação a essa interpretação estreita, bem como deveria reconhecer os direitos de grupos e minorias enquanto tais. Com efeito, como sugerem Lyons e Mayall (2003,

p. 6), “a questão é se o regime existente pode se expandir para incluir direitos de grupos, ou se é preciso acrescentar um novo conjunto de obrigações”. Uma maneira é desenvolver os direitos de grupos como um ramo dos direitos humanos. Outra possibilidade é manter os direitos humanos com seu foco no indivíduo como portador de direitos (CASALS, 2006, p. 37), mas criar ao seu lado uma categoria nova de direitos grupais que estejam à parte, mas sejam influenciados pelo atual regime de direitos humanos.²⁵ A chave para o desenvolvimento dessas questões talvez seja o reconhecimento de que há uma justificativa individualista para os direitos grupais. Com efeito, como observam Kymlicka e Taylor, é provável que um indivíduo sofra se sua cultura é persistentemente prejudicada ou desconhecida. A contribuição fundamental que a tese de Kymlicka pode oferecer para a compreensão das implicações do genocídio e do estupro como genocídio é a conexão entre os direitos individuais e grupais, um tema que é insinuado na legislação internacional sobre genocídio. Kymlicka (1997, p. 34) admite que “direitos de grupo diferenciados” podem parecer ir contra os esforços para enfatizar o indivíduo, na medida em que sua teoria está voltada para o grupo. Contudo, ele argumenta que direitos individuais e direitos de grupo diferenciados podem ser compatíveis.²⁶

Ao tratar dos elementos individuais e grupais das questões, Kymlicka (1997, p. 47) observa:

Assim como certos direitos individuais fluem do interesse de cada indivíduo na liberdade pessoal, certos direitos comunitários fluem do interesse de cada comunidade na autopreservação. Esses direitos comunitários devem então ser comparados com os direitos dos indivíduos que compõem a comunidade.

Desse modo, de acordo com Kymlicka (1997), a preservação do grupo que é considerada crucial pode funcionar junto com os direitos e necessidades dos membros individuais da comunidade ou do grupo. Pode haver conflito, por exemplo, se os grupos impuserem restrições aos seus membros, mas Kymlicka (1997, p. 35) diferencia entre proteções *internas* (“reivindicações de um grupo em relação a seus próprios membros”) e *externas* (reivindicações de um grupo em relação à sociedade mais ampla), ambas as quais têm limitações, dentro dos direitos humanos ou ao balancear oportunidades entre grupos. A teoria de Kymlicka sobre direitos das minorias ajuda a esclarecer o crime de genocídio, que tem por objetivo destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Por sua vez, são membros individuais dos grupos que são vítimas da ação danosa. Os dois componentes da concepção de Kymlicka, o grupo e o indivíduo dentro do grupo, podem coexistir nessa formulação. Isso não exclui o conceito atual de direitos humanos com sua ênfase no indivíduo e seus direitos humanos. Essa parte da abordagem de Kymlicka, ao contrário dos temores de Donnelly, não subsume completamente a categoria de direitos grupais nos direitos humanos, negando assim um lugar para o indivíduo. Antes, uma área de acomodação é criada na qual tanto o grupo como o indivíduo dentro do grupo estão protegidos, reconhecidos e podem desempenhar um papel ativo.

7. O Estupro Tipificado como Genocídio

Incorporando certos elementos do trabalho de Kymlicka, podemos unir a noção de estupro como crime contra a pessoa e a noção de genocídio como crime contra o grupo.

No Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia,²⁷ a Seção de Julgamento determinou que estupro podia ser entendido como “uma violação grave da autonomia sexual”. Em seu sumário de várias jurisdições dos direitos civil e consuetudinário em relação às definições de estupro, o Tribunal concluiu que o princípio mais importante que liga esses sistemas “é que as violações graves da autonomia sexual devem ser penalizadas”. Por sua vez, “a autonomia sexual é violada sempre que a pessoa submetida ao ato não concordou livremente com ele ou não é uma participante voluntária” (KUNARAC et. al. 2001, p. 441; MACKINNON, 2006, p. 950). Tal como no caso do crime internacional de tortura, essa conclusão enfatiza que o estupro deve ser conceituado como crime cometido contra o indivíduo. Nessa qualidade, o estupro é um ato perpetrado contra o indivíduo e viola especificamente os componentes sexuais da pessoa.²⁸ Como Mackinnon (2006) observa no contexto das definições de estupro, “Esse crime [estupro] ocorre basicamente no espaço psíquico da pessoa”.

Schulhofer (1998, p 111) apresentou uma definição de autonomia sexual que consiste de três componentes:

Os dois primeiros são mentais – uma capacidade interna de fazer escolhas razoavelmente maduras e racionais, e uma liberdade externa de pressões e restrições não permitidas. A terceira dimensão é igualmente importante. O conceito central da pessoa [...] a integridade corporal do indivíduo.

Embora essa definição de autonomia sexual inclua aspectos mentais e físicos, a menção a fazer escolhas é problemática. Uma ligação semelhante pode ser feita com teorias dos direitos humanos, segundo as quais, para que tenham direitos humanos, os indivíduos devem ter a capacidade de reivindicá-los.²⁹ Em seu exame da autonomia sexual, Schulhofen (1998, p. 104) acrescenta que a determinação de se a violação da autonomia sexual constitui ou não estupro pode ser ligada a fatores culturais ou condições sociais.

Em contraste, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda em seu julgamento crucial (Procurador vs Jean-Paul Akayesu 1998) define estupro sob certas condições como genocídio pela primeira vez no Direito Internacional. De acordo com a Seção de Julgamento, as mulheres estupradas durante o genocídio de 1994 foram escolhidas para a violação porque eram membros do grupo étnico tutsi. Os estupros foram, portanto, considerados genocídio nesse contexto, pois, nas palavras do Tribunal, “a Seção está convencida de que os atos de estupro e violência sexual descritos acima foram cometidos somente contra mulheres tutsi [...] e contribuíram especificamente para a destruição delas e a destruição do grupo tutsi como um todo”.³⁰ O Tribunal acrescentou: “esses estupros resultaram em destruição física e psicológica das mulheres tutsi, de suas famílias e de suas comunidades”.³¹

Uma maneira pela qual os estupros contribuíram para a destruição do grupo tutsi foi que muitas das meninas e mulheres estupradas foram mortas depois, ou

morreram em consequência dos ferimentos (BANKS, 2005, pp. 9-10). Outro ponto crucial no que diz respeito à classificação dos estupros como genocídio relaciona-se com o fato de que as mulheres tutsi foram consideradas “objetos sexuais” e, como observou o Tribunal no caso Akayesu, “a violência sexual foi um passo no processo de destruição do grupo tutsi – destruição do espírito, da vontade de viver e da própria vida” (ASKIN, 1997, p. 1010). Nesse contexto, os estupros das mulheres tutsi poderiam ser colocados “sob a definição legal de genocídio porque representam a intenção do inimigo de destruir” (SHARLACH, 2000, p. 93). Ademais, quando devidamente classificado como genocídio, o estupro pode ser compreendido como um “instrumento particularmente eficaz de genocídio”³² e uma maneira de infligir grave dano corporal ou mental a um grupo.³³

Entre os efeitos posteriores dos estupros que ocorreram no contexto do genocídio em Ruanda estava o fato de sobreviventes se tornarem socialmente párias e excluídas (SHARLACH, 2000, p. 91). Desse modo, surge uma camada adicional de complexidade, ligada às opiniões e sensibilidades culturais. Como observamos na introdução, este artigo identificou e analisou implicações teóricas que emanam de decisões judiciais (Kunarac e Akayesu) que associam o estupro como violação cometida contra uma pessoa e o estupro no contexto de um crime grupal respectivamente. Desse modo, era necessário incorporar os julgamentos de tribunais penais internacionais selecionados, não para afirmar a compatibilidade entre as duas concepções de estupro, mas para entender o que pode ocorrer ao estupro quando é subsumido a um crime internacional já estabelecido. São as implicações teóricas dessas decisões judiciais que influenciaram este artigo, e não as afirmações legais.

Se ambos os casos (Kunarac³⁴ e Akayesu) forem considerados juntos, a ligação inovadora entre estupro e genocídio tal como apresentada no caso Akayesu faz com que o estupro perca seu status de violação da autonomia? Depois de um exame mais atento dos comentários da Seção de Julgamento desse caso, parece que eles abrem a possibilidade de compatibilidade dentro do genocídio entre o individual e o grupal. Sim, é verdade que ela se concentra no fato de que as vítimas individuais foram escolhidas por fazerem parte do grupo étnico tutsi. Porém, O Tribunal também reconhece que ambos – o grupo tutsi e as vítimas individuais de estupro – foram alvo de genocídio. Relembrando suas palavras: “e especificamente contribuindo para a destruição *delas* e para a destruição do *grupo tutsi como um todo*”.

Portanto, nesse caso em particular, o crime de estupro classificado como genocídio é concebido como um ato cometido contra um indivíduo (as mulheres tutsi) e um ato cometido contra o grupo (os tutsi). Desse modo, o estupro caracterizado como genocídio manteve seu estatuto de violação contra a autonomia de um indivíduo, mas também de violação contra o grupo como um todo. Utilizando essa decisão específica da Seção de Julgamento do TPIR como um exemplo, é nosso entendimento que pode existir uma área de acomodação na qual o grupo (os tutsi) e o indivíduo são reconhecidos, com o objetivo esperançoso de proteger ambos no futuro. Porém, embora o julgamento desses casos projete o grupo e o indivíduo como compatíveis no que diz respeito ao genocídio, deve-se enfatizar que o Tribunal insistiu que as mulheres estupradas eram vítimas porque eram tutsi. A conexão com o grupo não é totalmente removida, apesar do fato de o Tribunal ter

também reconhecido espaço para o individual. Essa abordagem pode negar ainda mais a “individualidade”³⁵ das vítimas, uma vez que foram colocadas na categoria de mulheres tutsi e não na categoria geral de “mulheres”. É possível argumentar que a noção de “mulheres” também nega a individualidade das vítimas porque poderia ser considerada outra categoria de grupo. Como dissemos, a acomodação criada para o indivíduo dentro do crime internacional de genocídio centrado no grupo não é perfeita e pode ser desconfortável. O constructo da Convenção sobre Genocídio (1948) que a Seção de Julgamento do TPIR deve seguir explicaria a restrição em concentrar o foco somente no grupo étnico tutsi.

Os estudiosos jurídicos consideram, portanto, o caso Akayesu monumental por quatro motivos: (1) forneceu uma definição clara e progressista de estupro onde nenhuma existia antes nos instrumentos do Direito Internacional; (2) foi o primeiro caso que envolveu um processo de estupro como componente de genocídio; (3) contribuiu para um crescente diálogo sobre violência sexual na guerra e para o discurso sobre seu papel na prevenção de violações futuras de mulheres em zonas de conflito; (4) e o que é mais importante, deslocou certos casos de estupro no sentido da inclusão numa categoria de crimes (genocídio, tortura, crimes de guerra, crimes contra a humanidade) que têm estatuto de *jus cogens* e são processáveis com base na jurisdição internacional. Em suma, os crimes que alcançaram o *status de jus cogens* “não precisam de um nexo de guerra e não requerem ratificação de um tratado” para serem processados (ASKIN, 1997, p. 106).

8. Conclusão

Este artigo determinou que recentes decisões inovadoras de jurisprudência internacional em relação ao estupro têm importantes implicações teóricas para o modo como o estupro é conceituado e tratado pelo Direito Internacional. O artigo centrou-se em um caso desses (Procurador *vs* Jean-Paul Akayesu, 1998), no qual o estupro (entendido convencionalmente como uma violação cometida contra um indivíduo) foi subsumido ao crime internacional já estabelecido de genocídio. Neste artigo, identificamos e tratamos dos problemas em potencial e das inconsistências que surgem quando um ato definido tradicionalmente como uma violação dos direitos individuais é redefinido como crime contra um grupo. Essas implicações são tanto teóricas quanto práticas, na medida em que a definição de estupro como violação sexual de uma mulher, ou como crime de guerra (por exemplo, um instrumento de “limpeza étnica”), ou como genocídio tem efeitos substanciais sobre o modo como o crime é vivido por suas vítimas e como seus perpetradores são punidos. O artigo deixou claro que quando o estupro é incluído no crime grupal de genocídio, sua dinâmica muda, uma vez que ele não funciona mais somente como uma violação cometida contra um indivíduo. Sustentamos que a concepção de estupro como violação da autonomia sexual de uma pessoa (Procurador *vs* Kunarac et al. 2001) e de estupro como um crime de genocídio podem existir dentro dos mesmos parâmetros. Tal como no conceito de direitos humanos, tendo em vista sua origem na teoria política liberal individualista, a relação entre o indivíduo e o grupo é problemática – com frequência desigual e desconfortável – mas em última análise, não é incompatível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASKIN, Kelly Dawn. **War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals**. Haia: Martinus Nijhoff, 1997.
- _____; KOENIG, Doreen. **Women and International Human Rights Law: A Reference Guide**. Londres: Transnational Publishers, 1999.
- ARCHARD, David. The Wrong of Rape. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, nº. 228, p. 374-393, 2007.
- BANKS, Angela M. **Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes**. Haia: Women's Initiatives for Gender Justice, 2005.
- BOWRING, Bill; FOTTRELL, Dordre (ed.). **Minority and Group Rights in the New Millenium**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- BROWNMILLER, Susan. **Against Our Will: Men, Women and Rape**. Londres: Penguin, 1975.
- CARD, Claudia. **The Atrocity Paradigm: A Theory of Evil**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CASALS, Neus Torbisco. **Group Rights as Human Rights**. Reino Unido: Springer, 2006.
- COHEN, Roger. Ethnic Cleansing. In: Gutmand, R.; Rieff, D. (ed.). **Crimes of War: What the Public Should Know**. United Nations Final Report, 1999.
- Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Nova York, 21 de dez. 1965.
- COPELON, Rhonda. Women and War Crimes. *St. John's Law Review*, v. 69, p. 61-68, 1995.
- _____. Surfacing Gender: Reengraving the Crimes against Women in Humanitarian Law. In: Dombrowski, N. (ed.). **Women and War in the Twentieth Century**. Nova York e Londres: Garland Publishing, 1999.
- DONNELLY, Jack. **Human Rights in Theory and Practice**. Londres: Cornell University Press, 1996.
- _____. International Human Rights in the 21st Century. In: Lyons, Gene M. e Mayall, James (ed.). **Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- EBOE-OSUJI, Chile. Rape as Genocide: Some Questions Arising. *Journal of Genocide Research*, v. 9, n. 2, p. 251-273, 2007.
- FABRI, Mary R; PSY, D. **A Clinical Perspective of the Role of Gender in the Torture Experience**. Chicago Torture Conference, 4-7 de março de 1999. Disponível em: <<http://humanities.uchicago.edu/cis/torture/abstracts/maryfabri.html>>. Último acesso: 31 de março de 1999.

- FEIN, Helen. Genocide and gender: the uses of women and group destiny. **Journal of Genocide Research**, v. 1, nº. 1, p. 43-63, 1999.
- FREEMAN, Michael. Are There Collective Human Rights?. **Political Studies**, v. 43, nº. 1, 1995.
- . **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**. Cambridge: Polity, 2002.
- . **Blackstone's International Human Rights Documents**. 2 ed. Londres: Blackstone Press Limited, 2000.
- GILES, Wenona e HYNDMAN, Jennifer. **Sites of Violence: Gender and Conflicts Zones**. Berkeley: University of California Press, 2004.
- GRAYZEL, Susan. **Women's Identities at War: Gender, Motherhood and Politics in Britain and France during First World War**. Chapel Hill: University of Carolina Press, 1999.
- GREEN, Jennifer. Uncovering Collective Rape: A Comparative Study of Political Sexual Violence. **International Journal of Sociology**, v. 34, p. 97-116, 2004.
- GREEN, Llezlie L. Sexual Violence and Genocide Against Tutsi Women. **Columbia Human Rights Law Review**, [s.v.], p. 733-776, Summer 2002. [Seção 2. Effects of Sexual Violence].
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Penguin Classics, 1982. [Introdução de C. B. Macpherson].
- HUMAN RIGHTS WATCH. **Foca Confronts its Past**. Disponível em: <<http://hrw.org/english/docs/2004/10/15/bosher9514.htm>>. Acessado em: 18 de abril de 2007.
- INGRAM, David. **Group Rights: Reconciling Equality and Difference**. KS: University Press of Kansas, 2000.
- JACKSON-PREECE, Jennifer. International Human Rights in the 21st Century. *In*: Lyons, Gene M.; Mayall, James (ed.). **Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- JONES, Adam. Gendercide and genocide. **Journal of Genocide Research**, v. 2, i. 2, p. 185-211, 2000.
- KUO, Peggy. Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal. **JIL**, v. 34, p. 305, 2002.
- KUPER, Leo. **Genocide**. Londres: Penguin Books, 1981.
- KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress**. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- . Genocide as a Crime Under International Law. **American Journal of International Law**, v. 44, p. 145-151, 1947.

- LENTIN, Ronit (ed.). **Gender and Catastrophe**. Londres: Zed Books, 1997.
- LERNER, Natan. **The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination**. Boston: Kluwer Law International, 2003.
- LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1967. [editado por Peter Laslett]
- LYONS, Gene M.; MAYALL, James (ed). **International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- MACKINNON, Catherine A. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 44, p. 940-958, 2006.
- MARDORISSIAN, Carine. Toward a New Feminist Theory of Rape. **Signs**, v. 27, i. 3, p. 743-786, 2002.
- MEZNARIC, Silva. Gender as an Ethno-Marker: Rape, War, and Identity Politics in the Former Yugoslavia. In: MOGHADAM, Valentine M. (ed.). **Identity Politics and Women: Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective**. Boulder, CO: Westview Press, 1994.
- MCGLYNN, Clare. Rape as "Torture"? Catherine MacKinnon and Questions of Feminist Strategy. **Feminist Legal Studies**, v. 16, p. 71-85, 2008.
- MUKAMAN, Donatilla e COLLINS, Anthony. Rape Survivors of the Rwandan Genocide. **Critical Psychology**, v. 17, p. 140-164, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. **Fifth Report on State Responsibility**, Mr. G. Arangjio-Ruiz, Special Rapporteur' Yearbook of the International Law Commission II (1). A/CN.4/453 e Add. 1-3.
- . **Carta da Organização das Nações Unidas**. São Francisco, 26 de junho de 1945.
- . **Convenção (I) para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (II) para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (III) Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (IV) Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 1984.
- . **Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. 1948.
- . Assembleia Geral. **Resolução 96 (I)**. 11 de dezembro de 1946.
- . Conselho de Segurança. **Resolução 808 (1993)**.

_____. _____. **Resolução 827** (1993).

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos** [DUDH]. 10 de dezembro de 1948.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** [PIDCP]. 1966.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Oxford: Oxford University Press, 2ª. ed., 2006.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**, Revised Edition. UK: Belknap Press, 1999.

ROBERTS, Adam e GUELFF, Richard. **Documents on the Laws of War**. Oxford: Oxford University Press, 3ª. ed., 2000.

SCHABAS, William A. **Genocide in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SCHULHOFER, Stephen J. **Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law**. Londres: Harvard University Press, 1998.

SHARLACH, Lisa. Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia, and Rwanda. **New Political Science**, v. 22, nº. 1, p. 89-102, 2000.

SHAW, Martin. **What is Genocide?** Cambridge: Polity, 2006.

SORENSEN, Susan; WHITE, Jacquelyn. Adult Sexual Assault: Overview of Research. **Journal of Social Issues**, v. 48, nº. 1, p. 1-8, 1992.

TAYLOR, Charles. **Philosophical Arguments**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

THOMAS, Katie. Sexual Violence: Weapon of War. **Forced Migration Review**, nº. 27, p. 15-17, jan. 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA [TPIR]. **Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu**. Case No. ICTR-96-4-T. 2 de set. 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA [TPII]. **Prosecutor v. Dragoljub Kunarac (et al)**. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Julgamento, 22 de fev. 2001.

NOTAS

1. Uma vez que este artigo se baseia em desdobramentos recentes do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, os autores reconhecem definições anteriores e uma perspectiva cultural encontrada nas definições nacionais de estupro, mas não tratam delas exaustivamente. Para um tratamento mais detalhado dessas questões, tais como a ênfase no consentimento ou na coerção, favor referir-se a Catherine A. Mackinnon (2006, p. 940-958).
2. Copelon argumentou que quando é mencionado na Convenção de Genebra (1949), o estupro é conceituado como um "ataque contra a honra", em vez de definido como um crime de violência. Ela afirma que isso é problemático, porque marginaliza a gravidade, bem como a natureza violenta do estupro de acordo com o Direito Humanitário Internacional. Ela insiste que o estupro deve ser visto como uma forma de tortura a fim de retirar a ambiguidade que é um legado do sexismo (COPELON, 1999, p. 337).
3. Por exemplo, o Artigo 24 da Convenção de Genebra IV relativa à proteção dos civis em tempo de guerra declara: "As mulheres devem ser especialmente protegidas contra qualquer ataque a sua honra, em particular contra o estupro, a prostituição forçada ou qualquer forma de ataque indecente" (ROBERTS e GUELFF, 2000, p. 310). Ver também Arne Johan Vetlesen (2005, pp. 212-13).
4. Procurador vs Jean-Paul Akayesu (1998) proporciona uma definição clara e progressista de estupro, quando antes não havia nenhuma nos instrumentos do Direito Internacional. O caso estabeleceu também que o estupro pode ser processado como um componente de genocídio se cometido com a intenção de destruir um grupo visado. Em suas conclusões, a Seção de Julgamento definiu estupro como "uma invasão física de natureza sexual, cometida sobre uma pessoa em circunstâncias que sejam coercitivas". A Seção declarou também que "o estupro é uma forma de agressão e que os elementos centrais do crime de estupro não podem ser captados numa descrição mecânica de objetos e partes do corpo. Essa abordagem é mais útil no Direito Internacional". (TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, 138).
5. Ver artigos 1, 2, 4 e 5 da Convenção da ONU Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Ver também P. R. Ghandi (2000, p. 109).
6. Essa questão é crucial, pois, por exemplo, o estupro precisa ser ligado a um crime internacional já estabelecido para poder ser processado conforme os estatutos dos atuais tribunais penais internacionais (TPII e TPIR) e o recentemente criado Tribunal Penal Internacional.
7. A Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) sustentou que o estupro constitui uma violação da autonomia sexual de um indivíduo. Mais sobre isso adiante (TPII, Prosecutor vs Dragoljub Kunarac, 2001, 208).
8. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998.
9. Foca, cidade do sudeste da Bósnia-Herzegovina, depois rebatizada de Srbinje, foi o local de um dos crimes contra civis mais hediondos; as mulheres foram submetidas a um regime brutal de estupro, tortura e escravidão por grupos de soldados, policiais e membros de grupos paramilitares sérvios da Bósnia depois da tomada da cidade em abril de 1992 (HUMAN RIGHTS WATCH, 2002).
10. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, pp. 165-66.
11. A obra seminal de Raphael Lemkin em que o termo "genocídio" aparece é *Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (1944).
12. Havia e continua a haver uma preocupação com a listagem limitada na Convenção sobre Genocídio de grupos que podem ser alvo. A exclusão de grupos "políticos" é um exemplo disso. Houve também pedidos para considerar a categoria "mulher" um grupo que pode sofrer genocídio. Para mais detalhes sobre essas questões, ver Lisa Sharlach (2000).
13. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, 731.
14. Os aspectos punitivos do estupro durante a guerra também podem ser interpretados como uma tentativa de emascular os soldados da defesa e, finalmente, subjugar o "inimigo".
15. Num processo de estupro, é o Procurador que encara o acusado. É também a história da vítima individual que é considerada. Além disso, e se for apropriado, é a vítima individual que testemunha perante o tribunal.
16. Por exemplo, o preâmbulo da Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio (1948) diz: "Reconhecendo que em todos os períodos da história o genocídio infligiu grandes perdas à humanidade; e estando convencidos de que, para libertar a humanidade de tão odioso flagelo, é necessária a cooperação internacional" (GHANDI, 2000, p. 19).
17. A noção de genocídio utilizada neste artigo não se confinou exclusivamente ao século XX.
18. Green utiliza os termos "dano duplo" em conexão com "mutilação e violência física" (GREEN, 2002, p. 733-76). Essa lista de danos também se relaciona com o estupro que não acontece em público, ou em tempos de conflito armado. É a possibilidade de uma amplificação do dano, devido a estupros perpetrados em público, que pode se desenvolver. Em relação a estupro e dano, ver também Archard (2007, pp. 374-93), Fein (1999, pp. 43-63) e Jones (2000, pp. 185-211).

19. Essa lista é tirada de Green (2002). Ver também Mary R. Fabri (1999).

20. Por exemplo, durante o genocídio em Ruanda, muitas mulheres foram estupradas por grupos de homens (GREEN, 2002).

21. Como as histórias de outras sobreviventes demonstram: "Fatuma achou que devido ao estupro, havia perdido o respeito dos membros de sua comunidade. As participantes enfatizaram que seu estupro público foi o ato máximo de humilhação. Furaha contou: 'O chefe da milícia que me pegou disse que todos que queriam ver como as mulheres tutsi são doces poderiam provar delas'" (MUKUMANA e COLLINS, 2006, p. 156).

22. O objetivo desta seção não é apresentar ou resolver todas as variadas posições do discurso de direitos humanos relacionadas com "quem é o detentor dos direitos: o indivíduo, o indivíduo enquanto membro de um grupo, ou o grupo como um todo?". A posição adotada neste artigo é a de que os direitos humanos são direitos individuais, mas que o grupo, baseado em fatores como raça, etnia e gênero, também desempenha um papel importante.

23. Como observa Jack Donnelly, em referência aos direitos da minoria: "Eu não estou, deixem-me repetir, contestando a ideia de direitos da minoria como já estão estabelecidos nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos (isto é, como direitos individuais que proporcionam proteções especiais para membros de grupos minoritários)" (DONNELLY, 2003, p. 37).

24. "Assimilação" é o termo usado para descrever o processo pelo qual um grupo de fora, imigrante ou subordinado (por exemplo, os aborígenes australianos) se torna integrado indistinguívelmente à hoste dominante ou à sociedade dos colonizadores.

25. Essa possibilidade foi articulada em relação a certos grupos minoritários (JACKSON-PREECE, 2003, p. 68). Em geral, a linha de investigação pode ser compreendida como uma tentativa de "distinguir entre, de um lado, direitos que dependem de um indivíduo pertencer a um grupo ou comunidade e, de outro, direitos individuais comuns a todos os seres humanos" (CASALS, 2006, p. 57).

26. Essa parte do argumento de Kymlicka relaciona-se com os direitos lingüísticos de minorias, no sentido de que um direito está vinculado a um membro individual de um grupo e ao grupo como um todo. No Canadá, como mostra seu exemplo, o direito dos *francophones* de usar o francês nos tribunais é exercido por indivíduos. O direito pode ter por alvo todo o grupo francófono,

mas é exercido por francófonos individuais. No Canadá, outros direitos, como os de pescar e caçar para povos indígenas, são concedidos a grupos (KYMICKA, 1997, p. 45-46). Kymlicka (1997, p. 46) insiste também que os canadenses franceses são uma minoria nacional, garantindo desse modo que lhes podem caber direitos de grupo diferenciados. Embora os direitos lingüísticos e culturais não estejam diretamente ligados ao estupro e ao estupro como genocídio, é a essência da tese de Kymlicka, que tenta estabelecer uma ponte entre o indivíduo e o grupo, que é pertinente para este artigo.

27. TPII, Prosecutor vs Dragoljub Kunarac (et al.), 2001.

28. Como afirma Catherine A. Mackinnon (2006, p. 941): "A força ab-rosa a autonomia assim como a negação da autodeterminação é coercitiva".

29. Para mais detalhes sobre esse tema, ver Peter Jones (1994, pp. 67-71).

30. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, pp. 165-66. Deve-se observar que, no julgamento de Akayesu, o estupro e outras violências sexuais dentro dos parâmetros do genocídio foram "definidos por qualquer coisa que causa grave dano corporal ou mental". Isso devido ao modo como a Convenção sobre Genocídio (1948) foi formulada.

31. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 731.

32. Essa referência relaciona-se com: "A devastação que resulta do estupro faz dele um instrumento particularmente eficaz de genocídio porque destrói o moral de uma mulher, de sua família e talvez de toda a comunidade". (SHARLACH, 2000, p. 91).

33. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 731.

34. Os procuradores, segundo Kuo (2002, p. 5) estavam "dispostos a sair e dizer que o estupro por si mesmo pode ser um crime de guerra [...] mesmo um ato único de estupro pode ser um crime contra a humanidade se ocorrer no contexto de um ataque disseminado ou sistemático". Em consequência, Foca tornou-se o primeiro caso de tribunal que tratou somente de crimes de guerra de natureza sexual (KUO, 2002, p. 305).

35 A inspiração para o termo "individualidade" em conjunção com genocídio vem de uma frase de Leo Kuper: "Como crime contra uma coletividade, ele [genocídio] deixa de lado toda a questão da responsabilidade individual; é uma negação da individualidade" (KUPER, 1981, p. 86).

ABSTRACT

This article identifies and analyses some of the theoretical implications of rape being subsumed within the international crime of genocide and argues that such an analysis is essential for creating a clearer framework to address rape. Genocide is defined as a violation committed against particular groups. In contrast, rape is conceptualised as a violation of an individual's sexual autonomy. As such, can rape be understood as a violation of an individual's sexual autonomy be compatible with rape being subsumed within the category of a group violation such as genocide? A key conclusion of this article is that if conceptual space can be created within the crime of genocide to include both the individual and the group, then rape (when categorised as genocide) can operate both as a violation against the group and as a violation against the individual. However, the space allotted to each of the individual and the group can never be equal; the group will always need to occupy the majority of the space, because the central motivation for viewing genocide as a crime is the survival of human groups. When rape is subsumed within genocide, which is conceived, placed and treated as a crime against enumerated groups, its dynamic changes. Rape is no longer simply a violation of an individual. Rape becomes part of a notion developed to protect the group.

KEYWORDS

Rape – Genocide. Group Violation – Individual's Sexual Autonomy.

RESUMEN

Este artículo identifica y analiza algunas de las implicancias teóricas de subsumir el delito de violación en el crimen de genocidio y sostiene que este análisis es esencial para la creación de un marco más claro a fin de hacer frente a tal delito. El genocidio se define como una violación cometida en contra de determinados grupos. En cambio, el delito de violación es concebido como un atentado contra la autonomía sexual de una persona. Como tal, ¿puede el delito de violación, entendido como un ataque a la autonomía sexual de un individuo, ser compatible con el delito de violación subsumido dentro de la categoría de violaciones de derechos que afectan a un grupo como el genocidio? Una conclusión clave de este artículo es que si, dentro del espacio conceptual puede considerarse al delito de genocidio incluyendo tanto al individuo como al grupo, entonces, el delito de violación (tipificado como genocidio), puede funcionar tanto como una violación contra el grupo y como una contra el individuo. Sin embargo, el espacio asignado al individuo y al grupo nunca puede ser igual. El grupo siempre necesita ocupar la mayoría del espacio ya que la motivación central para considerar al genocidio como un crimen es la supervivencia de los grupos humanos. Cuando el delito de violación es subsumido en el de genocidio, el cual está concebido como un crimen contra determinados grupos, su dinámica cambia. El delito de violación ya no es simplemente la afectación a una persona sino que deviene como parte de un concepto desarrollado para proteger al grupo.

PALABRAS CLAVE

Violación – Genocidio – Violación Colectiva – Autonomía Sexual del Individuo.



CHRISTIAN COURTIS

Christian Courtis é professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e professor convidado do Departamento de Direito da ITAM (México). Foi professor e pesquisador visitante em universidades da América Latina, Estados Unidos e Europa. Tem atuado como consultor da Organização Mundial/ Pan-americana de Saúde, UNESCO, Divisão de Desenvolvimento Social da ONU, CEPAL e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Foi diretor do Projeto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Comissão Internacional de Juristas (Genebra).

Entre os livros que escreveu e editou estão *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (Trotta, Madri, 2002, em co-autoria com Victor Abramovich); *Derechos Sociales: Instrucciones de Uso* (Fontamara, México, 2003); *El Umbral de la ciudadanía. El Significado de los Derechos Sociales en el Estado Social Constitucional* (del Puerto, Buenos Aires, 2006, em co-autoria com Victor Abramovich); *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales* (del Puerto, Buenos Aires, 2006); *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local. La Experiencia de Una Década* (del Puerto, Buenos Aires, 2007); *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability* (Comisión Internacional de Juristas, Genebra, 2008) e *El Mundo Prometido. Escritos sobre Derechos Sociales y Derechos Humanos* (Fontamara, México, 2009).

E-mail: courtis@itam.mx

RESUMO

O artigo apresenta alguns casos emblemáticos da aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina. O trabalho discute um número reduzido de casos sobre temas diversos e que representam diferentes países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos selecionados foram aqueles que apresentaram perspectivas particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: outubro de 2008. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS CHAVE

Convenção 169 – Organização Internacional do Trabalho – Povos Indígenas e Tribais – Cortes – América Latina – Aplicação de Tratados Internacionais.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ANOTAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS POR TRIBUNAIS DA AMÉRICA LATINA

Christian Courtis

Este trabalho apresenta alguns casos emblemáticos de aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina¹. Escolhi um número reduzido de casos que cobrem temas diversos e representam distintos países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desde já cabe esclarecer que é considerável a experiência de aplicação da Convenção 169 na América Latina e que alguns países já contam com um acúmulo importante de sentenças na matéria. Por este trabalho não ter nenhuma pretensão de exaurir a questão, a perspectiva adotada é simplesmente a de selecionar um punhado de casos particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

1. Alguns dados sobre o contexto legal dos países da região

A região da América Latina e do Caribe foi onde se registrou a maior quantidade de ratificações da Convenção 169 – catorze, até a data de elaboração deste trabalho². Isso não é casual: muitos países da região são multilíngues e multiculturais e, em alguns casos, a população indígena constitui a maioria da população, ou uma porcentagem significativa dela. Além da ratificação da Convenção 169, e acompanhando o processo de reformas constitucionais que ocorreram a partir do final da década de 1980, um grande número desses países incorporou em suas constituições disposições sobre direitos dos povos e comunidades indígenas.

Ver as notas deste texto a partir da página 79.

Não é de se estranhar, portanto, que algumas dessas modificações constitucionais e legais tenham causado impactos na jurisprudência de distintos países. Alguns fatores comuns – aplicáveis em diferente medida em cada país, mas que, não obstante, marcam uma tendência regional – podem ajudar a entender esse panorama.

1.1 Relação entre processos de reforma constitucional e de transição ou consolidação democrática

Uma porcentagem significativa dos países da região passou por uma transição de regimes autoritários para a vigência de instituições democráticas, no período que vai de meados dos anos 80 ao início da década de 2000 (GARGARELLA, 1997, pp. 971-990; SERNA DE LA GARZA, 1998; UPRIMNY e GARCÍA VILLEGAS, 2004). Em muitos desses casos, esse processo foi acompanhado por reformas constitucionais substantivas. Em outros, embora não tenham passado exatamente por um trânsito de um regime autoritário para um democrático, as reformas constitucionais acompanharam importantes processos de mobilização e renovação política. A maioria dessas reformas constitucionais culminou em uma quantidade significativa de novos direitos e de inovações institucionais, como as comentadas nos pontos que seguem.

1.2 Expansão da justiça constitucional

Embora a noção de justiça constitucional não seja estranha a muitas das jurisdições dos países da região, é certo que durante parte do século XX o emprego do controle jurídico de constitucionalidade não era generalizado na região. Muitas das reformas constitucionais que tiveram curso na última década do século XX reforçaram o controle constitucional, via criação de tribunais constitucionais especializados ou de turmas constitucionais nos tribunais superiores de justiça e de supremas cortes, como também por meio da previsão expressa na Constituição de ações constitucionais – como a ação de amparo ou a ação de inconstitucionalidade. Isso levou a uma notória expansão do emprego da jurisdição constitucional, até então inédita em muitos dos países da América Latina (BAZÁN, 2007, p. 37-61).

1.3 Ratificação e concessão de status legal privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos

Outra inovação experimentada em muitos dos países da região esteve ligado com a valorização privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos. Por um lado, muitos dos países da região aumentaram o número de ratificações desses tratados durante o período em questão – como meio de reforçar a mensagem de aceitação do Estado de Direito e da vigência dos direitos fundamentais por oposição ao passado autoritário e caracterizado pela violação massiva dos direitos humanos. A ratificação de tratados internacionais pode ser entendida como a confirmação da confiança no sistema internacional de direitos humanos, que, no passado, constituiu

o foro no qual se podia denunciar as graves violações a esses direitos e, ao mesmo tempo, como mensagem à comunidade internacional sobre o novo compromisso do Estado com a vigência do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

Além disso, a ratificação de uma quantidade importante de tratados de direitos humanos, tanto regionais como globais, se insere no contexto da prevalência de uma tradição monista nas relações entre o direito internacional e o direito interno. Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados também fazem parte do direito interno, e que à lista expandida de direitos fundamentais consagrados pelas novas constituições foi agregado uma lista de direitos reconhecidos naqueles tratados³.

Por último, embora de maneira não uniforme, em muitos dos países da região concedeu-se aos tratados de direitos humanos um status legal privilegiado, ao menos com respeito à lei ordinária (CORA, 2003). Em alguns casos, se lhes deu hierarquia constitucional⁴, em outros, são considerados parte do denominado “bloco de constitucionalidade” (UPRIMNY, 2001), e em outros ainda, concede-se a eles uma hierarquia intermediária – inferior à Constituição, mas superior à legislação ordinária.

1.4 Fortalecimento do sistema regional de direitos humanos

Essa relação renovada entre direito constitucional local e direito internacional dos direitos humanos viu-se especialmente escorada pelo fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Praticamente todos os países da região ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um dos efeitos dessa expansão foi, naturalmente, um considerável aumento da atividade dos órgãos do sistema – a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – através de casos recebidos e resolvidos, de países membros e de variedade temática. Simultaneamente, os países que passaram a participar do sistema regional de direitos humanos tiveram que aprender a acolher internamente as decisões e os critérios interpretativos estabelecidos pelo sistema regional. O processo é lento e complexo, e está longe de ser concluído. Entretanto, teve como consequência uma maior permeabilidade de muitos tribunais locais na recepção da jurisprudência interamericana – especialmente a estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso pode explicar uma familiaridade gradual às invocações das esferas internacionais de direitos humanos por parte dos tribunais locais.

1.5 Reconhecimento constitucional de novos direitos

O último elemento que destacaremos aqui é o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nas constituições da região. As reformas constitucionais da região caracterizaram-se pela expansão da lista de direitos fundamentais e princípios substantivos, que incluiu direitos de todo o rol conhecido (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, direitos coletivos, direitos de minorias, direitos ambientais). Nesse contexto, insere-se também o reconhecimento constitucional de

direitos dos povos indígenas – temática que dificilmente poderia ter sido ignorada, tendo em vista o peso e o grau de mobilização política dos povos e comunidades indígenas em muitos países da região (SIEDER, 2002; BARIÉ, 2003; FLORES JIMÉNEZ, 2004; BONILLA, 2006).

Muitas das cláusulas constitucionais que reconhecem direitos dos povos indígenas tomaram como inspiração os padrões internacionais sobre o tema, entre os quais destacamos, como exemplo privilegiado, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

2. A influência da Convenção 169 nos países da região

Embora esses fatores variem de país para país e não consigam explicar completamente o fenômeno analisado, ao menos oferecem alguns elementos para entender o êxito que a Convenção 169 teve na América Latina em comparação com outras regiões do globo, nas quais se registram um menor número de ratificações. Parte de sua influência foi refletida por seu caráter de modelo inspirador de reformas constitucionais e legais em matéria indígena na região – de modo que muitos dos conceitos articulados por ela, como “povo e comunidade indígena”, “auto-identificação”, “territórios tradicionais”, “autonomia”, “consulta”, “usos e costumes”, entre outros – aparecem acolhidos, de uma ou de outra, em constituições e em normas legais nos diferentes países da região (BARIÉ, 2003, p. 58-62).

Todavia, o mais importante para este trabalho é o fato da influência da Convenção 169 não ter se limitado ao papel de “legislação modelo” a ser seguida pelos poderes políticos locais. A Convenção 169 foi empregada e invocada pelas próprias comunidades e povos indígenas e por outros atores – tanto órgãos públicos como organizações da sociedade civil – que atuam em defesa dos direitos e interesses dessas comunidades. Parte da utilização desse instrumento internacional consistiu, justamente, no litígio perante os tribunais locais e, quando foi possível, perante órgãos do sistema regional de direitos humanos.

3. Alguns critérios para entender a seleção dos casos expostos neste trabalho

Como disse, este trabalho recolhe, de maneira seletiva e sem pretensão de exaustividade, algumas sentenças judiciais que fizeram uso da Convenção 169 da OIT. As sentenças provêm tanto de tribunais nacionais como da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Escolhi agrupar as sentenças tematicamente, para, assim, mostrar certas linhas de convergência entre os tribunais de distintos países da região e o tribunal regional de direitos humanos.

No entanto, é útil colocar esses casos em contexto para entender devidamente a seleção. Tendo em vista a procedência distinta dos casos e a diversidade de sistemas legais e de tradições jurídicas locais, o panorama é variado. Cabe esclarecer desde já que o grau de desenvolvimento da aplicação da Convenção 169 pelos tribunais locais da região varia notoriamente: em alguns países, os casos são poucos e a aplicação da Convenção 169 pelos tribunais locais é incipiente, enquanto que

em outros – entre os quais se destacam a Colômbia e a Costa Rica – a riqueza e variedade de casos é enorme⁵. De todo modo, creio que, embora sejam poucos os casos aqui examinados, o leitor poderá ter uma idéia da variedade de casos existentes se explicarmos algumas variáveis que merecem ser levadas em consideração.

3.1 Sentenças regionais/sentenças nacionais

A Convenção 169 foi aplicada tanto pelos tribunais locais de diversos países⁶, como por órgãos do sistema regional de direitos humanos, isto é, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No primeiro caso, trata-se – com algumas exceções, como a de Belize – de aplicações da Convenção 169 enquanto norma incorporada ao direito interno dos países envolvidos. No segundo, ao contrário, é importante ressaltar que os órgãos interamericanos não têm competência para resolver controvérsias baseadas em violações da Convenção 169, uma vez que a base de sua competência é fundamentalmente a dos instrumentos regionais de direitos humanos. Não obstante, os órgãos regionais de direitos humanos utilizaram a Convenção 169 da OIT como norma interpretativa, destinada a especificar as obrigações dos Estados estabelecidas por outras normas internacionais (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem) quanto à sua aplicação aos povos e comunidades indígenas ou à seus membros. Assim, por exemplo, interpretam o direito de propriedade ou o direito ao devido processo, quando estão em jogo os direitos de povos e comunidades indígenas, à luz do estabelecido na Convenção 169.

Embora a seleção de casos que comento neste trabalho consista em sua maior parte em jurisprudência nacional, inclui também alguns casos de suma transcendência decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não somente pelo interesse que possa gerar a interpretação feita por esse tribunal, mas também porque a jurisprudência regional tem muitas vezes impacto ulterior na jurisprudência local dos países que fazem parte do sistema regional de direitos humanos.

3.2 Países de tradição monista/países de tradição dualista; hierarquia normativa da Convenção

Uma outra questão está vinculada ao modo de incorporação da Convenção ao direito interno, e sua hierarquia normativa, no caso de incorporação direta de direito internacional (ou seja, nos países de tradição monista). A tradição dominante na América Latina é a monista – isto é, a incorporação de um tratado internacional ao direito interno, uma vez que tenha sido devidamente ratificado. No entanto, é preciso lembrar que há também na região países pertencentes à tradição do *common law*, que predomina o dualismo. Entre eles, um caso interessante é o de Belize, que registra um caso de invocação da Convenção 169 em tom interpretativo ou persuasivo, mesmo quando não se trata de um país parte da Convenção⁷.

É antes uma segunda pergunta, que deriva da tradição monista das relações entre direito internacional e direito interno, que capta algumas diferenças

significativas entre os países da região que tiveram experiências de aplicação judicial da Convenção 169. Aqui, é preciso dizer, que existem diferentes aproximações entre as distintas jurisdições que, em alguns casos, se refletem nas sentenças comentadas.

Em alguns países, aos tratados internacionais de direitos humanos e à Convenção 169 foi atribuída uma categoria similar à da constituição. Entre esses países destacam-se Bolívia e Colômbia, que fizeram esta assimilação da Convenção 169 à Constituição por via do emprego da noção de “bloco de constitucionalidade”. De acordo com essa noção, a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno obriga o intérprete constitucional a ler conjuntamente os direitos fundamentais incluídos na constituição e os direitos humanos incluídos em tratados internacionais. Ambos os grupos de direitos devem complementar-se e sustentar-se mutuamente, formando uma unidade em que prima – em caso de diferenças entre uma fonte e outra – a interpretação *pro homine*, isto é, aquela que reconhece maior abrangência aos direitos.

A solução que a reforma constitucional argentina de 1994 deu à questão é diferente, mas tem resultados similares: concedeu hierarquia constitucional a uma série de tratados internacionais de direitos humanos expressamente listados, além de conceder ao Congresso a faculdade de elevar a hierarquia constitucional de outros tratados através do voto de uma maioria qualificada (ARGENTINA, Constituição Nacional, artigo 75, inciso 22). Contudo, a Convenção 169 não faz parte dessa lista. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela atribui hierarquia constitucional a todos os tratados de direitos humanos (REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Constituição, artigo 23), embora, na prática, os tribunais estejam menos inclinados a aplicar diretamente tratados do que em outros países. Fica também aberta a questão de se a Convenção 169 da OIT é considerada um tratado de direitos humanos – questão que não foi discutida ainda nesses termos. O caso da Costa Rica é peculiar: embora o texto da Constituição atribua aos tratados internacionais hierarquia superior à lei e inferior à Constituição (COSTA RICA, Constituição Política, artigo 7), a turma constitucional da Suprema Corte interpretou que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, e que podem até primar frente à ela, quando garantirem mais direitos ou garantias às pessoas⁸.

Em outros países da região em que se colocou a questão da hierarquia normativa de tratados de direitos humanos no direito interno, a tendência foi a de lhes atribuir hierarquia inferior à Constituição e superior à legislação ordinária. É o caso do Equador (artigo 425⁹) e da Guatemala (artigo 46). É também o caso da Argentina, para os tratados internacionais não incluídos na lista *numerus clausus* de tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional – como acontece com a Convenção 169. No México e no Brasil, embora o texto constitucional não seja muito claro a esse respeito, abre-se lentamente passagem para a interpretação da hierarquia supra legal, ainda que infraconstitucional, dos tratados internacionais, apesar desta tese ainda não tenha sido consagrada definitivamente^{10 11}.

Em todo caso, e além da solução concreta adotada, cabe dizer que a tendência normativa e jurisprudencial da região foi a de outorgar um maior peso aos tratados internacionais de direitos humanos e considerá-los mais frequentemente nas sentenças judiciais.

3.3 Tipos de ações judiciais

Outro fator que nos permite compreender o alcance da aplicação da Convenção 169 por tribunais da América Latina (e, em alguns casos, do Caribe) é a ampla variedade de ações judiciais em que se registra seu emprego. Mais ainda, dentro dessa variedade de ações, a Convenção foi usada como argumento da parte que propõe a demanda judicial, mas também como exceção ou como justificação de defesas de fundo – em alguns casos, por órgãos estatais.

Assim, por exemplo, a Convenção 169 foi invocada em ações de inconstitucionalidade, em ações de amparo ou tutela constitucional, em controvérsias entre poderes, em ações político-eleitorais, em ações de nulidade em matéria contencioso-administrativa, em ações civis ordinárias (nas quais são discutidos assuntos de propriedade ou despejo, por exemplo), em ações penais, em ações que tramitam no foro agrário, entre outras. Em alguns países – como Chile, Colômbia e Guatemala –, permite-se que atores qualificados requeiram um parecer sobre a compatibilidade entre a constituição e um tratado ou outra norma ao tribunal ao qual foi atribuído o controle de constitucionalidade: nesses casos, a Convenção 169 foi objeto dessa consulta no tribunal ou corte constitucional.

No que diz respeito à variedade de utilização da Convenção 169 pelas partes em um processo, como dissemos, em um número significativo de casos é a comunidade indígena, seus membros ou quem os representa, que a invoca. Em vários casos, quem invoca a Convenção é o Defensor do Povo – naquelas hipóteses em que a legislação lhes concedeu legitimação para iniciar processos judiciais em defesa dos direitos humanos, de coletivos específicos ou dos denominados interesses coletivos ou interesses difusos. Em alguns casos penais, quem trouxe à colação a Convenção 169 foi o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Em outra série de casos, a Convenção é empregada como argumento por autoridades públicas – legislativas ou administrativas – como elemento de justificação de medidas de política pública adotada. Assim, por exemplo, em uma sentença de constitucionalidade da Corte Constitucional da Colômbia, é o Congresso que justifica a insistência sobre uma lei ante a objeção presidencial, destacando que as disposições questionadas têm o objetivo de cumprir com as obrigações internacionais que emanam da Convenção 169¹². Em um caso do Tribunal Constitucional boliviano, é a autoridade administrativa encarregada da reforma agrária que invoca, como defesa, a Convenção 169¹³.

Em resumo, a experiência dos tribunais da América Latina mostra uma grande riqueza das possibilidades de invocação da Convenção 169, que não se esgotam em absoluto no litígio de caráter constitucional.

3.4 Temas

Se a variedade de ações é grande, a variedade temática é ainda maior. As áreas temáticas em que a Convenção 169 é relevante e nas quais foi utilizada como critério interpretativo ou decisório são numerosas.

Pode-se, contudo, dizer que uma porcentagem importante dos casos decididos

pelos tribunais da região versa sobre conflitos relativos às terras e territórios indígenas e à exploração das riquezas naturais situadas nelas e, entre eles, vários se refere à consulta e participação da comunidade em decisões relativas a esses temas.

Outra porcentagem dos casos refere-se às relações entre direito penal estatal e direito penal consuetudinário, ao menos de dois modos: quanto ao limites do emprego do direito penal estatal uma vez exercida a justiça penal comunitária, e quanto ao limites do emprego do direito penal consuetudinário indígena pela constituição e pelos instrumentos de direitos humanos.

Por último, registram-se também casos que versam sobre uma variedade de outros aspectos: o direito à educação e à saúde dos membros das comunidades indígenas, o respeito de sua autonomia política e sua forma de escolher autoridades, o respeito de sua identidade cultural e símbolos culturais, e a configuração dos órgãos estatais responsáveis por executar as obrigações que a constituição e a Convenção 169 fixam em matéria de povos e comunidades e povos indígenas.

3.5 Diferentes formas de invocação da Convenção 169 pelos tribunais

Por último, também existem diferenças no uso que os diferentes tribunais da região fazem da Convenção 169. Algumas dessas diferenças são consequência do distinto status que a Convenção tem no direito interno, mas esse fator não chega a explicar completamente a variedade de formas de invocação registradas. Ao menos duas variáveis podem ser úteis para captar as diversas matizes e ilustrar mais claramente a questão.

Por um lado, existe uma diferença entre os casos nos quais os tribunais aplicam diretamente as normas da Convenção 169, e aqueles em que a Convenção é utilizada como instrumento ou padrão interpretativo de outras normas. Essa diferença não corresponde exatamente à de distinção entre monistas ou dualistas: embora a maioria dos países da região adote um regime monista no que tange às relações entre direito internacional e direito interno – e, por conseguinte, incorporam ao direito interno os tratados internacionais devidamente ratificados –, muitos tribunais da região não costumam aplicar diretamente as normas internacionais – talvez pela primazia de uma tradição legalista, proveniente da cultura da codificação. Mesmo nesses casos, a Convenção 169 abriu caminho como ferramenta interpretativa de outras normas – às vezes, de normas constitucionais e, em outros casos, de normas legais e de outras normas infraconstitucionais.

Uma segunda distinção útil, que tem alguma vinculação com a primeira, embora não coincidam completamente, é a do uso da norma ou padrão interpretativo oferecido pela Convenção 169 como argumento principal para decidir uma questão, e seu uso “como complemento”, isto é, seu emprego como argumento suplementar ou simplesmente ilustrativo. Com efeito, embora em muitos casos o critério oferecido pela Convenção 169, ou pela interpretação de uma norma nacional à luz ou em harmonia com a Convenção 169 – denominada muitas vezes de “interpretação conforme” – constitua o fundamento da decisão, em muitos outros a Convenção é citada, já decidida a questão, como argumento que pode reforçar ou complementar o critério decisório – ou seja, acrescenta algum peso argumentativo às razões que

foram formuladas baseadas em outra norma. Em alguns casos, os juízes parecem construir um argumento em duas fases: a primeira com base em normas nacionais e a segunda, quando indica que a solução elaborada com base no direito nacional não viola, mas está em conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Trata-se, no entanto, de matizes distintos que vão colorindo a introdução gradual de critérios provenientes do direito internacional no direito interno. Em um ou outro caso, os juízes nacionais cobraram maior consciência da necessidade de assumir seriamente as obrigações internacionais do Estado, e em traduzi-las em critérios de decisão judicial em caso de conflito.

4. Comentários sobre casos

Escolhi agrupar alguns casos exemplificativos a partir de critérios temáticos, levando em consideração questões que são indicativas da relevância da Convenção 169 da OIT para as reivindicações dos povos e comunidades indígenas, e que têm figurado em decisões judiciais de distintos países. Assim, comentarei casos relacionados a quatro grupos temáticos: a) reivindicações de titulação coletiva de terras ancestrais dos povos e comunidades indígenas; b) direito conferido aos povos e comunidades de serem consultados antes das tomadas de decisões que possam afetar seus direitos e interesses; c) as obrigações positivas do Estado em situações de extrema carência dos povos e comunidades indígenas; e d) aplicações da Convenção 169 em relação ao direito penal.

4.1. As reivindicações de titulação coletiva de terras ancestrais dos povos e comunidades indígenas

Não é de se estranhar que uma das reivindicações mais importantes dos povos e comunidades indígenas seja o reconhecimento da titularidade de suas terras ancestrais. A terra constitui um dos traços identitários dos povos e comunidades indígenas, definidor de seu modo de vida e de sua cosmovisão. A terra tem, para os povos e comunidades indígenas, um significado religioso e, além disso, constitui a base de sua economia, geralmente pautada pelos ciclos da natureza. Uma característica particular das reivindicações indígenas sobre a terra é a reclamação de sua propriedade coletiva, em nome do povo ou da comunidade como sujeito titular, e não em termos de propriedade individual dos membros da comunidade. Na América Latina, a terra ancestral dos povos e comunidades indígenas foi objeto frequente de despojo e de espoliação por parte de autoridades estatais e de terceiros. A intrínseca relação dos povos e comunidades indígenas com a terra mostra que o reconhecimento de sua propriedade coletiva constitui uma condição para a própria sobrevivência desses povos ou comunidades em si.

Tendo em vista a importância do tema, a jurisprudência da região não ficou alheia a essas reivindicações, nas quais a invocação da Convenção 169 da OIT desempenhou um papel relevante. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, empregou a Convenção 169 como padrão interpretativo do direito

de propriedade para aqueles casos em que está em jogo uma reivindicação sobre o território ancestral de povos e comunidades indígenas¹⁴.

No caso *Yakye Axa*¹⁵, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou uma reivindicação de titulação do território ancestral de uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco paraguaio, vivendo em situação de extrema pobreza. Seus territórios ancestrais se encontram sob a propriedade privada de terceiros. No caso, alegou-se que a falta de ação efetiva do governo do Paraguai para reconhecer a personalidade jurídica da comunidade indígena e, em especial, para lhe conceder a titularidade de suas terras ancestrais, levou a comunidade a se assentar, na espera da resposta à suas reivindicações, em um lugar inóspito, em condições de vida precárias. A falta de acesso a serviços sanitários e a meios de subsistência causou a morte de muitos membros da comunidade. Dadas as condições do assentamento, as crianças da comunidade se viram privadas de alimentação, saúde, vestimentas e educação adequadas. Imputou-se ao Estado a violação dos direitos à vida, à propriedade privada, ao devido processo e à proteção judicial.

No que aqui interessa, a Corte Interamericana considerou que, para efeito de interpretação do alcance do direito de propriedade – e dos direitos à vida e ao devido processo e à proteção judicial – quando se trata de povos indígenas, deve-se apelar para a Convenção 169¹⁶. Nesse sentido, o tribunal recorda que “a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade, sua sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão para as gerações futuras”¹⁷. Em particular, a Corte destaca que

[...] o citado anteriormente tem relação com o exposto no artigo 13 da Convenção nº. 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão “respeitar a importância especial que tem para as culturas e valores espirituais dos povos interessados a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”¹⁸.

No caso, a Corte considera que o tempo transcorrido desde o início das reivindicações da comunidade, sem que o Estado tenha efetivado a titulação de seus territórios ancestrais, configurou uma violação do direito de propriedade da comunidade.

Além disso, o tribunal interamericano se respalda na Convenção 169 para determinar o alcance das medidas que o Estado deve adotar para restituir à comunidade a titularidade de suas terras ancestrais, tendo em vista a situação de ocupação dessas terras por proprietários privados. A esse respeito, a Corte invoca o artigo 16.4 da Convenção 169, que diz que quando o retorno dos povos a suas terras ancestrais não for possível,

esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e estatuto jurídico sejam pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

A Corte acrescenta que o pagamento de uma justa indenização não fica sujeita a critérios meramente descritivos do Estado, mas deve ser – conforme uma interpretação integral da Convenção 169 da OIT e da Convenção Americana – consensuais com os povos interessados, de acordo com seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário¹⁹.

A Corte Interamericana repetiu essa doutrina nos casos **Sawhoyamaxa**²⁰ e **Saramaka**²¹.

Alguns tribunais locais também tiveram que resolver questões similares. Um caso resolvido pelos tribunais ordinários argentinos oferece um bom exemplo de interpretação da lei comum – neste caso, da noção de propriedade do Código Civil – à luz dos padrões estabelecidos pela Convenção 169 da OIT. Trata-se do caso da comunidade de **Quera y Águas Calientes**²², da província de Jujuy, no norte da Argentina, quando um tribunal da justiça civil e comercial teve que decidir sobre um pedido de usucapião (prescrição aquisitiva) iniciado por uma comunidade indígena. A particularidade do pedido era a reivindicação de titulação coletiva ou comunitária da terra, em nome da comunidade como sujeito titular – e não de seus membros individuais.

A demanda aponta a titularidade de direitos da comunidade como tal, fazendo referência a normas da Constituição argentina e ao conceito de povo indígena, a partir do artigo 1 da Convenção 169 da OIT. Aponta também a relação especial, cultural e espiritual que o indígena tem com a terra e com os territórios que ocupa de forma coletiva, reconhecida pela citada Convenção da OIT, da qual a Argentina é parte.

Por sua vez, o Estado provincial pede que se recuse a demanda, dizendo que a comunidade adquiriu sua personalidade jurídica comunitária somente em 1996, de modo que não pode ter transcorrido o período de vinte anos necessário para a prescrição aquisitiva.

O tribunal considerou que somente o ato que formaliza o reconhecimento jurídico da personalidade da comunidade pode comprovar sua preexistência: no momento em que solicitou sua personalidade jurídica, o povo devia acreditar que possuía comunidade lingüística, religião, conservação de seus costumes, identificação com o grupo, vontade de pertencer à comunidade do solo e eleição livre de seus representantes, entre outros requisitos. De modo que a outorga de personalidade é meramente declarativa e não constitutiva da personalidade jurídica da comunidade, o tribunal destaca que, a partir da reforma constitucional de 1994,

a norma constitucional pretende que a outorga da personalidade jurídica sirva para tornar operativo um direito já existente, isto é, a norma que concede o direito à propriedade de terras tradicionais, na verdade, não constitui tal direito, mas simplesmente reconhece a sua preexistência e buscar torná-lo efetivo, garantindo, entre outros direitos, a propriedade comunitária da terra. Em outras palavras, reconhece-se que as comunidades aborígenes são preexistentes ao Estado Nacional [...], sendo atribuídas a estas comunidades, como medida de precaução, as terras 'que tradicionalmente já ocupam', com vistas a garantir de maneira evidente o direito à propriedade de suas terras – direito esse historicamente exercido por tais comunidades e não somente a partir de sua constituição como pessoas jurídicas.

O interessante neste caso é que um tribunal civil e comercial, acostumado a decidir litígios individuais de propriedade e societários, teve que aplicar diretamente normas constitucionais e a Convenção 169 para ajustar as instituições do direito privado à noção de sujeito coletivo preexistente a seu reconhecimento jurídico (isto é, a comunidade indígena) e à noção de propriedade coletiva ou comunitária da terra. Para isso, teve que fazer uma interpretação conforme as normas constitucionais e internacionais do requisito da posse de vinte anos – estabelecido pelo Código Civil para usucapião – quando tratar de sua aplicação à comunidade indígena. Assim, o tribunal destaca que

a comunidade aborígene que obteve recentemente sua personalidade jurídica, não se trata estritamente de um legado universal ou particular nos termos do direito privado, mas devemos levar em conta que nosso direito positivo incorporou um conceito novo de propriedade, o de propriedade comunitária, conforme o qual o exercício da posse não se faz por uma pessoa física determinada, mas pelo grupo que compõe essa comunidade.

A partir de prova testemunhal e da visita à comunidade, o tribunal considerou que o sujeito intergeracional “comunidade indígena” não somente cumpria com o requisito de posse pacífica e ininterrupta por vinte anos, como havia estado em posse de seus territórios desde épocas pré-hispânicas. Por conseguinte, deu por provada a posse pacífica e ininterrupta da comunidade e aceitou a demanda, concedendo à comunidade a titularidade coletiva da parcela reclamada.

4.2. O direito dos povos e comunidades de ser consultados antes da tomada de decisões que possam afetar seus direitos e interesses

Um dos temas de maior transcendência no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas na região é o vinculado ao direito dos povos e das comunidades de ser consultados adequadamente antes que as autoridades públicas tomem decisões que possam afetá-los. Entre essas medidas estão, por exemplo, aquelas que envolvam a exploração dos recursos naturais que se encontrem em seu território, a realização de obras de infraestrutura que possam afetar esse território, prestação de serviço educativo nas comunidades indígenas e o esboço de planos de desenvolvimento para os povos e comunidades indígenas. Enquanto requisito procedimental que deva ser cumprido necessariamente antes da tomada de decisões, sua falta de cumprimento determina a invalidez das medidas tomadas sem respeitar a exigência de consulta. O instrumento normativo internacional em que esse direito aparece plasmado com maior claridade é a Convenção 169 da OIT²³.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu jurisprudência nessa matéria²⁴. Contudo, apresentarei aqui vários casos decididos por tribunais nacionais.

A Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu claramente a necessidade de consulta aos povos indígenas, fixando as bases de interpretação da exigência de uma “consulta apropriada” e invalidando atos administrativos e legislativos

adotados sem que se cumpra plenamente esse requisito. Dois casos importantes podem ilustrar esta situação.

Na sentença **SEU-039/97**²⁵, verdadeiro *leading case* continental sobre a questão, a Corte Constitucional teve que examinar uma ação de tutela (equivalente a *amparo*, na Colômbia) apresentada pelo Defensor do Povo em representação de um grupo de integrantes da comunidade indígena U'wa, contra o Ministério do Meio Ambiente e a Sociedade Ocidental da Colômbia Inc., por considerar que os demandados violaram os direitos da comunidade ao não efetuar de maneira completa e séria o processo de consulta prévia à concessão de uma licença da exploração de hidrocarbonetos dentro de seu território. De acordo com a demanda, realizou-se somente uma reunião com alguns líderes da comunidade, o que não satisfaz o trâmite de consulta adequada. O Defensor do Povo solicitou, por conseguinte, a suspensão da concessão da licença ambiental e a adoção das medidas necessárias para executar o trâmite de consulta prévia à comunidade para a proteção dos direitos da comunidade indígena. Também foi solicitada, em ação separada, a nulidade do ato administrativo que concedeu a licença ambiental e sua suspensão provisória. Ademais, ambas ações judiciais se fundamentam na violação do direito dos indígenas ao território, à autodeterminação, à língua e à cultura étnica – uma vez que a exploração de recursos naturais não renováveis está condicionada à preservação da integridade cultural, social e econômica das comunidades indígenas e à participação dos representantes nessas decisões, tal como o prescrevem os artigos 6 e 15 da Convenção 169.

Em sua decisão, a Corte Constitucional destaca que não somente os indivíduos membros das comunidades indígenas são sujeitos de direitos, mas que a Constituição reconhece que também o é a comunidade como coletivo. Depois, diz que os interesses de exploração de recursos naturais para garantir um desenvolvimento sustentável e o direito de conservação da identidade cultural, étnica, econômica e social das comunidades assentadas nos territórios a serem explorados devem ser harmonizados. A forma de harmonização e equilíbrio desses interesses é através da criação de um mecanismo de participação das comunidades na tomada de decisões que as afetem, que o tribunal identifica como um dos mecanismos de participação previstos na Constituição Política. A Corte afirma que trata-se de um direito fundamental, já que esse é o mecanismo mediante o qual se assegura a subsistência da comunidade como grupo social, afirmando que a Convenção 169 faz parte do chamado “bloco de constitucionalidade”, que requer a interpretação integrada dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Política e nos demais instrumentos normativos que integram esse bloco. Em consequência, a interpretação harmônica da Constituição e da Convenção 169 exige o direito à consulta dos povos indígenas para a exploração dos recursos. A consulta deve buscar o conhecimento pleno da comunidade sobre o projeto e os efeitos que causaria em seu entorno social, cultural, econômico e político, como também a avaliação de suas vantagens e desvantagens. As comunidades afetadas devem ser ouvidas e, se não existir acordo, a atuação da administração não deve ser autoritária ou arbitrária, mas objetiva, razoável e proporcional. Em todo caso, devem ser arbitrados os mecanismos necessários para mitigar, corrigir ou restaurar

os efeitos que as medidas da autoridade causem ou possam gerar em detrimento da comunidade ou de seus membros.

A Corte concluiu que não foi realizada de maneira completa e idônea o processo de consulta prévia das comunidades indígenas U'wa com relação ao projeto de exploração de hidrocarbonetos, pois às reuniões realizadas compareceram diferentes membros das comunidades, mas não seus representantes. Tampouco ocorreu uma reunião planejada para revisar os efeitos do projeto – que não se realizou porque a licença já havia sido expedida. Portanto, por não se realizar o trâmite de consulta de acordo com os parâmetros estabelecidos, e em previsão dos possíveis prejuízos que a execução do projeto pudesse causar à comunidade indígena, a Corte considerou violados os direitos à participação, à integridade étnica, cultural, social e econômica e ao devido processo da comunidade U'wa. A sentença concedeu o amparo transitório, ordenou a suspensão da licença ambiental e a realização de uma consulta devida.

Essa doutrina foi reiterada e aplicada em sentenças posteriores²⁶.

Em um caso recente, de suma transcendência institucional, a Corte Constitucional colombiana levou ainda mais longe essa doutrina, ao *declarar a inconstitucionalidade de uma lei* por falta de consulta adequada às comunidades indígenas e afrodescendentes que seriam potencialmente afetadas por essa norma. Com efeito, na sentença C-030/08²⁷, a Corte Constitucional pôde considerar uma demanda de inconstitucionalidade da denominada Lei Geral Florestal (Lei 1021 de 2006), por ter sido omitida a consulta prévia estabelecida pelo artigo 6 da Convenção 169 da OIT às comunidades indígenas e afrodescendentes afetadas.

A Corte Constitucional reiterou a linha jurisprudencial traçada em matéria de reconhecimento da diversidade étnica e cultural como princípio constitucional e fundamental da nacionalidade colombiana. Destacou que essa proteção especial se traduz no dever de realizar processos de consulta prévia com as comunidades indígenas e tribais para a adoção e a execução de decisões susceptíveis de afetá-las, dever que surge de diversas normas constitucionais e da Convenção 169 da OIT.

Não obstante, uma vez que o caso questionava a sanção de uma lei sem consulta prévia, a Corte agregou novos critérios à jurisprudência anterior. Assim, a Corte destacou que, quando se trata de projetos de lei, o dever de consulta não surge frente a toda medida legislativa que seja suscetível de afetar as comunidades indígenas, mas unicamente frente àquelas que possa afetar diretamente. A Corte esclareceu que o impacto direto pode dar-se tanto quando o legislador decida expressamente regulamentar matérias previstas pela Convenção 169, como quando a medida, apesar de seu alcance geral, repercutir de maneira direta sobre as comunidades indígenas e tribais. A Corte também acrescentou algumas considerações sobre a oportunidade e modo de realização da consulta nos casos de medidas legislativas, e sobre as possíveis consequências jurídicas de seu descumprimento.

A Corte considerou que, embora existam na lei previsões para a preservação da autonomia das comunidades indígenas e afrocolombianas para os aproveitamentos florestais em seus territórios, a norma também estabelece políticas gerais, definições, pautas e critérios susceptíveis a afetar áreas nas quais, de maneira geral, se encontrem assentadas as comunidades indígenas e afrodescendentes, com a possibilidade de

que o fato repercute sobre suas formas de vida e sobre a relação estreita que mantêm com a floresta. De modo que, de acordo com o tribunal, era preciso consultar essas comunidades para a adoção da lei a fim de buscar aproximações sobre maneiras de evitar que a mesma as afetasse negativamente e, inclusive, sobre o próprio conteúdo das pautas e critérios que, ainda quando de aplicação geral, podem ter uma repercussão direta sobre os territórios indígenas e tribais ou sobre suas formas de vida. A falta de consulta determina, para a Corte, a inconstitucionalidade da norma.

Além disso, a Corte fixa as pautas que devem ser cumpridas para que a consulta possa ser considerada válida: dar conhecimento as comunidades do projeto de lei; ilustrá-las sobre seu alcance e sobre como poderia afetá-las e dar-lhes oportunidades efetivas para que se pronunciem sobre o mesmo.

A Turma Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica seguiu um caminho similar ao declarar inconstitucional a adjudicação de uma concessão de exploração e aproveitamento de hidrocarbonetos a uma empresa privada pelo poder Executivo, por falta de realização de uma consulta prévia adequada aos povos e comunidades indígenas afetados. Em seu voto 8019, de 2000, a Corte decidiu por um recurso de amparo nesse sentido, iniciado por associações de desenvolvimento de comunidades indígenas e outros litigantes e fundamentada, entre outras normas, na violação da Convenção 169 da OIT²⁸.

A Corte decidiu que as autoridades não cumpriram com o requisito da consulta prévia às comunidades indígenas, tal como estabelecido pelo artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT. A Turma Constitucional interpreta o direito das comunidades de ser consultadas como um requisito necessário para a participação e o respeito das minorias em uma democracia. A Sala Constitucional dá por provado que o respectivo Ministério omitiu a convocação da consulta, que era obrigatória, e que, portanto, o ato não ficou respaldado pela publicidade do processo de licitação na imprensa. Em consequência, dá lugar ao recurso de amparo e declara anulado o ato de adjudicação.

Um último exemplo provém do Tribunal Constitucional do Equador. Também esse tribunal teve que considerar, no caso **Arcos v. Dirección Regional de Minería**²⁹, um recurso de amparo – iniciado pelo Defensor do Povo, representando os direitos de comunidades indígenas chachis e de comunidades afrodescendentes da província de Esmeraldas – dirigida contra uma concessão de mineração, por parte das autoridades governamentais, à uma empresa privada para “prospectar, explorar, aproveitar, beneficiar, fundir, refinar e comercializar minerais” existentes em um terreno situado no território das comunidades. Entre outros agravos, a demanda se funda no descumprimento da obrigação de consulta prévia às comunidades afetadas, invocando-se nesse sentido o artigo 15 da Convenção 169 da OIT.

A ação alega que a concessão e o início das atividades mineradoras provocará danos irreparáveis aos recursos naturais, à saúde e vida das famílias das comunidades que habitam a zona, e também viola os direitos coletivos dos povos negros e indígenas, ao terem sido ignorados os requisitos da consulta prévia obrigatória às comunidades e a licença e avaliação de impacto ambiental.

O Tribunal Constitucional confirmou a sentença de primeira instância e ordenou a suspensão da concessão de mineração impugnada, dando por provado

que a concessão afetaria ambientalmente os centros chachis e os povos negros que habitam determinada zona e alteraria os seus modos de vida. O tribunal sublinha que tanto a Constituição como a Convenção 169 da OIT requer a realização de uma consulta prévia

para avaliar os efeitos da exploração na vida dos povos, determinar se, e em que medida, seus interesses seriam prejudicados, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras. Daí que constitua um imperativo a realização da consulta, cuja omissão determina a ilegitimidade do ato impugnado.

É interessante destacar também que uma das defesas apresentadas pelo Estado foi a falta de regulamentação legal da consulta. O Tribunal Constitucional rechaçou tal argumento, sustentando que não se pode alegar falta de regulamentação legal para desconhecer o direito dos povos e comunidades indígenas a ser consultados.

4.3. As obrigações positivas do Estado em situações de extrema pobreza dos povos e comunidades indígenas

Outra área em que os tribunais da América Latina produziram sentenças de sumo interesse é o das obrigações positivas do Estado nos casos em que povos indígenas enfrentam situações de pobreza extrema. Uma parte importante desses casos se refere ao cumprimento de obrigações positivas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos e comunidades indígenas – e, especificamente, com o cumprimento das denominadas obrigações mínimas essenciais desses direitos. Como veremos, em muitos casos trata-se de situações nas quais, devido ao descumprimento de níveis essenciais de direitos, tais como o direito à alimentação ou o direito à saúde, a vida dos membros das comunidades e, em alguns casos, a subsistência mesma da comunidade como tal, está em risco.

A esse respeito, a Convenção 169 oferece uma abordagem rica, já que articula varias facetas que inferem uma compreensão complexa do princípio de igualdade e da proibição de discriminação. Por um lado, ela obriga o Estado a adotar medidas que promovam a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas sem discriminação – ou seja, enfatiza a obrigação de não excluir os povos indígenas das obrigações estatais relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais (Convenção 169, artigos 2.2., a e b, e artigo 3). Mais ainda, a Convenção estabelece a obrigação específica de adotar medidas para eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional (Convenção 169, artigo 2.2., c). Por outro lado, exige do Estado que as medidas adotadas para isso respeitem a identidade, a integridade e as formas de vida específicas dos povos e comunidades indígenas, sem que as medidas especiais possam menosprezar os direitos geralmente reconhecidos ao resto da população (Convenção 169, artigos 2.2., b 3.2. e 4). A Convenção 169 também requer a participação dos próprios povos e comunidades indígenas na determinação de seu desenvolvimento (Convenção 169, artigos 2.1. e 4.2.).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu novos critérios, desenvolvidos com base em uma interpretação extensiva do direito à vida. Dois dos casos que já mencionei, *Yakye Axa v. Paraguai* e *Sawhoyamaxa v. Paraguai*, abordam o alcance das obrigações positivas do Estado derivadas do dever de garantir esse direito³⁰. Em ambos os casos, a falta de acesso das respectivas comunidades indígenas a suas terras ancestrais e a consequente impossibilidade de satisfazer suas necessidades básicas através de seus próprios meios tradicionais, levaram à uma situação de escassez extrema, traduzida em um quadro grave de desnutrição, de alta incidência de enfermidades evitáveis e de mortes causadas por estas.

A Corte interpreta o direito à vida de maneira abrangente, derivando dele a obrigação estatal de assegurar as condições para uma vida digna. No caso *Yakye Axa*, o tribunal sintetiza sua doutrina do seguinte modo:

Este Tribunal sustentou que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, porquanto de sua salvaguarda depende a realização dos demais direitos. Ao não se respeitar o direito à vida, todos os demais direitos desaparecem, posto que se extingue seu titular. Em razão desse caráter fundamental, não são admissíveis enfoques restritivos ao direito à vida. Em essência, esse direito compreende não somente o direito de que todo ser humano não pode ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito de que não se gere condições que impeçam ou dificultem o acesso a uma existência digna.

Uma das obrigações que iniludivelmente deve assumir o Estado em sua posição de responsável por proteger e garantir o direito à vida é a de gerar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou impeçam. Nesse sentido, o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas para a satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção torna-se prioritária³¹.

A Corte identificou, entre estas obrigações, deveres relacionados ao acesso à serviços de saúde, educação, água potável e alimentação, e enfatizou a necessidade de levar em consideração, ao adotar medidas para cumprir tais obrigações, tanto a identidade como a vulnerabilidade dos povos e comunidades indígenas, em concordância com a Convenção 169 da OIT – considerada pela Corte parte do *corpus juris* internacional em matéria de direitos dos povos indígenas. Assim, o tribunal sustentou o seguinte:

No presente caso, a Corte deve estabelecer se o Estado gerou condições que agravaram as dificuldades de acesso a uma vida digna dos membros da Comunidade Yakye Axa e se, nesse contexto, adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer essa obrigação, levando em conta a situação de especial vulnerabilidade à que foram submetidos, afetando sua forma de vida diferenciada (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que abrange a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva, à luz do corpus juris internacional existente sobre a proteção especial que necessitam os membros das

*comunidades indígenas, à luz do exposto no artigo 4 da Convenção, em relação com o dever geral de garantia contido no artigo 1.1 e com o dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da mesma, e dos artigos 10 (Direito à Saúde); 11 (Direito a um Meio Ambiente Sadio); 12 (Direito à Alimentação); 13 (Direito à Educação) e 14 (Direito aos Benefícios da Cultura) do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as disposições pertinentes da Convenção nº. 169 da OIT*³².

Em ambos os casos, a Corte Interamericana decidiu que o Estado não cumpriu essas obrigações positivas e o condenou por violações do direito à vida. Entre as medidas de reparação, a Corte ordenou a provisão de serviços essenciais para suprir as necessidades básicas das comunidades indígenas afetadas³³.

Diante de fatos semelhantes, a Corte Suprema da Argentina respondeu vigorosamente a uma demanda apresentada pelo Defensor do Povo contra o Estado nacional e a Província do Chaco, denunciando a situação de extrema miséria de comunidades da etnia toba, habitantes da província³⁴. A demanda reclamava o cumprimento por parte do Estado de sua obrigação de adotar ações positivas em relação à situação dos povos indígenas, de acordo com a Constituição e legislação argentina, e a Convenção 169 da OIT.

A ação mostra que a população indígena se encontra em uma grave situação socioeconômica, em consequência da qual a maioria da população padece de enfermidades endêmicas, produto da pobreza extrema, e carecem de alimentação adequada, de acesso à água potável, de atenção médica e de moradia digna. Denuncia que, devido a essa situação, no mês anterior à apresentação da ação, se registraram onze mortes.

A Corte Suprema de Justiça considerou que as afirmações do Defensor do Povo eram verossímeis e ordenou liminarmente ao Estado:

- a) informar à Corte, com relação às medidas de proteção da comunidade indígena que habitam a região: 1) comunidades que povoam esses territórios e quantidade de habitantes que as integram; 2) orçamento para a atenção aos assuntos indígenas e destino dos recursos fixados por suas respectivas leis; 3) execução de programas de saúde, alimentação e de assistência sanitária; 4) execução de programas de provisão de água potável, fumigação e desinfecção. 5) execução de planos de educação; 6) execução de programas habitacionais;
- b) comparecer em audiência pública perante a Corte Suprema para apresentar e discutir a informação solicitada;
- c) como medida cautelar, fornecer água potável e alimentos às comunidades indígenas que habitam a região afetada, como também um meio de transporte e comunicação adequado para postos de saúde.

A Corte Constitucional colombiana também teve oportunidade de decidir sobre esta temática. Na sentença T-704/06, o tribunal teve de considerar um pedido

de tutela, iniciada pela associação de chefes de uma comunidade indígena em situação de extrema pobreza contra autoridades municipais e nacionais³⁵. A comunidade denunciou a omissão das autoridades envolvidas em tornar efetiva a entrega de remessas orçamentárias destinadas à comunidade e correspondentes a um período de quatro anos. De acordo com a ação, a autoridade municipal de Uribia não fez entrega das remessas correspondentes e se nega a incluir o reconhecimento da dívida anterior no Convênio inter-administrativo necessário para formalizar a execução das remessas. A ação se dirige também contra as autoridades nacionais que deveriam fiscalizar a entrega dos fundos e não o fizeram. Os representantes da comunidade alegam violações dos direitos à dignidade humana, à participação, à autonomia das comunidades indígenas, ao reconhecimento da diversidade cultural, a não discriminação por razões culturais, à saúde, à educação, ao reconhecimento da personalidade jurídica e a peticionar às autoridades, de acordo com normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, inclusive a Convenção 169 da OIT.

A Corte recorda as obrigações constitucionais e as internacionais assumidas pelo Estado colombiano quanto ao respeito à subsistência e identidade cultural dos povos indígenas, referindo-se de maneira destacada à Convenção 169 da OIT. O tribunal aponta que o Estado está obrigado a desenvolver ações positivas para o pleno gozo desses direitos pelas comunidades indígenas, enfatizando a estreita relação entre o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais e o gozo do direito à subsistência e identidade cultural. Isso se traduz na obrigação de dar às comunidades indígenas, em especial àquelas mais desatendidas, os recursos necessários para satisfazer tais direitos. Destaca também que, apesar da existência de regimes descentralizados de repartição de competências em um Estado, regem os princípios de coordenação, subsidiariedade, concorrência e solidariedade – de acordo com os quais todas as entidades territoriais envolvidas têm responsabilidade em assegurar que os recursos cheguem efetivamente às comunidades indígenas.

Neste caso, o tribunal dá por provado que, embora os recursos tenham chegado ao município, essa entidade não os entregou à comunidade, e tampouco consta que os tenha reservado. Não obstante, a Corte também declara responsável pela violação dos direitos da comunidade indígena os órgãos departamentais e nacionais, pela falta de controles sobre a efetiva entrega dos fundos às comunidades. A Corte aponta também que o Estado tinha a obrigação de capacitar a comunidade para que fiscalizasse adequadamente a entrega dos recursos – obrigação que tampouco foi cumprida. Em conclusão, a Corte declara violados os direitos ao respeito da dignidade humana, à saúde, à educação, à participação e à autonomia das comunidades indígenas e a não discriminação por razões culturais. A Corte dispõe, como forma de reparação, a entrega dos recursos que correspondiam à comunidade indígena e não foram entregues, dividindo a carga financeira entre os órgãos declarados responsáveis. Ordena também ao município a assinatura do Convênio inter-administrativo necessário para a entrega dos fundos.

Por sua vez, a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica ditou sentença favorável a uma comunidade indígena ante um recurso de amparo promovido pela Associação de Desenvolvimento da Reserva Indígena de Guaymí

de Osa, na qual se denuncia a omissão das autoridades administrativas em prestar colaboração necessária para reparar uma ponte arrasada pelas fortes chuvas naquela região³⁶. A população da Reserva Indígena de Guaymí ficou incomunicável por vários dias e foi obrigada a cruzar o rio a nado ou a cavalo. As autoridades não atenderam ao pedido, com a desculpa de que não foi prorrogado o posto de mestre de obras, que era necessário para realizar a reparação solicitada. A Associação alegava a violação, entre outras normas, do artigo 6 da Convenção 169 da OIT.

A Sala Constitucional aceita os argumentos da demanda e considera que o órgão administrativo não tomou as medidas necessárias para superar a situação de emergência e para garantir o acesso da comunidade aos centros de saúde e educação, entre outros. O tribunal utiliza a Convenção 169 para enfatizar as obrigações positivas que cabem ao Estado no que diz respeito à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas. Em consequência, declara procedente o recurso e ordena ao órgão administrativo competente tomar as medidas pertinentes para restaurar, sem demora, a ponte sobre o rio Rincón.

4.4. Aplicações da Convenção 169 em relação ao direito penal

A Convenção 169 possui também aspectos vinculados à aplicação do direito penal, que foram igualmente objeto de consideração por parte de tribunais de distintos países de América Latina.

Esquemáticamente, pode-se dizer que a Convenção 169 exige, por um lado, o respeito ao sistema de justiça próprio dos povos ou comunidades indígenas, com o limite da observância dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (Convenção 169, artigo 9.1). Por outro lado, nos casos em que pessoas indígenas sejam submetidas à justiça penal estatal, a Convenção 169 impõe algumas garantias específicas, como o direito a um intérprete (Convenção 169, artigo 12), a preferência pelas penas não privativas de liberdade, quando possível (Convenção 169, artigo 10.2), e o dever das autoridades judiciais em levar em conta os costumes e características culturais dos povos indígenas em matéria penal (Convenção 169, artigos 9.2 e 10.1).

Vários exemplos da justiça penal guatemalteca podem ilustrar o sentido da aplicação da Convenção 169 nessa questão.

Assim, o respeito pelas decisões judiciais das comunidades indígenas em matéria de direito penal determinou a suspensão de causos do sistema jurídico estatal quando, sobre a mesma questão, já houver resolução por parte das autoridades comunitárias, por aplicação do princípio *ne bis in idem*. Essa foi a tese sustentada pelo Tribunal de Primeira Instância Penal, de Narcoatividade e Delitos contra o Ambiente do Departamento de Totonicapán, em um caso no qual o Ministério Público iniciou uma investigação penal por roubo agravado contra três indígenas, quando constava que o fato havia sido julgado previamente pelas autoridades da comunidade indígena, que já haviam imposto uma sanção aos responsáveis. O juiz afirma que do reconhecimento da validade jurídica da sanção aplicada pela comunidade se infere a impossibilidade de aplicar novas sanções penais aos responsáveis, e decreta sua suspensão, com citação expressa da Convenção 169 da OIT³⁷.

A consideração dos costumes e da cultura dos povos indígenas levou também juízes a sustentar a atipicidade penal de certas condutas e, por conseguinte, a não punir ou absolver indicados ou acusados. A esse respeito, é exemplificativa a sentença de um juizado de paz do Município de San Luis, no Departamento do Petén, no norte de Guatemala. Trata-se de um processo penal iniciado contra um membro de uma comunidade indígena por denúncia de agentes da Polícia Nacional. Imputava-se a ele o delito de “tráfico de tesouros nacionais”. De acordo com a autoridade policial, o imputado comerciava objetos de valor arqueológico, transportando-os de uma comunidade a outra.

O juiz indefere a ação penal, dando por provado que o imputado é um sacerdote maia. O juiz também dá por provado que o imputado transportou os objetos de valor histórico e cultural para a prática dos rituais e cerimônias maias, e não com a intenção de negociá-los ou comercializá-los. Fundamenta-se em normas constitucionais e na Convenção 169 da OIT³⁸. De acordo com a sentença:

A alínea (a) do Artigo 5 [da Convenção 169] estabelece que: “deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar em devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente”. A alínea (b) do mesmo artigo dessa Convenção estabelece que “deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos”. Consequentemente, o inciso 1 do artigo 8 do instrumento internacional mencionado estabelece: “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.” O inciso 2 do mesmo artigo estabelece: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional, nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio”. O que implica para as instituições estatais, incluindo os tribunais, é que como princípio fundamental, deve-se respeitar instituições e costumes dos povos indígenas. Levando-se em conta o que estabelece o inciso 1 do Artigo 9 da Convenção 169 da OIT, que estabelece: “Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos pelos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”. Mas, se no direito consuetudinário dos povos indígenas encontra-se instituída uma figura ou autoridade comunitária, as instituições criadas mediante legislação estatal, incluindo o organismo judicial não devem recriminá-la ou observá-la como a comissão de um delito, sempre e quando se esteja dedicando à atividade que por prática ou observância do costume lhe pertencer, isto é, se desenvolve uma atividade própria da instituição da comunidade indígena; mas, ao contrário, devem respeitar e distinguir as instituições que paralelamente funcionam dentro do direito indígena, em algum momento as instituições governamentais, especialmente o organismo judicial, que por norma constitucional está chamado a distribuir justiça, devem fazer uma clara distinção entre a lei e a justiça, já que nosso direito indígena, que goza de reconhecimento internacional, tem também

suas instituições, em tal sentido não deve aplicar-se a lei, mas uma justiça pronta e cumprida; esta interpretação se faz em conformidade com o inciso 2 do artigo 9 do mesmo instrumento internacional citado, que estabelece: “As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.

No mesmo sentido, a Corte de Apelações da Guatemala, constituída em tribunal de amparo, decidiu que a imposição da obrigação de usar uniforme às mulheres indígenas privadas de liberdade em uma instituição penitenciária, e a correlativa proibição de uso de seu traje típico, viola a obrigação de respeitar os costumes e a cultura dos povos indígenas, afetando o direito à identidade cultural³⁹. A ação foi iniciada pelo Procurador dos Direitos Humanos (Defensor do Povo), com base em diversas normas da Convenção 169 da OIT. O tribunal sustentou que a proibição de usar o traje típico constitui um causa de discriminação contra os grupos indígenas, e em especial contra as mulheres indígenas. A Corte aponta a incompatibilidade da resolução com a obrigação estatal de reconhecer, respeitar e promover a cultura e as tradições dos povos indígenas, entre os quais se conta o uso do traje típico:

Uniformizar reclusos ou reclusas que representem o povo maia, como no presente caso, constitui uma flagrante discriminação e uma contravenção ao artigo 66 da Constituição Política da República, que reconhece que a Guatemala é composta por diversos grupos étnicos, entre os quais figuram os grupos indígena de ascendência maia.

O Estado reconhece, respeita e promove suas formas de vida, costumes, tradições, formas de organização social, uso do traje indígena em homens e mulheres e dialetos; por outro lado, não se pode aceitar que, de forma arbitrária e sem nenhuma base legal, nem justificação, se pretenda uniformizar membros dos grupos indígenas de ascendência maia, em um ato que evidentemente constitui uma discriminação desses cidadãos, sem prejuízo dos fatos pelos quais estão sujeitos aos tribunais.

Em consequência, a Corte ordena suspender a resolução administrativa e restituir o direito ao uso do traje típico pelas internas afetadas.

O Tribunal Constitucional da Bolívia também teve que examinar questões relacionadas a aplicação de sanções penais pela comunidade. Na Sentença Constitucional 295/03, o tribunal teve que atender a um pedido de tutela constitucional interposta por um casal de uma comunidade indígena a quem a comunidade havia imposto – embora ainda não executado – a sanção de expulsão e a ameaça de corte do fornecimento de energia e de água⁴⁰. Os impugnantes alegavam que a sanção infringia “seus direitos ao trabalho, a entrar, permanecer e transitar livremente pelo território nacional, à propriedade privada e a receber uma justa remuneração por seu trabalho”.

Depois de convocar uma audiência e de realizar uma perícia antropológica, o Tribunal Constitucional dá por provado que a sanção imposta pela comunidade respondeu ao descumprimento, por parte dos impugnantes, de normas comunitárias – como a fixação de um preço comum por um serviço, o pagamento de cotas e multas e o dever para com os trabalhos comunitários.

O Tribunal afirma que a Constituição boliviana reconhece o direito das comunidades e dos povos indígenas de manter suas normas consuetudinárias e de exercer a justiça comunitária em caso de não cumprimento dessas normas. O Tribunal recorda, de todo modo, que a aplicação de normas e sanções comunitárias tem como limite a Constituição, citando a esse respeito também o artigo 8 da Convenção 169 da OIT.⁴¹ No caso, acolhe a tutela ordenando à comunidade que permita a permanência dos impugnantes na comunidade, sob a condição de que eles se ajustem às normas comunitárias. Ordena também às autoridades da comunidade informar ao Tribunal, no prazo de seis meses, “se os recorrentes adaptaram sua forma de vida aos costumes da Comunidade”.

A decisão busca um equilíbrio entre o interesse da comunidade de preservar sua ordem comunitária e o interesse dos impugnantes de permanecer na comunidade. De modo que, levando à prática uma solução de pretensões conciliatórias, revoga o castigo pendente, mas submete os recorrentes à obrigação de ajustar-se às normas comunitárias – reconhecendo, desse modo, a legitimidade da determinação das autoridades da comunidade sobre os descumprimentos cometidos pelos impugnantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-
- ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (eds.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007.
- ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (eds.). **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 1997.
- ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Trotta, 2005.
- ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Sancionada pelo Congresso Geral Constituinte, 1º de maio de 1853; reformada e aceita pela Convenção Nacional *ad hoc*, 25 set. 1860; e com as reformas das Convenções de 1866, 1898, 1957 e 1994.
- . **Código Civil**. Buenos Aires: 25 set 1869.
- . Câmara Civil e Comercial de Jujuy. Primeira Sala. **Comunidade aborígene de Quera e Aguas Calientes – Povo Cochinoca v. Província de Jujuy**. Sentença. 14 set 2001.
- . Corte Suprema na Nação. **Defensoria Pública da Nação c/ Estado Nacional e outros (Província de Chaco) s/ processo de investigação**. Medida cautelar: Sentença. 18 set 2007.
- AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Quito: FUNDAP, 2003.

- BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama**. 2 ed. La Paz: Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Instituto Indigenista Interamericano, 2003.
- BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. **Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo I. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 37-61.
- BELIZE. Suprema Corte. **Aurelio Cal em seu favor e em favor da Vila Maya de Santa Cruz e outros v. General Attorney de Belize e outros**. Consolidated claims, claims 171 e 172 de 2007. Sentença. 18 out 2007, par. 130.
- BOLÍVIA. Tribunal Constitucional. **Sentença Constitucional 0295/2003-R**. Julgamento 2002-04940-10-RAC. Sentença. 11 mar 2003.
- . Tribunal Constitucional. **Sentença Constitucional 106/2003**. Julgamento 2003-07132-14-RDN. Sentença. 10 nov 2003.
- BONILLA, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes, Instituto Pensar, 2006.
- BOTERO MARINO, Catarina. Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades**. Cali, Universidad ICESI, 2003, p. 45-87.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 5 out 1988.
- COLOMBIA. **Lei 1021 de 2006**, por la cual se expide la Ley General Forestal. Bogotá: 20 abr. 2006.
- . Corte Constitucional. **Sentença SU-039/97**. 3 fev. 1997. [Magistrado Proponente: Antonio Barrera Carbonell].
- . ———. **Sentença T-652/98**. 10 nov. 1998. [Magistrado Proponente: Carlos Gaviria Díaz].
- . ———. **Sentença C-088/01**. 31 jan. 2001. [Magistrada Proponente: Martha Victoria Sáchica Méndez].
- . ———. **Sentença T-606/01**. 7 jun. 2001. [Magistrado Proponente: Marco Gerardo Monroy Caba].
- . ———. **Sentença C-418/02**. 28 mai. 2002a. [Magistrado Proponente: Alvaro tafur Galvis].
- . ———. **Sentença C-891/02**. 22 out. 2002b. [Magistrado Proponente: Jaime Araujo Rentería].
- . ———. **Sentença T-955/03**. 17 out. 2003. [Magistrado Proponente: Alvaro Tafur Galvis].
- . ———. **Sentença T-704/06**. 22 ago. 2006. [Magistrado Proponente: Humberto Antonio Sierra Porto].
- . ———. **Sentença C-030/08**. 23 jan. 2008. [Magistrado Proponente: Rodrigo Gil Escobar].

CONSELHO EUROPEU. **Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – Protocolo No. 11**. 4 nov. 1950. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua**. Sentença. 31 ago. 2001.

———. **Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai**. Sentença. 17 jun. 2005.

———. **Comunidade Indígena Sawhoyamaya v. Paraguai**. Sentença. 29 mar. 2006.

———. **Povo Saramaka v. Suriname**. Sentença. 28 nov. 2007.

COSTA RICA. **Constitución Política de la Republica de Costa Rica**. San José: 1949.

———. Suprema Corte de Justiça. Sala Constitucional. **Sentença 1992-3435**.

———. ————. ————. **Sentença 1993-5759**.

———. ————. ————. **Voto 2000-08019**. Caso 00-000543-0007-CO. Sentença. 8 set. 2000.

———. ————. ————. **Voto 2003-08990**. Caso 03-007279-0007-CO. Sentença. 26 ago. 2003.

EQUADOR. **Constitución Política de la República del Ecuador**. Quito: 2008

———. Tribunal Constitucional. **No. 170-2002-RA**: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentença. 13 ago. 2002.

FLORES JIMÉNEZ, Fernando (coord.). **Constitución y Pluralismo Jurídico**. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto de Derecho Público, 2004.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. **Desarrollo Económico**, v. 36, n. 144, p. 971-990, Jan-Mar. 1997.

GIANIBELLI, Guillermo. 2007. El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 355-388.

GOLDIN, Adrián. 2007. Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 315-354.

GUATEMALA. **Constitución Política de la Republica de Guatemala**. 1985, com reformas de 1993.

———. Tribunal Penal de Primeira Instância, de Narcotráfico e Delitos contra o

- Ambiente do Departamento de Totonicapán. **Caso E.312.2003 Of.** 6ta. Sentença. 25 jun. 2003a.
- . Corte de Apelação construída no Tribunal de Amparo. Terceira Sala. **Amparo No. 46-2003 Of.1.** Sentença. 30 out. 2003b.
- . Juizado de Paz Comunitária do Município de São Luis. Departamento de Petén. **Processo No. 517-2003 Of. I.** Sentença. 18 nov. 2003c.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. **Tese P. LXXVII/1999.** Seminário Judicial da Federação, t. X. Nov. 1999, p. 46.
- . ———. **Tese P. VIII/2007.** Seminário Judicial da Federação, t. XXV. Abr. 2007, p. 6.
- VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Caracas: 1999.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]. 27 jun. 1989. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>>. Último acesso em: maio de 2009.
- SERNA DE LA GARZA, José María. **La reforma del Estado en América Latina: los casos de Argentina, Brasil y México.** México: UNAM, 1998.
- SIEDER, Rachel (ed.). **Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy.** Nova York: Basingstoke, 2002.
- THOMAS, Constance; OELZ, Martin; BEAUDONNET, Xavier. The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir.** Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Genebra: OIT, 2004, p. 249-285.
- UPRIMNY, Rodrigo. 2001. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. In: **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.** Bogotá: Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. 2004. “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). **Emancipación social y violencia en Colombia.** Bogotá: Norma, 2004.

NOTAS

1. Sobre a Convenção 169 e sobre os direitos dos povos indígenas no direito internacional, ver ANAYA, 2005.
2. Maio de 2009. Os Estados que ratificaram a Convenção são Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, México, Paraguai, Peru e Venezuela.
3. Sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos por juízes locais ver, em geral, Abregú e Courtis (1997); Abramovich, Bovino e Courtis (2007). Especificamente sobre a aplicação das Convenções da OIT no âmbito local, ver Gianibelli (2007, p. 355-388), e Goldin (2007, p. 315-354). Ver também Thomas, Oelz e Beaudonnet (2004, p. 249-285).
4. No caso da Argentina, uma lista de tratados de direitos humanos foi incluída no artigo 75, parágrafo 22 da Constituição, e pode ser ampliada se, ao se aprovar um tratado de direitos humanos, reunir uma maioria qualificada. É também o caso do Brasil, que atribui aos tratados de direitos humanos aprovados por meio de um procedimento e de uma maioria qualificada o valor de uma reforma constitucional (ver BRASIL, Constituição Federal, artigo 5 °§ 3°).
5. Na Colômbia, por exemplo, a Corte Constitucional decidiu mais de quarenta casos nos quais invocou a Convenção 169. Ver a esse respeito, Botero Marino (2003, p. 45-87).
6. Entre os países da região em que se registraram aplicações judiciais da Convenção 169 estão Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Peru e Venezuela.
7. Ver BELIZE, Suprema Corte, *Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others, consolidated claims, claims 171 and 172 of 2007*, sentença de 18 de outubro de 2007, § 130.
8. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, sentenças 1992-3435 e 1993-5759.
9. De todo modo, a Constituição quatoriana de 2008 estabelece em seu artigo 417 que “Em caso dos tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos se aplicarão os mesmos princípios pró ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta estabelecidas na Constituição” – uma solução que se aproxima da que estabelece o “bloco de constitucionalidade”.
10. Ver MÉXICO, Suprema Corte de Justiça da Nação, tesis P. LXXVII/1999, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, novembro de 1999, p. 46; tesis P. VIII/2007, abril de 2007, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXV, abril de 2007, p. 6.
11. Como dissemos antes, no Brasil, os tratados de direitos humanos aprovados por meio de um procedimento especial e com uma maioria qualificada têm hierarquia constitucional, mas resta o problema da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos não aprovados desse modo – ou seja, praticamente a maioria dos tratados de direitos humanos, que foram ratificados antes da aprovação da reforma constitucional que estabelece o procedimento especial com maioria qualificada.
12. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença C-088/01, de 31 de janeiro de 2001 (Magistrada Martha Victoria Sánchez Méndez).
13. Ver BOLÍVIA, Tribunal Constitucional, Sentença constitucional 106/2003, Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentença de 10 de novembro de 2003.
14. A Corte Interamericana iniciou sua jurisprudência nesta área com o caso *Awas Tingni*. Nesse caso, considerou, pela primeira vez, que o direito à propriedade privada estabelecido no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – cujo texto é similar ao artigo 1° do Protocolo 1 à Convenção Européia de Direitos Humanos – deve ser interpretado, quando se trata de povos e comunidades indígenas, como um direito à propriedade coletiva ou comunal da terra. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Sentença de 31 de agosto de 2001, § 148-149. Nos casos aqui comentados, a Corte Interamericana amplia seus fundamentos, utilizando para isso a Convenção 169.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 127 y 130.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 131.
18. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 136.
19. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 150 y 151.
20. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentença de 29 de março de 2006, § 117-119 e 150-151.
21. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Pueblo Saramaka v. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007, § 93-94 e 131.
22. Ver ARGENTINA, Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala Primera, *Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochínoca v. Provincia de Jujuy*, sentença de 14 de setembro de 2001.

23. Ver Convenção 169, artigo 6.1 a): “[A]o aplicar as disposições do presente Convenção, os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular através de suas instituições representativas, cada vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas susceptíveis de afetá-los diretamente”. Ver também artigos 7 e 15 da Convenção.
24. Ver, por exemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Pueblo Saramaka v. Suriname*, cit., § 133-137.
25. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença SEU-039/97, de 3 de fevereiro de 1997 (Magistrado: Antonio Barrera Carbonell).
26. Ver, por exemplo, COLÔMBIA, Sentenças T-652/98, de 10 de novembro de 1998; T-606/01, de 07 de junho de 2001; C-418/02, de 28 de maio de 2002a; C-891/02, de 22 de outubro de 2002b e T-955/03, de 17 de outubro de 2003.
27. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença C-030/08, de 23 de janeiro de 2008 (Magistrado: Rodrigo Gil Escobar).
28. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça da Nação, Sala Constitucional, Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, sentença de 8 de setembro de 2000.
29. Ver EQUADOR, Tribunal Constitucional, nº. 170-2002-RA, *Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional*, sentença de 13 de agosto de 2002.
30. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit., § 161-169, 172 e 175, e *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, cit., § 152-178.
31. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Yakye Axa*, cit., § 161 e 162.
32. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Yakye Axa*, cit., § 163.
33. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005 § 205, 220 e 221, e *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentença de 29 de março de 2006, § 224, 229, 230 e 232.
34. Ver Argentina, Corte Suprema de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento*, sentença de 18 de setembro de 2007 (medida cautelar).
35. Ver COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença T-704/06, de 22 de agosto de 2006 (Magistrado: Humberto Antonio Sierra Porto).
36. Ver COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, Voto 2003-08990, Expediente 03-007279-0007-CO, sentença de 26 de agosto de 2003.
37. Ver GUATEMALA, Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoatividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, Expediente E.312.2003 Of. 6to., sentença de 25 de junho de 2003.
38. Ver GUATEMALA Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén, Processo nº. 517-2003 Of. I., sentença de 18 de novembro de 2003.
39. Ver GUATEMALA Corte de Apelaciones constituída em tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo nº. 46-2003 Of. 1., sentença de 30 de outubro de 2003.
40. Ver BOLÍVIA, Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC, sentença de 11 de março de 2003.
41. Ver Convenção 169 da OIT, artigo 8: “1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para solucionar conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo, não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”.

ABSTRACT

This article presents some cases that are emblematic of the application of the International Labour Organisation's Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, by courts of Latin America. It discusses: a limited number of cases that cover various topics and represent the distinct countries of the region; and the regional court of human rights – the Inter-American Court of Human Rights. These cases are highlighted either according to their subject, by the innovative insight they offer, or by the relevance of their consequences. Before outlining these cases, however, some clarifications are presented which might be useful in explaining the material set forth below and the context in which the material should be situated.

KEYWORDS

Convention 169 – ILO – Indigenous and Tribal Peoples – Courts – Latin America – International Treaties Application

RESUMEN

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por tribunales de América Latina. Discute un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se destacan por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, se efectúan algunas aclaraciones previas que pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

PALABRAS CLAVE

Convenio 169 – OIT – Pueblos Indígenas y Tribales – Tribunales – América Latina – Aplicación de los tratados internacionales



BENYAM D. MEZMUR

Pesquisador, Community Law Centre, Universidade de Western Cape (UWC).
Bacharel em Direito (Addis Ababa), Mestre em Direito (Pretória), Candidato a
Doutorado (UWC).

Email: benyamdawit@yahoo.com.

RESUMO

A crescente popularidade das adoções internacionais não é algo recente. Recente, entretanto, é a atração que, cada vez mais, crianças africanas têm despertado em potenciais pais adotivos que vivem em outras partes do mundo, como exemplificado pelas adoções de Angelina Jolie e Madonna. As opiniões sobre a adoção internacional estão divididas entre a necessidade e conveniência desta prática, mas a visão que a considera uma panacéia para crianças sem pais e pais sem filhos prevalece. Por outro lado, alguns países têm se mostrado resistentes à retirada de crianças do Terceiro Mundo de seus ambientes familiares para serem alocadas em casas fora de seu país natal – prática entendida como “imperialista”. Atualmente, a idéia a qual a adoção internacional está ligada é a de que esta seria uma medida de último recurso, mas pesquisas sobre qual o seu verdadeiro significado (ou qual deveria sê-lo), e quais as suas implicações para a política de bem-estar da criança e para a legislação africana são difíceis de encontrar. Este artigo pretende contribuir para o preenchimento desta lacuna.

Versão Original em Inglês. Traduzido por Raquel Mozzer.

Recebido em: fevereiro de 2009. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção internacional – Princípio da Subsidiariedade – Medidas de Último Recurso – Direito da Criança – África.

AGRADECIMENTO

Parte da pesquisa utilizada para a composição deste artigo foi conduzida enquanto bolsista (Short Stay Fellow) do Utrecht Centre for European Research in Family Law, localizado no Molengraaff Institute for Private Law (Utrecht University). Gostaria de destacar, portanto, que o artigo contou com subsídios da pesquisa financiada pela National Research Foundation.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO NA ÁFRICA: PROMOVER OS DIREITOS DE UMA CRIANÇA AO INVÉS DO DIREITO A UMA CRIANÇA

Benyam D. Mezmur

1. Introdução

A crescente popularidade da adoção internacional, desde sua introdução no cenário legal internacional após a II Guerra Mundial, não é recente. Recente, entretanto, é crescente o interesse que crianças africanas têm despertado em potenciais pais adotivos que vivem em outras partes do mundo. Dentre outros fatores, não há dúvidas que esse recente interesse tenha sido incentivado pelo aumento da cobertura midiática que continua a sensacionalizar as condições de abandono e dos orfanatos de crianças africanas, notícias apresentadas ao público de todo o mundo, seguidas de informações sobre as últimas adoções internacionais com visibilidade na região. Logo, as adoções internacionais de Angelina Jolie (da Etiópia) e Madonna (de Malauí) vêm à mente.

As opiniões sobre a necessidade e moralidade da adoção internacional são divergentes. Entretanto, a visão que considera a prática uma panacéia para crianças sem pais e pais sem filhos prevalece. A adoção internacional como oportunidade de resgatar crianças de vidas destituídas é a percepção de muitos. Entretanto, a necessidade de alocar crianças do Terceiro Mundo privadas de seu ambiente familiar em casas fora de seus países nativos encontrou alguma resistência de seus Estados de origem, que consideram tal procedimento uma prática “imperialista.” Alguns países africanos decidiram restringir a adoção internacional para certas situações severamente definidas¹ e, nos mais extremos, prevaleceu a preferência pela proibição da adoção internacional como um todo².

Enquanto está em curso o debate a favor e contra a prática, o entendimento legal que tem surgido é de que a adoção internacional deve ser usada como medida de último recurso. O Comitê dos Direitos da Criança (Comitê CRC, sigla em inglês) reafirmou essa posição ao concluir que “a adoção internacional deve ser considerada à

Ver as notas deste texto a partir da página 104.

luz do Artigo 21, especificamente como medida de último recurso.” (COMITÊ CRC, 2004, §47). Organizações influentes como o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) coincidem com essa posição. De acordo com um dos princípios fundamentais que sustentam a prática da adoção internacional – o princípio de subsidiariedade – a adoção internacional é prevista apenas quando estabelecido que não há disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança.

Embora tenha se tornado um lugar comum dizer que a adoção internacional deve ser entendida como medida de último recurso, o que realmente isto significa (ou deveria significar) e quais são suas implicações nas políticas e leis de bem estar da criança na África são assuntos raramente pesquisados, sobre os quais existem poucas informações. Esse artigo é uma modesta tentativa de contribuir para o preenchimento dessa lacuna. Com esse propósito, vários tópicos apresentam-se para serem comentados: a adoção internacional deveria ser categoricamente uma medida de último recurso? O que afinal significa último recurso? Levando em conta o contexto sócio-econômico e cultural, cabe questionar como o “último recurso” deve ser compreendido e implementado no continente africano? Os membros da família biológica (pais e/ou família estendida) podem invocar o requisito de último recurso para repudiar a adoção internacional mesmo quando estiver claro que não é do melhor interesse da criança permanecer com a família biológica? Possíveis pais dos países de origem da criança podem invocar o requisito do “último recurso” para conseguir preferência categórica sobre, e acima qualquer perspectiva, de pais adotivos estrangeiros? Países africanos podem resistir a qualquer adoção internacional sob a alegação da força da identidade cultural do país de origem da criança? Sem nenhuma ordem específica, esse artigo tenta abordar esses tópicos. Acompanhado por recomendações preliminares, uma sessão conclusiva resume o trabalho.

2. Estrutura jurídica internacional

Sob o direito internacional, nem a Declaração dos Direitos da Criança de 1924 nem a de 1959, determinaram condições claras para o princípio de subsidiariedade no contexto de cuidado alternativo para crianças privadas de seu ambiente familiar³. Entretanto, os três instrumentos que fazem da adoção internacional tema de legislação internacional de direitos humanos têm cláusulas ligadas ao princípio de subsidiariedade, incluindo a adoção internacional. Esses instrumentos são a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), a Carta Africana dos Direitos e Bem Estar da Criança (ACRWC, sigla em inglês), e a Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia).

Como identificado pelo Comitê CRC, os chamados “quarto pilares” da CDC conferem às crianças o direito à não discriminação; direito a ter seus melhores interesses como “consideração primária” em todas as ações relacionadas a elas; o direito inerente à vida; e o direito daquela criança “que é capaz de formar seu próprio ponto de vista [...] a expressar sua opinião livremente sobre todos os aspectos que afetem a criança.” (CDC, Art. 12). De acordo com o Artigo 21, a CDC procura assegurar, entre outras coisas, o uso padrão do princípio de “melhor interesse da criança”. Na

verdade, é válido notar que a adoção é a única esfera amparada pela CDC na qual o melhor interesse da criança deve ser *a principal* consideração⁴. A CDC considera apropriada a adoção internacional apenas quando “a criança não pode ser colocada em uma família adotiva ou não pode, de maneira alguma, ser amparada em seu país de origem.” (CDC, Art. 21(b)). Também existem outras garantias que a CDC não endereça diretamente à adoção, mas que ainda assim possuem importantes implicações para a adoção internacional⁵. A CDC foi ratificada por 193 Estados⁶.

No contexto Africano, a CDC é complementada pela ACRWC⁷. O Artigo 24 da ACRWC lida com o tema da adoção internacional. A comparação entre o Artigo 24 da ACRWC e o Artigo 21 da CDC destaca fortes semelhanças e poucas diferenças entre eles. É suficiente para o propósito desse artigo mencionar que a ACRWC indica explicitamente que a adoção internacional é uma medida de “último recurso”. A ACRWC recebeu a ratificação de 45 países.

A Convenção de Haia é o tratado mais diretamente aplicável na esfera da adoção internacional. Ela afirma em seu preâmbulo que seus signatários “reconhecem que a criança, para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em uma atmosfera de alegria, amor e compreensão”. O preâmbulo também afirma que, para a criança que não pôde permanecer com sua família de origem, a “adoção internacional pode oferecer as vantagens de uma família permanente para aquelas crianças que não se pôde encontrar uma família adequada em seu Estado de origem.” De relevância mais direta para a hierarquia da adoção internacional, dentro das opções de cuidado para as crianças privadas de seu ambiente familiar, temos o Artigo 4(b), que afirma que:

Uma adoção no escopo da Convenção pode acontecer apenas se as autoridades competentes do Estado de origem; b) determinarem que, depois que outras possibilidades de alocar a criança em seu Estado de origem foram levadas em consideração, uma adoção internacional seja do melhor interesse da criança. (CONVENÇÃO DE HAIA).

Mesmo que a CDC e a ACRWC tratem sobre a adoção internacional, esses instrumentos parecem ter uma visão bastante limitada e não muito clara de quando essa adoção é apropriada. Entretanto, é importante mencionar a compatibilidade da CDC e da ACRWC com a Convenção de Haia, que dá preferência a adoção no país de origem frente a adoção internacional. Contudo, a preferência justificada pela CDC e pela ACRWC para lares adotivos temporários no país de origem [no original, *in-country foster care*] e para a institucionalização frente a adoção internacional é mais controversa, e parece estar em contradição com a Convenção de Haia.

3. Análise da adoção internacional como medida de último recurso

Visto que, sob o direito internacional, crianças privadas da convivência de suas famílias devem se beneficiar de cuidado alternativo, como (para citar relevantes dispositivos da CDC) “lares adotivos temporários, *kafalah* da legislação Islâmica, adoção ou, se necessário, o encaminhamento para uma instituição adequada”

(CDC, art. 20(3)), a hierarquia a ser seguida e o lugar onde a adoção internacional deve figurar dentre essas opções continuam pouco claros. Por exemplo, é a adoção internacional ou o encaminhamento da criança aos cuidados de uma instituição que deverá ser considerada como medida de “último recurso”? O que pode e deve realmente significar “último recurso” para o melhor interesse da criança? A adoção doméstica deve sempre ter preferência sobre as outras opções de cuidado?

Tento em vista a diferente hierarquia entre as opções de cuidados alternativos conferidos à adoção internacional na implementação do princípio da subsidiariedade sob a CDC e a ACRWC de um lado, e a Convenção de Haia do outro, uma posição legal e finalmente capaz de promover os melhores interesses da criança africana através da adoção internacional deve ser encontrada.

3.1. Desdobramentos da adoção internacional como medida de último recurso: algumas observações preliminares

À princípio, é importante destacar que a adoção internacional como um cuidado alternativo foi ponto controverso durante a elaboração da CDC. Citando o *travaux préparatoires*, Detrick ressaltou que o representante do Brasil havia indicado que a delegação de seu país entendeu o Artigo 21(b) como a promoção de um meio alternativo de cuidado “quando todas as outras possibilidades foram esgotadas.” (DETRICK, 1999; COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS [CDH] 1989, §369). Como resultado, e acoplado ao não reconhecimento da prática sob a lei Islâmica, foi realizado um esforço para que a CDC caracterizasse a adoção internacional como exceção, e não como uma regra.

A idéia de fazer com que a adoção internacional estivesse geralmente subsidiária a outras opções de cuidado alternativo possui razões específicas, que estão inerentemente vinculadas à promoção dos melhores interesses da criança. A seguir apresento um breve olhar para algumas dessas razões e suas implicações.

3.2. Ênfase na família biológica e na adoção doméstica

Uma das primeiras implicações de se tornar a adoção internacional geralmente subsidiária com base na CDC, ACRWC, e Convenção de Haia, é pelo fato destes instrumentos darem primazia à convivência familiar (COEK, 2006)⁸. E dada esta preferência geral pelo ambiente familiar, supõe-se que as crianças crescerão melhor com sua família biológica ou com outras pessoas com quem já tenha convivido no ambiente familiar, se possível, e quando de acordo com o melhor interesse da criança⁹. Em concordância com essas afirmações, Hodgkin e Newell afirmam que a CDC estabelece uma “presunção [...] de que os melhores interesses da criança estarão garantidos quando ela estiver com seus pais, sempre que possível.” (HODGKIN; NEWELL, 2002, p. 295). As implicações disso são que, de acordo com o Comitê CRC, apenas quando todas as opções para manter a criança com sua família se esgotarem e se provarem ineficientes ou impossíveis, que a adoção (ou qualquer outro tipo de cuidado alternativo) deve ser prevista (SYLVAIN; BOECHAT, 2008, p. 25).

O provérbio que diz que “é preciso uma aldeia inteira para educar uma criança”

é mais verdadeiro na África do que em qualquer outro lugar do mundo. Portanto, para o contexto africano, reconhecer o papel da família estendida e da comunidade é ainda mais pertinente. Como resultado, ao considerar a adoção internacional como geralmente subsidiária, os esforços que reconhecem o papel da família estendida e da comunidade para cuidar de suas crianças devem ser encorajados e apoiados.

Outra vantagem sobre o requisito de último recurso, de acordo com o princípio da subsidiariedade, é encorajar a adoção doméstica ao invés da adoção internacional (*INTERNATIONAL REFERENCE CENTRE FOR THE RIGHTS OF CHILDREN DEPRIVED OF THEIR FAMILY* – ISS/IRC, 2006b, p. 1). A adoção doméstica normalmente está no alto da hierarquia das opções disponíveis como cuidado alternativo para crianças privadas de seu ambiente familiar. O fato da adoção doméstica ser uma solução nacional, uma colocação permanente da criança e, ainda, oferecer um ambiente familiar, a coloca na frente de outras opções de cuidado alternativo. Além disso, existem evidências de que em países onde a adoção é bem estabelecida, há um alto nível na taxa de sucesso nas colocações permanentes, especialmente quando as decisões foram guiadas pelo melhor interesse da criança e as crianças foram adotadas, preferencialmente, ainda pequenas (TRISELIOTIS; SHIREMAN; HUNDLEBY, 1997).

3.3 Promovendo o uso de outras soluções domésticas

Tornar a adoção internacional subsidiária e como medida de último recurso possibilitaria o desenvolvimento e uso de outras opções domésticas de cuidados alternativos. Lares adotivos temporários, *Kafalah* da lei Islâmica/ lei *Sharia*, assim como a institucionalização da criança, enquanto de natureza doméstica, estão previstas sob o direito internacional e podem, algumas vezes, beneficiar crianças privadas dos cuidados de suas famílias.

Lares adotivos temporários, que deveriam ser realmente temporários, podem, no entanto, continuar até a vida adulta, mas não devem impedir a criança de retornar aos seus pais biológicos. Também não podem impedir a adoção (VAN BUEREN, 1998, p. 103). Entre as vantagens dos lares adotivos temporários está o fato de que ele oferece um ambiente familiar, possibilita este ambiente para a criança *temporariamente* privada dos cuidados de sua família e parece contribuir financeiramente para o sistema encarregado do bem estar da criança¹⁰. Na África, como na maior parte do mundo menos desenvolvido, o lar adotivo temporário tende a ser informal (frequentemente chamado de *kinship care* – cuidado por parentes)¹¹. É menos desenvolvido e altamente desregulamentado por lei e por políticas públicas quando comparado às outras opções de cuidados alternativos.

Relacionadamente, a prática de *Kafalah* sob as leis Islâmicas (lei *Sharia*) implica na aceitação de crianças sem família no que é equivalente a uma forma permanente de lar adotivo temporário, mas sem que a criança em questão receba o nome da família ou os direitos à herança da família na qual foi colocada (HODGKIN; NEWELL, 2002, p. 295-296). Uma boa parte da população de diversos países africanos aderiu às leis *Sharia*. Um bom exemplo é a Nigéria. Países no continente (com exceção daqueles no Norte da África) que aplicam as leis *Sharia*

em graus variados também incluem o Senegal, Somália, Mali, Chade, Sudão, Djibuti, Eritreia, Etiópia, Tanzânia, Quênia e Uganda. Portanto, o desenvolvimento do *Kafalah* como uma solução doméstica e familiar abarca a capacidade de promover os direitos da criança no continente.

Finalmente, enquanto uma discussão detalhada relacionada à institucionalização é adiada para uma sessão separada, vale mencionar que a institucionalização poderia desempenhar um papel curto e temporário na promoção dos direitos da criança privada do ambiente de sua família. Por exemplo, instituições podem servir como locais transitórios para crianças que aguardam adoção.

3.4 Manter a identidade cultural do país de origem

Considerar a adoção internacional subsidiária a qualquer outro cuidado alternativo possibilita a promoção da identidade cultural da criança. A identidade cultural é um tema transversal que tende a enfatizar a preferência pela família biológica (tanto pais quanto membros da família estendida) e pela adoção doméstica frente à adoção internacional. As opções anteriores geralmente garantem a continuidade da identidade cultural da criança quando ela cresce na cultura, língua e história de seu país de origem.

Entretanto, alguns proponentes da adoção internacional preferem uma interpretação mais ampla à noção de adoção internacional como último recurso. Em alguns momentos, encobertos pela desculpa de promover o melhor interesse da criança, esse grupo pode ter facilitado os interesses de possíveis pais adotivos internacionais e preferido dar pouca ou nenhuma importância à identidade cultural (SIMON; ALTSTEIN, 2000, p. 45-47). É importante lembrar que essa definição mais ampla pode não ser utilizada para fazer da adoção internacional um “primeiro recurso” e age como um facilitador para tornar a criança disponível para adoção internacional antes de considerar soluções domésticas, como a adoção.

Tal abordagem não estaria de acordo com as provisões da CDC e da ACRWC. Como Woodhouse (1995, p. 114) nota, “[...] a cultura de origem, não importa o quão difícil sua definição com lógica satisfatória, interessa à criança e, portanto, deve importar para a legislação de adoção”. Mesmo porque, no Artigo 20(3) da CDC lê-se que, quando consideramos soluções de cuidados alternativos, “devidas considerações devem ser levadas em conta no que tange a vontade de continuidade da educação da criança e de seu histórico étnico, religioso, cultural e lingüístico”.

Curiosamente, algumas vezes o mesmo conceito de identidade cultural é usado pelos oponentes da adoção internacional para negar um ambiente familiar à criança, mesmo quando está claro que a adoção internacional seria o melhor para os interesses da criança¹². A idéia de que a adoção internacional permite que culturas dominantes e desenvolvidas “arranque o recurso mais precioso do país em desenvolvimento, suas crianças”, (KLEEM, 2000, p. 325-326) prevalece nesse grupo. Porque o direito da criança a um nome e nacionalidade são cruciais para sua identidade (CRC, Art. 7 e 8), “opponentes da adoção internacional argumentam que, ao invés de promover a identidade da criança, a prática a separa e a substitui por um nome e identidade escolhidos pelos pais adotivos” (OLSEN, 2004, p. 510). Infelizmente, é fato que alguns grupos (algumas vezes a nação como um todo)

considera que reclamar o direito de custódia ou controle sobre suas crianças é um assunto (WOODHOUSE, 1995, p. 112) que tem prevalência em detrimento à proteção dos melhores interesses dessas crianças.

Entretanto, uma das realizações da CDC (e também da ACRWC) é elevar as crianças ao patamar de portadoras de direitos. Justificam afirmando que Estados possuem o direito a custódia e controle sob suas crianças, sem nenhuma consideração com os melhores interesses delas, reduzindo-as à “criança objeto”. Como corretamente advoga Woodhouse, “uma perspectiva focada na criança sugeriria que o direito à preservação da identidade de origem de um grupo é melhor analisada como direito da criança, e de responsabilidade e tutoria do grupo.” (WOODHOUSE, 1995, p. 112) Em alguns casos os conceitos de “continuidade” e “história” do Artigo 20(3) da CDC e do Artigo 25(3) da ACRWC são utilizados para justificar a primazia da identidade cultural, e servem como base para a proibição ou menosprezo da adoção internacional como um meio alternativo de cuidado. Entretanto, como Cantwell e Holzscheiter corretamente nos lembram:

[...] enquanto relacionadas, as questões da “continuidade” e da “história” não devem ser vistas como únicas e nem como o mesmo assunto. O texto do artigo 20 não demanda explicitamente “continuidade [...] do histórico da criança [...]”, mas requer que devida atenção seja dada tanto à continuidade da educação quanto ao histórico da criança. (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 61).

Este argumento adiciona clareza à posição de que a cultura não pode, e não deve, ser usada como cortina de fumaça para negar o direito de uma criança de crescer em um ambiente familiar, quando uma família só puder ser encontrada fora de seus país de origem. Além disso, “está claro no texto do Artigo 20 que não existe nenhuma responsabilidade absoluta para assegurar a *continuidade* ou que a decisão sobre a qual o cuidado alternativo que será escolhido esteja baseado no histórico da criança, mas apenas que seja dada a ‘devida consideração’ para cada um desses fatores” (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63). Entretanto, em contraposição, não resolve nada legislar que “Estados-membros devam assegurar cuidados alternativos de acordo com suas leis nacionais” (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63).

À nível regional, interessantemente, a ACRWC expressa que devem ser consideradas “as virtudes de suas [dos Estados-membros africanos] heranças culturais, contexto histórico e dos valores da civilização africana, que deveriam inspirar e caracterizar suas reflexões sobre o conceito dos direitos e do bem estar da criança.” (ACRWC, 7ª cláusula do preâmbulo). Entretanto, mesmo que o Artigo 20(3) copie da CDC quase que palavra por palavra, a ACWC omite a palavra “cultural” quando lista as informações do passado da criança que deverão ser levadas em conta quando considerado o cuidado familiar alternativo (ACRWC, Art. 25(3)). Nesse sentido, se o melhor interesse da criança tem algum significado real, ou possa ser uma “consideração primordial” (CDC, Art. 21; ACRWC, Art. 4), a preservação da identidade cultural deve ser entendida como meio e não necessariamente como um fim em si próprio, quando considerado o cuidado alternativo de crianças privadas de seu ambiente familiar.

3.5 *Protegendo crianças separadas de seus pais e refugiadas*

O requisito de último recurso para a adoção internacional também tem implicações na promoção e proteção dos direitos de crianças separadas de seus pais e refugiadas. Nesse sentido, o Comentário Geral nº 6 do Comitê CRC sobre crianças separadas de seus pais e refugiadas é de grande orientação. O Comitê primeiramente afirma que:

Estados devem respeitar completamente as condições previstas no Artigo 21 da Convenção assim como as de outros instrumentos internacionais relevantes, incluindo, particularmente, a Convenção de Haia para Proteção de Crianças e Cooperação em Respeito da Adoção Internacional, de 1993, e suas Recomendações Relacionadas à Aplicação a Refugiados e outras Crianças Internacionalmente Deslocadas, de 1994, quando considerarem a adoção de crianças [...] desacompanhadas. (COMITÊ CRC, 2005, § 90).

Em seguida, destaca que os Estados devem, em particular, observar que a adoção de crianças desacompanhadas ou separadas só pode ser considerada quando for estabelecido que a criança está em condições para ser adotada. Na prática isso significa, *inter alia*, que os esforços com o objetivo de encontrar e reunir sua família falharam, ou que os pais consentiram com a adoção (COMITÊ CRC, 2005 § 91).

Claramente, crianças refugiadas desacompanhadas ou separadas de seus pais não podem ser adotados com pressa, no auge de uma emergência. Na verdade, a adoção não deve ser considerada onde ainda exista esperança de encontrar ou reunir a família, e a não ser que um tempo razoável tenha passado, durante o qual todas as maneiras viáveis para encontrar os pais ou outro membro familiar sobrevivente tenham sido utilizadas¹³. Além disso, adoção em um país de asilo não deve acontecer quando existe a possibilidade de, em um futuro próximo, repatriação voluntária sob as condições de segurança e dignidade do país de origem.

Tanto com base na CDC quanto na ACRWC¹⁴, crianças refugiadas desacompanhadas ou separadas devem ter acesso aos serviços básicos, a um procedimento de asilo e a cuidado temporário e proteção. Portanto, as autoridades relevantes devem identificar e determinar o melhor interesse da criança a longo prazo e seus cuidados. E, mesmo que a adoção internacional seja identificada como uma opção que atenda aos interesses da criança a longo prazo, não se deve recorrer a tal opção a não ser que todos os esforços para encontrar e reunir a família falhem, que sejam analisadas as opções de adoções dentro do próprio país e que um período razoável de tempo tenha passado. Portanto, a adoção internacional como medida de último recurso deve ser entendida como adoção severamente restrita para crianças refugiadas e separadas.

3.6 *Movendo a adoção internacional de ultimo recurso para “nenhum recurso” em função do melhor interesse da criança*

O simples fato de ser um Estado-membro da CDC e da ACRWC não torna automaticamente impositiva a nenhum país uma obrigação internacional que permita a adoção internacional como medida de cuidado alternativo. Uma leitura atenta da

redação cuidadosa do Artigo 21 da CDC (assim como do Artigo 24 da ACRWC) revela que a advertência contida neste artigo determina que “Estados-membros que *reconheçam e/ou permitam* o sistema de adoção [...]” (minha ênfase), enquanto o Artigo 24 da ACRWC fala dos “Estados Partes *que reconheçam* o sistema da adoção [...]” (minha ênfase).

As *travaux préparatoires* da CDC indicam que essa condição foi adicionada durante as negociações em resposta às intervenções de vários países muçulmanos (particularmente Bangladesh), já que as leis islâmicas não reconhecem o conceito de adoção (CENTRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS, 1995, p. 16). Portanto, adoção internacional como último recurso é indicativa de sua natureza subsidiária e, por extensão, que a prática não é necessariamente uma prioridade, ou por esse mesmo motivo não significa que seja necessariamente aceita como um meio alternativo de cuidado. Em outras palavras, a não existência da adoção internacional, ou a suspensão da mesma, em um Estado membro da CDC e/ou da ACRWC como um meio alternativo de cuidado não poderia ser uma violação desses instrumentos.

Baseado nesse fato, pode-se discutir que a possibilidade de mover a adoção internacional como uma medida de último recurso para uma medida de “nenhum recurso” é possível, e algumas vezes necessário. Porém, tal possibilidade (e algumas vezes necessidade) deve ser explorada apenas para promover e proteger os melhores interesses da criança, e não prejudicá-los. Em outras palavras, o fato de não existir obrigação que permita a adoção internacional como meio de cuidado alternativo também implica, mesmo que remotamente, na possibilidade de suspender a prática quando o melhor interesse da criança estiver comprometido. Portanto, existe a necessidade e possibilidade de impor uma suspensão das adoções internacionais em momentos nos quais um país é afetado por uma catástrofe ou quando irregularidades estão comprometendo os melhores interesses da criança. Como exemplo, a República do Congo, que ainda enfrenta em algumas partes de seu território violência e conflitos armados, anunciou que estava suspendendo todas as adoções internacionais por causa dos eventos ocorridos no Chade (SERVIÇO SOCIAL INTERNACIONAL – ISS, 2008a, p. 3). O Ministério do Bem Estar Social do Governo de Zâmbia, o Governo de Togo e, apenas recentemente, o Governo da Libéria também suspenderam as adoções internacionais (ISS, 2008b, p. 3). As razões oficiais fornecidas para a suspensão da adoção internacional nesses três países foram: a necessidade de garantia que a prática atenda o melhor interesse da criança, e para desvendar as disfunções do sistema de adoção que têm potencial para violar os direitos da criança (ISS, 2008b, p. 3).

4. Quão último é o “último recurso”?

Central a esse artigo é a tentativa de, senão como resposta à, ao menos para explorar os possíveis significados e implicações do que é, e o que deveria ser, entendido por adoção internacional como medida de último recurso. Além das observações preliminares, tal exploração, dentre outras coisas, requer: pesar os valores das outras opções de cuidado, em particular, comparar a adoção internacional com institucionalização; olhar a posição do Comitê CRC referente a este assunto; e, finalmente, recorrer às

regras da justiça juvenil para desenhar uma possível, mas remota, similaridade com a linguagem do “último recurso” no contexto de privação de liberdade, e investigar se alguma direção é viável para alcançar um melhor entendimento do conceito que quer tornar a adoção internacional como um “último recurso”.

4. 1 A hierarquia das opções de cuidados alternativos

Inúmeros especialistas criticaram o fato da CDC ter falhado ao tentar esclarecer de maneira bem sucedida a devida hierarquia das soluções a serem providas às crianças privadas do ambiente de suas famílias (DILLON, 2008, p. 40). No Preâmbulo do projeto do Protocolo para a Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças (UNCRC) em Orfanatos Sociais, Dillon destaca sua preocupação que “[...] os Artigos 20 e 21 da UNCRC não sejam suficientemente claros sobre o relacionamento entre a criança em desenvolvimento e a necessidade urgente pela permanência em uma situação familiar.” (DILLON, 2008, p. 85).

A UNICEF segue os seguintes princípios para hierarquizar as opções que geralmente regem e asseguram a longo prazo os melhores interesses no cuidado da criança, uma vez que a necessidade para tais cuidados tenha sido demonstrada:

soluções baseadas na família são geralmente preferidas frente às alocações institucionais; soluções permanentes são geralmente preferidas frente às inerentemente temporárias; e soluções nacionais (domésticas) são geralmente preferidas às envolvendo outros países. (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA INFÂNCIA – UNICEF, 1998, p. 5).

Avaliada frente a essa lista, a adoção internacional preenche os requisitos dos dois primeiros princípios, mas não do terceiro, enquanto os lares adotivos temporários preenchem o primeiro e o terceiro, e muitas vezes não preenchem o segundo. O mesmo não pode ser dito sobre a institucionalização¹⁵, já que esta medida não é nem baseada na família, nem permanente (normalmente). Portanto, de acordo com estes princípios, a adoção internacional e o lar adotivo temporário são invariavelmente considerados subsidiários para qualquer outra solução prevista que corresponda aos três princípios – em particular, a adoção doméstica. Entretanto, eles devem ser cuidadosamente pesados contra qualquer outra solução que também encontre dois desses princípios básicos¹⁶, e não devem ser automaticamente considerados excluídos em favor da institucionalização. Essa abordagem se apóia no fato de que determinar o melhor interesse da criança não pode ser restringido por fórmula legal mecânica ou através de um quadro hierárquico rígido de opções de cuidado¹⁷.

É pertinente nesse momento expressar algumas palavras de cuidado. Primeiro, é importante entender que o uso do termo último recurso é relativo e depende de quais opções que estão disponíveis como cuidado alternativo. Pode-se discutir que todas as opções de cuidado alternativo deveriam ser consideradas como medidas de último recurso, se comparadas com a opção de manter a criança com sua família biológica. Nesse sentido, o Comitê da CRC acredita que “[...] em muitos Estados-membros o número de crianças separadas de seus pais e colocadas em situação de cuidado alternativo está aumentando e em grau elevado” (COMITÊ CRC, 2006, §

654). Como resultado desta constatação, o Comitê da CRC expressou preocupação com o fato de “[...] essas colocações não serem sempre medidas de último recurso e, portanto, não serem do melhor interesse da criança” (COMITÊ CRC, 2006, §654). A referência feita pelo Comitê da CRC a “seus pais” implica a pais biológicos ou adotivos. Ainda, a referência à “essas colocações” inclui todas as opções de cuidado alternativo (como lares adotivos, cuidado residencial e outras formas de cuidado alternativo), e destaca que essas opções devem ser medidas de último recurso após todas as tentativas de manter a criança com sua família biológica tenham falhado.

Mesmo quando a escolha é entre adoção internacional e outra opção de cuidado alternativo, podem existir circunstâncias excepcionais que requeiram que a adoção internacional seja medida de primeira instância. Para mencionar um exemplo, seria muito difícil sustentar que uma criança privada do ambiente familiar que tenha a chance de ser colocada em um novo lar com uma tia de fora de seu país deva ser institucionalizada simplesmente porque a adoção internacional deve ser uma medida de último recurso. Em outras palavras, o princípio de subsidiariedade deveria estar sujeito aos melhores interesses da criança¹⁸.

Na verdade, a natureza não primordial do princípio da subsidiariedade está bem articulada no julgamento da Corte Constitucional da África do Sul. O caso *AD e Outro vs. DW e Outros*¹⁹ discutiu a custódia única e guarda única de cidadãos dos Estados Unidos da América que queriam adotar uma criança sul africana, o Bebê R. Como interpretar e aplicar esses princípios no caso do Bebê R foi debatido tanto nas instâncias inferiores, quanto na Corte Constitucional. Em sua argumentação, mesmo que a Corte tenha concordado que o princípio da subsidiariedade “tenha que estar ligado a diversos fatores que regem os princípios da adoção internacional, uma investigação contextualizada caso à caso deve ser conduzida por agentes responsáveis pela proteção infantil e por oficiais judiciais peritos nos princípios envolvidos”, e alertou em sua declaração que “não é para ser dito que o princípio da subsidiariedade é o principal fator governante nas adoções internacionais²⁰” – no entanto, é o princípio do melhor interesse da criança que foi acordado como sendo o principal fator governante²¹.

Um ponto que merece destaque no contexto da adoção internacional (ou por esse motivo, qualquer outra opção de cuidado alternativo) é o papel da participação da criança. Como mencionado acima²², o direito da criança “capaz de formular seu próprio ponto de vista [...] e de expressá-los livremente em todos os assuntos que afetem a criança” (Artigo 12 do CDC e Artigo 7º do ACRWC) é um dos quatro princípios fundamentais de ambas as convenções, CDC e ACRWC. Dependendo do desenvolvimento gradual da criança, e da opinião da mesma, existe a necessidade de se reconhecer que a adoção internacional pode ser tanto uma medida de primeiro quanto de último recurso.

Finalmente, o argumento de que a redação da CDC e da ACRWC prevê soluções nacionais acima das soluções com base na família pode ser contraposto pela idéia de que esses instrumentos precisam ser interpretados progressivamente. Mesmo porque a CDC, assim como a ACRWC e todos os instrumentos de direitos humanos, devem ser considerados instrumentos vivos, cujas interpretações se desenvolvem com o tempo. Somos lembrados deste fato pelo Comitê da CRC

(COMITÊ CRC, 2007a, § 20). Nesses termos, a suposição inicial da CDC e da ACRWC de que a adoção internacional, sendo um cuidado alternativo não nacional, deveria ser caracterizada como subsidiária à qualquer outra opção nacional de cuidado alternativo tal como a institucionalização, não deveria ser aceita como válida, especialmente com base na evidência contemporânea das sérias deficiências desta última opção (EVERYCHILD, 2005; ISS/IRC, 2006a, p. 9).

4.2 Adoção internacional versus institucionalização

No contexto de cuidado alternativo para crianças, a palavra “instituições” aparece na CDC (Art. 3(3)), na ACRWC (Art. 20(2)(b)), e na Convenção de Haia (Art. 4(c)(1)). Não obstante, a referência a “instituições” deixa sem resposta a questão de qual é o alcance desta palavra (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 53). Considera-se que “cuidado residencial” ou “cuidado institucional” refere-se a grupos vivendo sob cuidado fornecido por adultos pagos que em outros casos não seriam considerados tradicionalmente responsáveis pelo cuidado destas crianças naquela sociedade.” (UNICEF, 2006, p. 35). Se “instituições” é usado apenas para se referir a orfanatos²³, a questão então levantada é: qual o papel das denominadas “opções de cuidado intermediário” como os “lares coletivos”²⁴?

Já que “lares coletivos” por definição constituem pequenas construções residenciais localizadas em uma comunidade, projetados para servir as crianças, pode-se argumentar que esse tipo de moradia é mencionado tanto na CDC (art. 20(3)) quanto no ACRWC (Art. 25(2)) como “instituições adequadas”. Portanto, enquanto a tendência atual é a de colocar os orfanatos e os lares coletivos de diversos tamanhos sob o guarda-chuva do “cuidado institucional” (DILLON, 2008, p. 40), em oposição aos orfanatos, esses ambientes que lembram a família, como os lares coletivos, podem melhor resistir ao minucioso exame das normas de direitos humanos.

A qualificação das instituições como “adequado” encontra sua motivação nas experiências globais durante e antes a redação da CDC. Desde 1980 a comunidade internacional começou a progressivamente entender o efeito prejudicial da institucionalização de crianças (HUMAN RIGHTS WATCH - HRW, 1996). Assim, os efeitos deploráveis da institucionalização nos aspectos emocionais, psicológicos e do desenvolvimento da criança são bem documentados (ZEANAH, 2003, p. 886-88; MARSHALL; FOX; BEIP Core Group, 2004, p. 1327).

As políticas da Convenção de Haia sobre a institucionalização não estão explícitas no instrumento. Entretanto, é possível decifrar a posição do instrumento nesse assunto através de sua interpretação. Uma vez que a Convenção de Haia reconhece a adoção internacional como uma alternativa válida em situações nas quais a “família adequada” (3ª cláusula do preâmbulo) não pode ser encontrada no Estado de origem da criança, a institucionalização poderia ser discutida (não como um cuidado alternativo com base familiar) sob a perspectiva da Convenção de Haia como uma medida de último recurso, colocada logo após a adoção internacional. A posição exposta pela Secretaria da Conferência de Haia afirma que “como uma regra geral, não é desejável deixar a criança aguardando em uma instituição quando existe a possibilidade de colocá-la em uma família permanente no exterior” (PERMANENT

BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 2008, p. 30) e é apoiada pelo texto da Convenção de Haia.

A questão de como a noção de último recurso deve ser interpretada quando a opção é entre institucionalização e adoção internacional tem sido sujeito de minucioso exame judicial. No recente caso da Madonna no Malaui²⁵ sobre a adoção de uma criança que estava em um orfanato, a definição acordada de “último recurso” foi colocada em destaque pela Suprema Corte. O juiz, após citar todo o Artigo 24(b) da ACRWC e enfatizar a noção de último recurso de sua decisão, determinou que:

Claramente a adoção internacional deve ser a última alternativa. [...] É evidente, entretanto, que CJ não está mais sujeito às condições de pobreza de seu lugar de nascimento como descrito pelo Oficial Probatório desde sua admissão no Orfanato Kondanani. Nessas circunstâncias, podemos dizer que CJ não pode, de maneira nenhuma, ser cuidada em seu próprio país de origem? As respostas para minhas perguntas são negativas. No meu ponto de vista “qualquer maneira adequada” refere-se ao estilo de vida nativo ou uma vida próxima à que a criança está levando desde o nascimento”²⁶.

Parcialmente baseado nessa argumentação, o juiz não deu provimento ao pedido de adoção da criança.

Em recurso, entretanto, a Suprema Corte de Malaui corretamente discordou da decisão da instância inferior. A Corte reconheceu que não houve nenhuma família em Malaui que manifestou interesse em adotar a criança CJ, também não houve nenhuma tentativa de colocar a criança CJ em uma família de lar adotivo temporário²⁷. Isso, pela visão da Corte, deixava duas opções – a criança “pode tanto continuar no Orfanato Kondanani e não ter nenhuma vida familiar ou pode ser adotada pela Apelante e crescer com a família que a Apelante está lhe oferecendo”²⁸. Em uma clara preferência à adoção internacional, em oposição à institucionalização, a Suprema Corte concluiu que “o bem estar da criança CJ será melhor cuidado se adotado por pais estrangeiros do que se crescer em um orfanato onde ela não terá vida familiar, não terá amor ou afeto dos pais”²⁹ e declarou procedente a apelação, permitindo, portanto, a adoção.

Na África, é documentado que a infeliz falta de desenvolvimento de opções de cuidado alternativo baseados na família levou ao “desnecessário uso excessivo das colocações residenciais” (ISS; UNICEF, 2008, p. 7). Em apoio a essa afirmação, um trabalho conjunto da ISS e UNICEF (2008, p. 7) cita a experiência no Zimbábue. Adequadamente,

a ocupação média dos orfanatos do Zimbábue é de 106% ao todo, e 128% nas instituições governamentais. A experiência deles é de não conseguir construir orfanatos suficientes para a demanda do país – aqueles que são construídos sempre estão cheios por atrair crianças, mesmo que geralmente pelas razões erradas. Pesquisas mostram que a maioria das crianças em instituições não precisariam estar lá [...] – apenas 25% não tem nenhum parente conhecido [...], e pelo menos 45% tem a mãe viva. A maioria das crianças pode ser reintegrada às suas famílias através de um bom serviço social. (MEETING ON AFRICAN CHILDREN WITHOUT FAMILY CARE apud ISS; UNICEF, 2004, p. 7).

Também existem evidências empíricas de que o movimento para tornar as instituições a primeira resposta, e a solução, para o cuidado alternativo é suscetível a ser contra-producente. Por exemplo, ele pode enfraquecer a motivação da comunidade na resolução dos problemas relativos aos órfãos e desviar recursos das soluções baseadas na família, que são a melhor opção para a criança (OLSON; KNIGHT; FOSTER, 2006, p. 3).

Na prática, existe uma tendência em interpretar erroneamente a posição dos instrumentos de direitos humanos para a institucionalização das crianças. Não é incomum testemunhar o planejamento e desenvolvimento sistemático de novas instituições como prioridade para a assistência às crianças privadas do ambiente de suas famílias³⁰. Algumas vezes tais políticas são justificadas com base no Artigo 18(2) da CDC e no Artigo 20(2)(b) da ACRWC. Entretanto, a referência feita ao Artigo 18(2) da CDC (e ao Artigo 20(2)(b) da ACRWC) que garante que os Estados-membros “assegurem o desenvolvimento das instituições, estabelecimentos e serviços para o cuidado das crianças” não significa a facilitação de uma política sistemática para o estabelecimento de orfanatos como prioridade no cuidado das crianças. Ao invés disso, existe uma necessidade em tornar essas instituições secundárias e permitir que sejam subsidiárias à relação com os pais. Crianças não devem se tornar crianças do Estado sem necessidade.

Toda essa discussão tende a apontar em uma direção – existe uma crescente tendência em apoiar a institucionalização generalizada (e não necessariamente a adoção internacional) como medida de último recurso. Enquanto a institucionalização deveria continuar a ter um papel temporário, como plataforma de transição para crianças privadas de ambiente familiar, seu uso como medida de longo prazo demanda sérias considerações.

4.3. “Último recurso” através das lentes do Comitê CRC: esclarecimento ou confusão?

O Comitê CRC, enquanto órgão supervisor da implementação da CDC, tem manifestações de autoridade na interpretação das provisões da Convenção. Infelizmente, o Comitê da CRC tem enviado mensagens confusas (senão contraditórias) no que tange ao que deve ser considerado como medida de último recurso para o cuidado alternativo de crianças privadas de seu ambiente familiar.

Para ilustrar: já foi mencionado acima que o Comitê CRC rotulou em inúmeras ocasiões a adoção internacional como medida de último recurso³¹. Em contraposição a essa posição, através das observações conclusivas dos relatórios sobre os Estados membros, e no Comentário Geral No. 3, intitulado “HIV/AIDS e os direitos da criança”, o mesmo Comitê declarou que:

[...] qualquer forma de cuidado institucionalizado para as crianças deveria servir apenas como medida de último recurso, e essas medidas devem estar de total conformidade com a proteção dos direitos da criança e salvaguarda-las de todas as formas de abuso e exploração (COMITÊ CRC, 2003, § 35).

No contexto de crianças com deficiências, o Comitê CRC reiterou uma posição similar³².

Portanto, a posição do Comitê CRC no que tange à questão se “a adoção internacional ou a institucionalização deverão ser consideradas medida de último recurso?” continua sem resposta³³. Neste meio tempo, entretanto, o Comitê CRC esclarece que a institucionalização pode ser considerada como medida de último recurso. Também é indicativo a necessidade do Comitê CRC em articular com clareza sua posição sobre o assunto (talvez através de um Comentário Geral) e, assim, contribuir para a compreensão dos Estados membros sobre qual o lugar da adoção internacional como medida de cuidado alternativo.

4.4. Compreendendo o “último recurso”: alguma lição pode ser extraída dos princípios de justiça da infância e juventude?

Como tentativa de estabelecer o significado de último recurso, uma orientação pode (remotamente) ser solicitada no Artigo 37(b) da CDC, que é a única provisão da Convenção que usa essa frase. Nos termos do Artigo 37 (b) da CDC:

Nenhuma criança deve ser privada de sua liberdade de maneira arbitrária ou ilegal. A prisão, detenção ou aprisionamento da criança deve estar em conformidade com a lei e deve ser usada apenas em medida de último recurso para o mais curto período de tempo apropriado.

Para começar, entretanto, é pertinente considerar alguns tópicos gerais sobre o contexto. Esmiuçar o significado e as implicações do critério do “último recurso” na esfera da justiça da infância e juventude não presume que o propósito das buscas por cuidado alternativo, por um lado, e a privação de liberdade como uma medida de último recurso no contexto de justiça da infância e juventude, por outro, sejam os mesmos. Com base nos chamados 3Ps (proteção, provisão e participação do CDC e da ACRWC), pode-se afirmar que o primeiro – cuidados alternativos – seja melhor definido como uma combinação de proteção e provisão, ao passo que o último – privação de liberdade – tem a proteção como mantra. Em segundo lugar, frequentemente são as crianças menores as mais afetadas pela adoção internacional, enquanto a justiça da infância e juventude é dirigida para crianças mais velhas. Em terceiro lugar, a privação de liberdade é uma medida jurídica criminal enquanto a adoção internacional não é. Tirando essas diferenças, tanto a busca por cuidados alternativos para crianças privadas de ambiente familiar quanto a privação da liberdade como medida de último recurso no contexto da justiça da infância e juventude, devem supostamente ser aplicadas de acordo com os melhores interesses da criança. Tal igualdade – a promoção e proteção dos interesses da criança – deve criar uma plataforma lógica e útil para a comparação.

O padrão para privação de liberdade como medida de último recurso requer que consideremos “a intenção de privação de liberdade realmente como a última opção (sem que haja outras alternativas que interfiram menos nos direitos da criança).” (SCHABAS; SAX, 2006, p. 84). No cuidado alternativo, portanto, isso poderia significar recorrer

à adoção internacional quando este for considerado o último cuidado alternativo adequado, após constatarem que não existam outras alternativas que se adaptem melhor à situação da criança em questão. Apenas recentemente, em 2008, Liefhard argumentou que o princípio do último recurso não implicaria que todas as outras alternativas devam ser procuradas primeiro, antes que a privação de liberdade seja imposta³⁴. Se “último recurso” for interpretado da mesma maneira com relação à adoção internacional, ou seja, se todas as opções de cuidado alternativo não forem necessariamente consideradas primeiro e, se aquelas autoridades que exercem algum nível de deliberação ao acessar as diferentes opções finalmente decidir qual dessas provavelmente terá o efeito desejado, então o uso do termo parece manter seu potencial de promover o melhor interesse das crianças que foram privadas de seu ambiente familiar.

Portanto, a interpretação no âmbito da justiça da infância e juventude de que o critério de último recurso não necessariamente determina que todas as alternativas possíveis sejam consideradas antes de se decidir pela privação de liberdade encaixa bem com os melhores interesses da criança. Nesse esquema de cuidado alternativo, também, tal interpretação tem um melhor potencial para a promoção dos direitos das crianças privadas de seu ambiente familiar. Se para poder cumprir com o requisito de último recurso deveria ser adotada uma abordagem que determinasse tentar todos os cuidados alternativos disponíveis de maneira inflexível, antes de considerar a adoção internacional uma opção válida, implicaria que, dentre outras coisas, crianças esperariam desnecessariamente por mais tempo que o normal antes que um ambiente familiar pudesse ser encontrado.

Além disso, se este argumento, de que sob a perspectiva da justiça da infância e juventude o critério do último recurso implica que a privação de liberdade não pode ser “imposta sem uma avaliação adequada que leve em consideração as circunstâncias específicas do caso e das necessidades individuais daquela criança” (LIEFFHARD, 2008, p. 195), for considerado em outro contexto, as decisões pelas opções de cuidado alternativo poderão ter implicações positivas. Principalmente por estar implícita nesta conotação de cuidado alternativo que uma abordagem verdadeiramente centrada na criança exigirá um exame próximo e individualizado, que precise sua situação real de vida. Portanto, uma regra que prevê categoricamente a adoção internacional como medida de último recurso não deveria ser usada de maneira que comprometa os melhores interesses da criança.

5. Observações Finais

Existe uma vasta literatura que testemunha a tendência de interpretar a adoção internacional *categoricamente* como uma medida de último recurso. Também sustentam que, baseado no princípio de subsidiariedade, a adoção internacional é um último recurso. Na África, o fato do Artigo 24 da ACRWC requerer explicitamente que a adoção internacional seja uma medida de último recurso, poderá dar aos Estados africanos espaço para tratar a prática como tal.

Com base na discussão prévia, é possível chegar a algumas conclusões e recomendações. A idéia de fazer a adoção internacional geralmente subsidiária a qualquer outro tipo de cuidado alternativo tem seus próprios méritos, que são

inerentemente focados na promoção dos melhores interesses da criança. No contexto africano, isso pode significar, por exemplo, dar à familiar estendida (e comunidades) um papel maior no cuidado da criança privada do ambiente de sua família antes de aceitar outra opção de cuidado alternativo. Ademais, na África, a pobreza financeira e material, ou condições direta e unicamente imputáveis a tal pobreza, nunca deveriam servir como justificativa para a remoção da criança do cuidado paternal, para receber a criança em cuidado alternativo, ou para coibir que ele ou ela reintegre a família³⁵. Esses cenários devem ser vistos como um sinal para a necessidade de prover apoio adequado à família. Também deveriam ajudar a promover soluções domésticas, que poderiam contribuir para a manutenção da identidade cultural da criança.

Entretanto, enquanto nós africanos nos orgulhamos de nossa cultura, é importante que os direitos individuais das crianças africanas não sejam atrapalhados por discussões acerca do rumo da história, se a adoção internacional constitui “essencialmente um vestígio do colonialismo”, e discussões sobre orgulho nacional. Tendo nomeado crianças como portadoras de direitos, nenhuma idéia de orgulho nacional ou de crianças como “recursos” nacionais poderia ser usada para negar às crianças uma forma adequada de cuidado alternativo, mesmo se tal cuidado adequado pudesse apenas ser encontrado na adoção internacional. “Adoção internacional como uma medida de último recurso” deveria ser entendida como “adoção internacional *geralmente subsidiária* a outro meio alternativo de cuidado”, mas sujeito a exceções. Além disso, “último recurso” não deveria significar quando todas as outras possibilidades forem esgotadas³⁶.

Uma abordagem detalhada, na qual todas as opções de cuidado disponíveis seriam pesquisadas antes de se considerar a adoção internacional, contrariaria a suposição de que é importante destinar um lar à criança ainda muito nova. Deveria ser estimulada uma idéia de “último recurso” que não impeça a destinação legal apropriada da criança a um lar ainda no início de sua vida. Além disso, ao entender a adoção internacional como medida de último recurso, a participação da criança, dependendo da sua capacidade evolutiva, deveria ser permitida.

A falta de uma fórmula clara no que tange à hierarquia das opções de cuidados alternativos tem também seu próprio, entretanto não-intencional, lado positivo. Esse argumento é validado pelo fato de que determinar o melhor interesse da criança não pode estar circunscrito por fórmulas legais mecânicas ou através de uma rígida hierarquia de opções de cuidados. Como discutido acima³⁷, uma abordagem centrada verdadeiramente na criança requer um exame próximo e individualizado da situação real de vida da criança envolvida. Aplicar uma fórmula inflexível e predeterminada com o único objetivo de prover uma diretriz clara, independentemente das circunstâncias, poderia ser contrária aos melhores interesses da criança em questão.

Países africanos deveriam unir-se à tendência internacional que entende a institucionalização, particularmente a de longo prazo, como uma medida de último recurso. É aconselhável que o Comitê CRC ou o Comitê Africano de Especialistas no Direito e Bem Estar da Criança sob a ACRWC dê uma direção mais clara nesse sentido.

Concluindo, deve-se ter precaução (incluindo certo grau de auto-restrição) para evitar o uso indevido da expressão “último recurso”, seja para promover os interesses dos prováveis pais adotivos nacionais e internacionais, organizações de

bem-estar da criança, seja para promover os interesses nacionalistas de um estado. Em outras palavras, as necessidades políticas, sociais, culturais e econômicas do continente africano não entram em conflito com os melhores interesses da criança africana que tenha sido privada do ambiente familiar ou do devido cuidado alternativo. Portanto, onde a adoção internacional for identificada como o melhor interesse da criança, deveria ser considerada como um cuidado alternativo, independentemente do requisito de último recurso. Estados devem ser prudentes para não fornecer provas às críticas daqueles que olham a adoção internacional como uma operação que visa atender o interesse de uma família que procura por uma criança, ao invés de atender ao interesse prevalente da criança que esteja procurando por uma família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *M v. The State*: CCT 53/06: Sentence. 2007a.

———. *AD and Another v DW and Others*: CCT 48/07: Sentence. 2007b.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei No. 8069 de 13 de Junho de 1990.

BROWNE, K. A European Survey of the number and characteristics of children less than three in residential care at risk of harm. *Adoption and Fostering*, v. 29, n. 4, p. 23-33, 2005.

CANTWELL, N.; HOLZSCHEITER, A. Article 20: children deprived of their family environment. In: ALLEN, A. et al (Eds.). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

CENTRUL ROMAN PENTRU JURNALISM DE INVESTIGATIE [CRJI]. *Interview with Baroness Emma Nicholson*. 2001. Disponível em: <<http://crji.org/news.php?id=111&l=2>>. Último acesso em: maio de 2009.

COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA [COMITÊ CRC]. *General Comment n. 3: HIV/AIDS and the rights of the child*. 2003. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/crc/doc/comment/hiv.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.

———. *Concluding Observations: Brazil*. 2004. UN DOC. CRC/C/15/Add.241. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,CRC,,BRA,4562d94e2,42d288d54,0.html>>. Último acesso em: maio de 2009.

———. *General Comment n. 6: on treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*. CRC/GC/2005/6. 2005. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42dd174b4.html>>. Último acesso em: maio de 2009.

———. *Day of General Discussion: Children without parental care*. 2006. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/recommendations2005.doc>>. Último acesso em: maio de 2009.

- _____. **General Comment n. 8: the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment.** CRC/C/GC/8. 2007a. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. Último acesso em: maio de 2009.
- _____. **General Comment n. 9: the rights of children with disabilities.** 2007b. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/type,GENERAL,,,461b93f72,0.html>>. Último acesso em: maio de 2009.
- DETRICK, S. **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- DILLON, S. The missing link: a social orphan protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child. **Human Rights & Globalization Law Review**, v. 1, p. 39-87 2008.
- DOEK, J. E. What does the children's Convention require? **Emory International Law Review**, v. 20, p. 199-208, 2006.
- EVERYCHILD. **Family Matters: a study of institutional childcare in Central and Eastern Europe and the Former Soviet Union.** 2005. Disponível em: <<http://www.everychild.org.uk/media/docs/file8d43ba87f77c2fc5c7e504de56ec27d3.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- CONVENÇÃO DE HAIA relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. 29 de Maio de 1993.
- HODGKIN, R.; NEWELL, P. **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.** Geneva: UNICEF, 2002.
- HUMAN RIGHTS WATCH [HRW]. **Death by default: a policy of fatal neglect in china's state orphanages.** 1996. Disponível em: <www.hrw.org/en/reports/1996/01/01/death-default>. Último acesso em: maio de 2009.
- INTERNATIONAL FOSTER CARE ORGANIZATION [IFCO]. **Stakeholders in Foster Care.** [n.d.]. Disponível em: <http://www.ifco.info/?q=stakeholder_in_foster_care>. Último acesso em: maio de 2009.
- INTERNATIONAL REFERENCE CENTRE FOR THE RIGHTS OF CHILDREN DEPRIVED OF THEIR FAMILY [ISS/IRC]. The state of institutionalized children in the former "Eastern Bloc" countries remains a matter of concern. **Monthly Review**, n. 1, p. 9-10, 2006a.
- _____. Suspension of adoptions in the Republic of Congo **Monthly Review**, n. 1, p. 3 2008a
- _____. Togo and Zambia: Suspension of intercountry adoption **Monthly Review**, n. 3, p. 3 2008b
- _____. Adoption: General principles. **ISS/IRC Fact Sheet n. 19.** 2006b. Disponível em: <<http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/eng/18.Adoption%20general%20principles%20ENG.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE [ISS]. **Draft UN Guidelines for the**

- Appropriate Use and Conditions of Alternative Care for Children:** an introductory briefing on its background, core principles and scope. 2008. Disponível em: <<http://www.crin.org/docs/Special%20Series%20ISS.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- ; UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND [UNICEF]. **Improving protection for children without parental care:** a call for international standards. 2004. Disponível em: <<http://www.iss.org.au/documents/ACALLFORINTLSTANDARDS.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- KLEEM, C. Airplane Trips and Organ Banks: random events and the Hague Convention on Inter-country Adoption. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 28, p. 113-152, 2000.
- LIEFAARD, T. **Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards.** Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008.
- LIGA DAS NAÇÕES. **Geneva Declaration of the Rights of the Child.** 26 set. 1924.
- MALAWI. High Court. In the matter of Adoption of Children Act CAP. 26:01 and in the matter of Chifundo James (a female infant) of C/O Mr. Peter Baneti. Adoption case nº 1 of 2009. Sentence. 2009a.
- . ———. In the matter of Adoption of Children Act CAP. 26:01 and in the matter of Chifundo James (a female infant) of C/O Mr. Peter Baneti. Adoption case nº 1 of 2009. MSCA Adoption Appeal nº 28 of 2009. 2009b.
- MARSHALL, P. J.; FOX, N. A.; BEIP Core Group. A comparison of the electroencephalogram between institutionalized and community children in Romania. **Journal of Cognitive Neuroscience**, v. 16, p. 1327-1338, 2004.
- NAÇÕES UNIDAS. **World Report on Violence Against Children.** 2006. Disponível em: <http://www.violencystudy.org/IMG/pdf/I._World_Report_on_Violence_against_Children.pdf>. Último acesso em: 04 Jul. 2009.
- . **Declaration of the Rights of the Child.** G.A. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 19, U.N. Doc. A/4354 (1959) 20 nov. 1959.
- . **Guidelines for the appropriate use and conditions of alternative care for children.** 2007. Disponível em: <http://www.crin.org/docs/DRAFT_UN_Guidelines.pdf>. Último acesso em: 04 Jul. 2009.
- . **World Report on Violence Against Children.** 2006. Disponível em: http://www.violencystudy.org/IMG/pdf/I._World_Report_on_Violence_against_Children.pdf>. Último acesso em: maio de 2009.
- . Comissão de Direitos Humanos [UNCHR]. **Report of the Working group on the Question of a Draft Convention on the Rights of the Child.** UN Doc. E.CN.4/1989/48. 2 mar. 1989.
- NICHOLSON, C. The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption 1993. In: DAVEL, C. J. (ed.). **Introduction to Child Law in South Africa.** Lansdowne: Juta & Co Ltd, 2000.
- OLSEN, L. J. Live or let die: could intercountry adoption make the difference? **Penn State International Law Review**, v. 22, p. 483-525, 2004.

- OLSON, K.; KNIGHT, Z. S.; FOSTER, G. **From faith to action: Strengthening family and community care options for orphans and vulnerable children in Sub-Saharan Africa**. 2006. Disponível em: <<http://www.firelightfoundation.org/FtA%20-%20Africa%20ready.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Guide to Good Practice: implementation and operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention**. Bristol: Jordan Publishing, 2008. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf>. Último acesso em: maio de 2009.
- SCHABAS, W.; SAX, H. **Article 37; Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty: a commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- SIMON, R. J.; ALTSTEIN, H. **Adoption Across Borders: serving the children in transracial and intercountry adoptions**. Nova York: Rowman & Littlefield, 2000.
- SMOLIN, D. M. Intercountry adoption and poverty: A human rights analysis. **Capital University Law Review**, v. 36, p. 413-453, 2007.
- SYLVAIN, V.; BOECHAT, H. Article 21: Adoption. In: ALLEN, A.; et al (eds.). **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TRISELIOTIS, J.; SHIREMAN, L.; HUNDLEBY, M. **Adoption: Theory, Policy and Practice**. Londres: Cassell, 1997.
- UNIÃO AFRICANA. UA. Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança. 29 nov. 1990.
- UNITED NATIONS CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. **Legislative history of the Convention on the Rights of the Child (1978–1989), Article 21 on Adoption**, HR/1995/Ser.1/article 21. 1995.
- UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND [UNICEF]. **Innocenti Digest: intercountry adoption**. 1998. Disponível em: <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4e.pdf>>. Último acesso em: maio de 2009.
- . **Innocenti Digest: caring for children affected by HIV/AIDS**. 2006. Disponível em: <http://www.unicef.pt/18/irc_ins_aids_8p.pdf>. Último acesso em: maio de 2009.
- VAN BUEREN, G. **The International Law on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- WOODHOUSE, B. Are you my mother? Conceptualizing children's identity rights in transracial adoptions. **Duke Journal of Gender Law and Policy**, v. 2, p. 107-129, 1995.
- ZEANAH, C. H. Designing research to study the effects of institutionalization on brain and behavioural development: the Bucharest Early Intervention Project. In: ZEANAH; C. H.; et al (eds.). **Development and Psychopathology**, v. 15, p. 885-907, 2003.

NOTAS

1. Alguns países como Botswana, Malauí, Serra Leoa e Zâmbia possuem um requisito de residência para possíveis pais adotivos.
2. Por exemplo, a Nigéria.
3. O que mais se aproxima do princípio de Subsidiariedade sob a Declaração de 1959 é o Princípio 6 que, em parte pertinente, afirma que a criança deve, sempre que possível, crescer sob os cuidados e responsabilidade de seus pais e, em todos os casos, em uma atmosfera de afeição e segurança moral e material.
4. Isso é em oposição a ser simplesmente consideração primária em todos os outros campos.
5. Essas incluem o Artigo 8 que preserva o direito da criança a sua identidade, nacionalidade, nome e relações familiares sem interferência ilegal. Ainda, o Artigo 18 que legisla sobre a responsabilidade parental enquanto o Artigo 20 se relaciona às crianças privadas de suas famílias.
6. Dois países, a Somália e os Estados Unidos, ainda não a retificaram.
7. Foi para dar à CDC aplicação específica dentro do contexto africano que a ACRWC foi adotada pela OUA (agora União Africana ou UA)
8. O Doek (2006) descreve esse princípio como o "princípio líder na implementação do CDC".
9. "A remoção da criança do cuidado da família deve ser visto como medida de último recurso e pela menor duração possível. A decisão de remoção deve ser revista regularmente e o retorno da criança aos cuidados dos pais deve ser assegurado quando as causas originais de remoção tenham sido resolvidas ou tenham desaparecido." (NAÇÕES UNIDAS, 2007, Art. 13)
10. Uma pesquisa sugere que o custo do cuidado em ambiente familiar residencial demonstrou ser três vezes o custo da adoção em lares temporários (BROWNE, 2005, p. 1-12).
11. Fornecendo algumas contribuições ao debate e à prática de adoção em lares temporários, esse estudo destaca informações sobre a experiência da adoção em lares temporários em países em desenvolvimento, que tende a ser informal e não documentado.
12. Veja, por exemplo, a entrevista com a Baronesa Emma Nicholson, Relatora do Parlamento Europeu pela Romênia (CENTRUL ROMAN PENTRU JURNALISM DE INVESTIGATIE - CRJI, 2001).
13. Esse período de tempo pode variar por várias circunstâncias, em particular, aquelas relativas à habilidade de conduzir uma investigação adequada; entretanto, o processo de procura deve estar completo dentro de um tempo razoável.
14. Veja o Artigo 22 da CDC e o Artigo 23 da ACRWC para checar alguns dos direitos das crianças refugiadas.
15. Mesmo que parcialmente discutível, como, em circunstâncias excepcionais, a institucionalização pode ser considerada permanente para as crianças, conhecidas como "difíceis de adaptar" a outros lares.
16. Naturalmente, a solução encontrada, e o efeito que causará tal decisão, deve sempre respeitar totalmente os direitos e o melhor interesse da criança.
17. ÁFRICA DO SUL. M. Corte Constitucional v Sentença Estadual. 26 set. 2007a, § 24.
18. É debatido que a posição que o princípio da subsidiariedade assume é por si só subsidiário – subsidiário à defesa do melhor interesse da criança (NICHOLSON, 2000, p. 248).
19. ÁFRICA DO SUL. CORTE CONSTITUCIONAL. AD e Outro v DW e Outros. CT48/07
20. ÁFRICA DO SUL. CORTE CONSTITUCIONAL. AD e Outro v DW e Outros. CCT48/07. Sentença. 7 dez. 2007b, § 48.
21. ÁFRICA DO SUL. CORTE CONSTITUCIONAL. AD e Outro v DW e Outros. CCT48/07. Sentença. 7 dez. 2007b, § 49-50.
22. Veja a sessão dos "Mecanismos legais internacionais" acima.
23. Deve-se notar que normalmente são as instituições residenciais de cuidado para crianças pequenas que são conhecidas como "orfanatos".
24. Por definição, grupo de casas são pequenas construções residenciais localizadas em uma comunidade e projetadas para servir as crianças.
25. MALAWÍ, ALTA CORTE. No caso de Ato de Adoção de Crianças CAP. 26:01 e no caso de Chifundo James (uma menina) do C/O Mr. Peter Baeti. Caso de Adoção no 1 de 2009. Sentença 2009a p.6
26. MALAWÍ, ALTA CORTE. No caso de Ato de Adoção de Crianças CAP. 26:01 e no caso de Chifundo James (uma menina) do C/O Mr. Peter Baeti. Caso de Adoção no 1 de 2009. Sentença 2009a p.6
27. MALAWÍ, ALTA CORTE. No caso de Ato de Adoção de Crianças CAP. 26:01 e no caso de Chifundo James (uma menina) do C/O Mr. Peter Baeti. Caso de Adoção no 1 de 2009. MSCA Apelação da Adoção nº 28 de 2009. 2009b, p. 18.
28. Ibid.
29. Ibid
30. E ainda, pesquisa conduzida em 2006 encontrou que, na África, existe uma preocupação crescente sobre a quantidade de novos orfanatos que estão sendo construídos em resposta às necessidades identificadas de crianças afetada com HIV e AIDS (NAÇÕES UNIDAS, 2006)
31. Veja a sessão de introdução acima.
32. Sob o Comentário Geral n. 9, § 47, é estabelecido que o Comitê CRC "urge a todos os Estados Membros a alocar em instituições apenas como medida de último recurso, quando for absolutamente necessário e no melhor interesse da criança." (COMITÊ CRC, 2007b).

33. “Geralmente” porque são os casos convencionais (não excepcionais) que estão sendo levados em consideração quando determinamos a preferência geral a ser adotada em tomar decisões entre as opções de cuidado alternativos.

34. De acordo com Liefhard, é imperativo que as autoridades competentes exerçam algum nível de discrição ao acessar as diferentes opções e finalmente decidir qual dessas opções é provável ter o efeito desejado. O efeito intencionado é o resultado que pode ser considerado como apropriado e uma resposta adequada ao comportamento criminal da

criança (LIEFFHARD, 2008, p. 195).

35. Para uma discussão de pobreza no contexto da adoção internacional, veja SMOLIN (2007).

36. Por exemplo, sob o Artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente Brasileiro, adoção internacional é uma medida excepcional depois de todas as tentativas de adoção no país de origem foram exauridas e garantido então o direito da criança de viver em seu próprio país.

37. Veja a sessão “Entendendo o ‘último recurso’: Alguma lição dos princípios de justiça juvenil?” acima.

ABSTRACT

The increased popularity of intercountry adoption is not anything recent. What is recent, however, is the increased attention African children are attracting from prospective adoptive parents living in other parts of the world, as exemplified by the adoptions by Angelina Jolie and Madonna. Opinions are divided over the necessity and propriety of intercountry adoption, but considering the practice as a panacea for children without parents and parents without children is a prevalent view. On the other hand, some sending states have resisted placing Third World children deprived of their family environment in homes outside of their native countries – a purportedly “imperialistic” practice. The operative language that has emerged in recent times has been that intercountry adoption should be used as a measure of last resort, but one can hardly find any research on what it actually means (or should mean), and what its implications are for child welfare policy and law in Africa. This paper intends to contribute to filling this gap.

KEYWORDS

Intercountry Adoption – Principle of Subsidiarity – Last Resort Measure – Rights of Children – Africa.

RESUMEN

La mayor popularidad de la adopción internacional no es nada nuevo. Pero sí lo es el mayor interés que están despertando los niños africanos en los potenciales padres adoptivos de otras partes del mundo, como es el caso de las adopciones realizadas por Angelina Jolie y Madonna. Las opiniones acerca de si la adopción internacional es necesaria y correcta están divididas, pero predomina la idea de que este tipo de adopción es la panacea para los niños sin padres y para los padres sin hijos. Por otra parte, algunos estados de origen se han resistido a colocar niños del Tercer Mundo privados de su medio familiar en hogares fuera de su país natal, por considerar que ésta es una práctica supuestamente “imperialista”. En los últimos tiempos, se ha dispuesto que la adopción internacional debería utilizarse como medida de último recurso; sin embargo, prácticamente no existen investigaciones sobre qué significa (o qué debería significar) esto en realidad, y cuáles son sus consecuencias para el derecho y la política de bienestar infantil en África. La finalidad de este artículo es contribuir a llenar este vacío.

PALABRAS CLAVE

Adopción internacional – Principio de subsidiariedad – Medida de último recurso – Derechos de los niños – África.

KATHARINE DERDERIAN

Katharine Derderian trabalha na unidade de Análise e Advocacy de Médicos sem Fronteiras na Bélgica. Junto ao MSF desde 2001, Katharine trabalhou em missões de campo na Libéria, Angola e Quênia. Desde que começou a atuar na sede da organização em 2005, ela concentrou-se em situações de conflito, mais recentemente Darfur, Somália, e regiões próximas, bem como no impacto das políticas e práticas do exército e da ONU sobre as ajudas humanitárias. Katherine tem Ph.D em Filologia Clássica pela Princeton University.

E-mail: katharine.derderian@brussels.msf.org

LIESBETH SCHOCKAERT

Liesbeth Schockaert trabalha atualmente na Unidade de Análise e Advocacy de Médicos sem Fronteiras, na sua sede em Bruxelas. Junto ao MSF desde 1999, Liesbeth possui ampla experiência de campo em locais de refugiados e deslocados, como em Kosovo, leste da África, Chade, Quênia e Indonésia. Ela também coordenou trabalhos de advocacy e campanhas de MSF sobre refugiados. Liesbeth é graduada em Direito pela Ghent University e licenciada em Política Europeia e Internacional pela University of Edinburgh.

E-mail: liesbeth.schockaert@brussels.msf.org

RESUMO

A atuação internacional de Médicos sem Fronteiras (MSF) com refugiados revela uma transição que cada vez mais entrelaça as diversas formas de migração de origem política e econômica. A evolução da natureza das migrações e dos deslocamentos, em particular os fluxos de refugiados, e as respostas dos governos a essas movimentações, representam um novo dilema para a assistência humanitária. Nesse artigo, MSF documenta o impacto concreto dessas transformações e a reação de nossa abordagem operacional. Argumentamos que essas transformações representam um desafio às organizações humanitárias com relação ao acesso e à assistência prestada às pessoas fugindo da violência e em busca de refúgio, assistência e proteção em outros países. Em contextos de violência e deslocamento, MSF há tempos defende a preservação de espaços humanitários, o reconhecimento e o respeito por parte dos Estados e de outros atores pelas ações humanitárias independentes, para que avaliem as necessidades e assistam os mais vulneráveis. As barreiras legais e operacionais cada vez mais restritivas enfrentadas pelos migrantes e refugiados nos confronta a encontrar meios para alcançá-los onde estiverem, como também a encontrar uma linguagem e caminhos que nos possibilitem advogar junto aos Estados a ampliação de suas responsabilidades na promoção de assistência e proteção aos refugiados, garantindo que os agentes humanitários tenham espaço para acessar e assistí-los onde ainda seja necessário.

Original em inglês. Traduzido por Andre Degenszajn.

Recebido em: março de 2009. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS-CHAVE

Migrantes – Refugiados – Deslocamentos – Direito à saúde – Acesso a cuidados médicos – Médicos sem Fronteiras.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

RESPOSTAS A FLUXOS MIGRATÓRIOS MISTOS: UMA PERSPECTIVA HUMANITÁRIA

Katharine Derderian e
Liesbeth Schockaert

A atuação internacional de Médicos sem Fronteiras (MSF) com refugiados revela uma transição no sentido de uma diversificação crescente nas formas de migração de origem política e econômica. “Fluxos mistos” de deslocados podem sugerir movimentos populacionais que incluem pessoas fugindo de perseguição política ou violência e pessoas que migram por motivações econômicas. Ainda, em muitos casos, essas distinções apresentam-se obscuras, uma vez que pessoas que buscam refúgio provenientes de conflitos e regimes opressivos, também estão em busca de emprego e oportunidades econômicas para assegurar sua sobrevivência¹. A terminologia e distinção entre refugiados “políticos” e migrantes “econômicos” permanecem em grande medida construções artificiais.

Ao mesmo tempo, MSF testemunha o enfraquecimento e/ou a ausência de aplicabilidade direta do direito ao refúgio àqueles que fogem de perseguição e violência, invisíveis ou intencionalmente ignorados, em meio a esses fluxos mistos – levando à consequências reais e preocupantes em suas vidas e saúde.

A natureza irregular das repostas governamentais à migração e ao deslocamento, particularmente aos fluxos de refugiados, representa um novo desafio fundamental à assistência humanitária. Neste artigo, MSF documenta o impacto concreto dessas mudanças e desenvolvimento de nossa abordagem operacional em resposta a elas.

Argumentamos que essas mudanças profundas representam um desafio fundamental aos atores de ajuda humanitária em termos do alcance e da assistência prestada a pessoas fugindo da violência em busca de refúgio, auxílio e proteção em outros países. É essencial às agências humanitárias reconsiderar as mudanças nas respostas governamentais aos atuais movimentos populacionais para que possam redefinir e retomar espaços humanitários visando alcançar e assistir de forma independente as pessoas que estão fugindo da violência.

Ver as notas deste texto a partir da página 118.

1. Histórico: resposta de MSF aos refugiados em contextos de mudança

Fundado em 1971, MSF possui longa trajetória na assistência a refugiados, com ou sem reconhecimento legal de seu status de refugiado. Começando com alguns de seus projetos de grande escala de assistência a refugiados do Camboja na Tailândia, em 1975, e de El Salvador em Honduras, em 1980, MSF atuou em muitas das maiores crises de refugiados no mundo nas décadas seguintes. Entre elas, a assistência a refugiados ruandeses em campos no Zaire, somalis no Quênia, afegãos no Paquistão e Irã, e refugiados de Darfur no Chade. Além das operações de assistência em campo, MSF informa regularmente à opinião pública sobre as precárias condições dos refugiados e sobre seu trabalho humanitário nos campos de refugiados².

Hoje em dia, de fato, autoridades dos países hospedeiros, bem como algumas agências e financiadores internacionais, demonstram resistência para a instalação de novos campos de refugiados devido a ressalvas injustificadas sobre a provável longa duração dessas situações (UNHCR, 2006; PONT, Amy, 2006)³, alegando que os campos atuariam como elementos de atração para novos fluxos, fomentando a “dependência” dos refugiados em relação a estrutura montada em lugares onde a integração local pode permanecer impossível⁴. Na realidade, o prolongamento de situações envolvendo refugiados são, principalmente, o resultado combinado da manutenção da situação dos países de origem, das respostas em termos de políticas implementadas pelos países de asilo e da ausência de engajamento dos governos doadores nessas situações (LOESCHER; MILNER, 2006).

Como resultado dessas realidades políticas locais, os refugiados não recebem mais assistência nos campos e precisam deslocar-se para áreas urbanas, onde vivem escondidos e tentam sobreviver do setor informal. Refugiados urbanos vivenciam as mesmas situações prolongadas de refúgio – só que fora dos campos. Consequentemente, eles estão mais vulneráveis tanto em termos de saúde mental, devido ao estresse e ao medo permanente de deportação, como em termos de saúde física, provocada por condições precárias de vida e a falta de acesso aos serviços básicos, como assistência de saúde.

Refugiados não-reconhecidos e migrantes sem documentação em áreas urbanas estão frequentemente desprotegidos e tornam-se alvo de xenofobia e outras formas de violência, como testemunhamos recentemente, em larga escala, na África do Sul (MSF, 2008d) e em incidentes pontuais em outros contextos. Na Malásia, dos 248 incidentes envolvendo violência registrados por MSF, 26% foram cometidos por malaios comuns contra migrantes sem documentação e refugiados que vivem na região. Esses abusos ficaram impunes, pois os refugiados e migrantes sem documentação estavam assustados demais para defender seus direitos básicos ou entrar com ação judicial. Reportar os incidentes à polícia malaia não os ajudaria, visto que teriam que enfrentar acusações de serem “ilegais” (MSF, 2007d).

Nos últimos dez anos temos presenciado políticas para refugiados cada vez mais restritivas nos países receptores em todo o mundo, como em nível regional dos países vizinhos onde refugiados poderiam buscar proteção. Os refugiados gozam de

amplios direitos assegurados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e pelo direito internacional em geral (a própria definição de refugiado foi ampliada regionalmente pela Convenção da Organização da Unidade Africana [OUA] de 1969 e pela Declaração de Cartagena de 1984). Esses direitos incluem o direito de atravessar as fronteiras em busca de asilo em outros países; o direito de solicitar asilo e desfrutar de, pelo menos, proteção temporária se o retorno ao país de origem envolver risco de vida; e o direito a não ser repatriado de maneira forçada (*refoulement*). Entretanto, esses direitos têm sido interpretados de forma cada vez mais restrita, incluindo o fechamento de fronteiras por Estados e de territórios em conflito e a manipulação política da ajuda humanitária dentro dos países.

Essas políticas e práticas resultaram em uma mudança nos padrões das fugas da violência e do conflito – cada vez mais deslocados internos, refugiados urbanos, fluxos “mistos” de refugiados, migrantes e *sans papier*.

Nos últimos anos houve um aumento do número de deslocados internos e no início de 2007 registrou-se 24,5 milhões de pessoas em todo o mundo. Mesmo com estrutura jurídica e operacional mais frágil para assistir deslocados internos em seus próprios países (sem mencionar a recorrente ausência de medidas de proteção), MSF tem sido capaz de auxiliar e defender os interesses dos deslocados internos em muitas das grandes crises, tais como Angola, Sudão, Afeganistão, Colômbia, RDC e Libéria.

Como resultado de políticas cada vez mais restritivas e lacunas na assistência a solicitantes de asilo e migrantes sem documentação, MSF lançou progressivamente operações em países receptores desde o final da década de 1990, paralelamente à assistência aos refugiados e deslocados em suas próprias regiões. Inicialmente, esses esforços focaram-se em países europeus (Bélgica, França, Espanha, Itália, Grécia, etc.), e recentemente foram ampliados para reconhecer situações análogas em países prósperos do sul, incluindo África do Sul, Malásia, Tailândia e países de trânsito, tais como Marrocos e Iêmen (MSF, 2005a, 2008a, 2007d).

Essas operações relativamente novas de MSF lidam com um sintoma da globalização que permite um crescente fluxo internacional de bens, capital e serviços, mas nem sempre de pessoas – especialmente os refugiados. Interpretações cada vez mais restritas da definição de refugiado⁵, bem como obstáculos concretos ao acesso à condição legal e a serviços básicos, como o direito à saúde, fazem com que refugiados e migrantes estejam vulneráveis em cada passo de sua jornada.

Como uma organização humanitária, MSF provê assistência médica a essas populações mistas de refugiados e migrantes, sem considerar a condição legal do paciente, já que para MSF não existe o conceito de “população ilegal” ou “pacientes ilegais”. As intervenções de MSF são uma resposta a seres humanos com necessidade de assistência. Ao mesmo tempo em que as equipes de MSF tratam geralmente de refugiados e migrantes, solicitantes de asilo e *sans papier* (migrantes sem documentação), o principal critério para MSF é a necessidade humanitária – respondendo à falta de acesso a assistência médica básica, bem como à condições de vida precárias e abusos que afetam a saúde física e mental das pessoas. Com uma abordagem frequentemente próxima àquela encontrada nas regiões de origem dos refugiados, as equipes de MSF envolvidas em cada um

dos projetos fornecem primeiros socorros e triagem médica, facilitam acesso aos serviços públicos de saúde e lidam com as consequências psicológicas relacionadas às suas fugas e à situações de angústia no país receptor. MSF também denuncia e aponta ao governo receptor as lacunas na assistência aos solicitantes de asilo e migrantes sem documentação e a maneira desumana como muitos são tratados, com o intuito de melhorar sua situação.

Em Malta⁶ e na ilha italiana de Lampedusa⁷, somalis, etíopes, nigerianos e outros se lançam ao mar em barcos precários. Atravessam o mar mediterrâneo em condições perigosas, em botes e barcos superlotados e frágeis, com pouca comida a bordo. Eles permanecem muitos dias e noites no mar, expostos a condições extremas e à mercê dos ventos e ondas. As frequentes condições de risco de vida enfrentadas durante a jornada são experiências traumatizantes. Em muitos casos, os recém chegados necessitam de imediato socorro por choque, desidratação, hipotermia, queimaduras e outras lesões físicas adquiridas durante a viagem. Devido à falta de assistência adequada pelas autoridades locais, a presença humanitária é necessária na costa da Europa. MSF fornece assistência médica e tratamento emergencial nos pontos de chegada, ao mesmo tempo em que luta por maior envolvimento dos governos na assistência e proteção dos recém ingressos para que garantam o acesso aos procedimentos de asilo.

No Iêmen, somalis e etíopes chegam após terem arriscado suas vidas para escapar do conflito e da extrema pobreza. Tanto a travessia pelo mar desde o Chifre da África quanto a aproximação do litoral do Iêmen são muito perigosos. No intuito de escapar do exército deste país, muitos barcos chegam à noite e os contrabandistas obrigam os passageiros a pular em alto mar, distantes da costa. Como consequência, muitos se afogam, pois não conseguem nadar e/ou não conseguem se mover devido à dormência dos membros. Muitos disseram a MSF que estavam cientes dos riscos, mas não tinham alternativas a não ser essa estratégia de sobrevivência para escapar da violência e privação.

Em Mytilini, na Grécia, visitas de MSF aos centros de detenção revelaram as degradantes condições de vida às quais os refugiados e migrantes estão expostos, muitos dos quais fugiram da guerra, perseguição, fome e trabalhos forçados no Afeganistão, Somália ou Palestina. A intervenção emergencial de MSF concentra-se na melhoria das condições de vida e infra-estrutura destes centros e no fornecimento de assistência médica básica e apoio psicológico.

Em Musina, África do Sul (MSF, 2008b, 2008c), as atividades médicas de MSF estão focadas em uma comunidade de zimbabuenses que fugiram de condições desesperadoras em seu país de origem para enfrentar falta de assistência, juntamente com ameaças e violência associadas à travessia da fronteira, patrulhas policiais em áreas onde buscam refúgio, e o risco constante de serem presos e deportados. MSF documentou situações similares no Iêmen, Marrocos e em outros países (MSF, 2005b, 2008e).

Na Tailândia, os rohingyas chegam fracos e traumatizados. Perseguidos em Burma e frequentemente fugindo de condições terríveis dos campos de Bangladesh, eles buscam abrigo seguro na Malásia após cruzarem o território tailandês. Aqueles que conseguem chegar à Tailândia vêem seu sofrimento estar

longe de terminar, pois detenções, deportações ou a vida em campos de refugiados superlotados e sem saneamento básico os aguarda. MSF monitora sua situação e os auxilia no acesso à assistência médica, tanto nos centros de detenção quanto em atendimento a céu aberto.

Onde está o problema? Para os refugiados que batem nas portas dos Estados, a reação é alarmante. Como resposta aos movimentos mundiais de refugiados e migrantes, os Estados têm aprimorado e implementado um leque cada vez mais de medidas restritivas. Políticas recentes incluem controle mais rígido das fronteiras e ações de interceptação no intuito de evitar entradas irregulares,⁸ interpretações restritas do direito do refugiado e medidas de dissuasão como a utilização de centros de detenção e limitação no acesso a serviços básicos, incluindo a assistência médica. As reais conseqüências dessas políticas não podem ser subestimadas. Elas têm impacto direto na saúde dos recém chegados e pessoas que tornam-se miseráveis durante sua estada.

2. O real impacto das políticas restritivas de refugio e migração

Interpretações restritivas do direito dos refugiados fazem com que pessoas fiquem em um limbo jurídico, resultando em um constante medo de deportação. Os Estados não apenas podem defender o retorno dos refugiados a um “terceiro país seguro” pelo qual eles passaram, mas também argumentar que o seu país de origem é completamente seguro ou ainda que eles poderiam tentar uma “fuga alternativa interna” buscando em outra região de seu país uma área segura, ao invés de procurarem refúgio fora. Como resultado desta interpretação restritiva, apenas 0,03% dos solicitantes de asilo na Grécia receberam proteção (HRW, 2009). Na África do Sul, durante o primeiro trimestre de 2008, mais de 10 mil zimbabuenses solicitaram asilo, dos quais apenas 19 receberam o status de refugiado.

Isto, por si só, acarreta diretamente barreiras no acesso a tratamento médico: ou as pessoas não recebem o pleno direito de acesso à assistência de saúde ou temem a deportação ao buscar assistência médica. Zimbabuenses na África do Sul vivem em estado de medo constante de serem deportados. Apesar da constituição sul-africana teoricamente garantir o acesso à assistência de saúde e outros serviços essenciais a todos que vivem em seu país, essa política nem sempre é respeitada, e o medo da deportação – e mais recentemente da violência decorrente de xenofobia – mantém muitos zimbabuenses sem acesso à assistência de saúde.

Tais leituras restritivas do direito internacional combinadas com o bloqueio da migração legal também têm contribuído para crescentes fluxos migratórios mistos. Diferentes migrantes - voluntários ou forçados – e refugiados podem encontrar-se obrigados a fugir e permanecer em outros países sem qualquer proteção legal, já que oportunidades para migração regular são limitadas ou mesmo não-existent nos países receptores.

Os refugiados podem não ter informação, assistência jurídica ou outro tipo de auxílio que os permita ter acesso ao procedimento de pedido de asilo e,

portanto, acabam sem o status legal e os direitos decorrentes deste. Na Itália, MSF testemunhou a expulsão de 300 pessoas para a Líbia que não haviam sido informadas e/ou não haviam tido a chance de requerer asilo. MSF presenciou situação similar com zimbabuenses na África do Sul, rohingyas na Tailândia e refugiados subsaarianos no Marrocos. Ao mesmo tempo, *in situ* ou asilo diplomático é frequentemente negado, conforme presenciou MSF no Zimbábue em 2008, quando centenas de pessoas tiveram seu pedido de asilo rejeitado e foram expulsas da embaixada da África do Sul em Harare e entregues às autoridades locais.

Situações como estas consistem em claras violações das obrigações legais internacionais de prover acesso aos procedimentos legais, incluindo asilo, para refugiados. Tais situações poderiam ainda constituir uma violação do princípio fundamental de não-*refoulement*⁹, que defende o direito de um indivíduo de não ser forçado a retornar a um país onde estaria em perigo. O princípio de não-*refoulement* estabelece que qualquer indivíduo que entre no território de outro país, mesmo ilegalmente, tem o direito de submeter um pedido de asilo e ter o seu caso considerado. É de primordial que as pessoas tenham acesso aos procedimentos de asilo quando chegam a um país.

Apesar da falta de opção em seu país ou fora dele, quase todas as grandes crises humanitárias na África subsaariana fizeram com que pessoas fugissem das regiões afetadas pela violência para a Europa, conforme verificado em fluxos específicos através dos nossos projetos em torno do mar Mediterrâneo. Como resultado do conflito em suas regiões de origem, as equipes de MSF testemunharam liberianos chegando em 2003 e sudaneses do sul em 2004 e 2005 (MSF, 2003b), enquanto que em 2008, 30% das pesquisas realizadas pelos projetos de MSF na Itália indicaram que as pessoas fugiram do Chifre da África quando as lutas na região se intensificaram.

Repetidos controles de fronteira e deportações – às vezes envolvendo violência ou ameaça de violência – resultam em trauma físico, estresse e ansiedade. No Marrocos, lesões causadas pela violência da polícia, outras autoridades e contrabandistas são uma das causas mais frequentes que leva os migrantes a solicitar tratamento médico de MSF.

Essas políticas que impedem o ingresso também forçam os refugiados a assumir riscos maiores para alcançar um abrigo seguro – resultando não em uma redução de novos ingressos, mas em cada vez mais mortes e riscos à saúde daqueles que buscam refúgio. No Iêmen, mais de 1400 pessoas foram consideradas mortas e desaparecidas ao tentar cruzar o Golfo de Aden, apenas no ano de 2007. No Marrocos, equipes de MSF perceberam que o aumento no controle das fronteiras entre a costa do país com a Espanha teve um impacto marcante nas rotas percorridas pelos migrantes. Pessoas costumavam tentar cruzar a cerca de arame farpado em Ceuta e Millilla, os dois enclaves espanhóis na fronteira com o território marroquino, ou navegar pelo minguado Estreito de Gibraltar com “pateras” (pequenos barcos). Atualmente aumentou o número daqueles que viajam em barcos maiores desde o sul da Mauritânia e Senegal até as Ilhas Canárias – tornando a viagem mais longa e perigosa. Ao mesmo tempo, apesar de contra-medidas rígidas, em 2008 houve

um significativo aumento do número de barcos que atracaram em Lampedusa, Itália. Até agosto de 2008, 17.340 pessoas já haviam chegado – comparado com 11.889 pessoas durante todo o ano anterior.

Esses refugiados não apenas enfrentam riscos adicionais e maiores para alcançar a segurança, mas políticas restritivas também levam a um fracasso na distinção de pessoas em busca de proteção dos outros migrantes que chegam com a ajuda de contrabandistas. De fato, por forçar pessoas a fugir com a ajuda de contrabandistas no intuito de alcançarem segurança, tais restrições também expõem os refugiados tanto à violência criminal dos contrabandistas (por exemplo, gangues *gumaguma* na África do Sul, máfia na Malásia e Iêmen), quanto à percepção pública e política dos refugiados menos como vítimas dos contrabandistas e mais como criminosos associados a eles.

Nos últimos anos, MSF também presenciou Estados intensificarem o uso da detenção como medida de dissuasão diante de solicitantes de asilo e migrantes sem documentação. Conforme verificado em muitos dos projetos de MSF, detenções frequentemente envolvem condições de vida cruéis – às vezes por longo prazo – sob as quais a saúde das pessoas é desnecessariamente colocada em risco. Em Malta, dados de MSF confirmam que mais de 30% dos novos ingressantes estão com boa saúde. No entanto, consultas posteriores revelam um padrão diferente de morbidade, em grande medida devido às condições de vida nos centros de detenção. Entre os refugiados e migrantes nos centros de detenção, MSF verifica ampla presença de doenças de pele, diarreia, infecções respiratórias e problemas de saúde mental, todos ligados aos problemas de superlotação e condições de higiene precárias. Ao mesmo tempo em que muitos refugiados e migrantes sobrevivem a eventos traumáticos em suas vidas e desenvolvem mecanismos e estratégias efetivas de adaptação, o estresse posterior relacionado à detenção, como superlotação, falta de privacidade, condições cruéis e a incerteza sobre seu futuro, podem ter impactos profundos em sua saúde mental, bem-estar e capacidade de sobrevivência. Quanto mais tempo as pessoas permanecem em centros de detenção, maior a incidência de distúrbios mentais como ansiedade e depressão. Dentro dos centros de detenção, MSF apóia autoridades de saúde em assegurar assistência médica a pessoas detidas temporariamente, enquanto monitora as condições de vida que afetam a saúde dos presos. Finalmente, MSF trabalha para garantir atenção especial e/ou transferência para áreas mais abertas de indivíduos particularmente vulneráveis – doentes, menores e mulheres grávidas.

Ao abrir mais projetos em centros de detenção, MSF encontra-se caminhando sobre uma linha tênue entre prover cuidados necessários e transformar-se em um prestador de serviços para o Estado. Documentar e dar publicidade sobre as condições destes centros e qual o seu impacto é, portanto, uma parte integral destes projetos¹⁰.

Desde as medidas iniciais que não permitem o ingresso e a falta de um sistema que garanta o status às detenções e deportações, são políticas que possuem consequências sérias e diretas na saúde, bem-estar e dignidade das pessoas em movimento, que pedem por uma resposta humanitária onde a responsabilidade do Estado falhou.

3. Obstáculos ao acesso à assistência de saúde

Complicando uma situação já precária, diversas barreiras jurídicas e práticas impedem que os refugiados e migrantes acessem assistência de saúde básica. Em alguns países o acesso à assistência de saúde para migrantes sem documentação é explicitamente restringido pela lei às situações de emergência. Em outros, migrantes sem documentação têm amplo acesso à assistência de saúde – mas mesmo nestes casos, na prática, o acesso é complexo devido aos custos, obstáculos administrativos e a ausência geral de informações legais e práticas tanto aos migrantes quanto àqueles que os assistem. Além disso, migrantes sem documentação podem enfrentar barreiras linguísticas e culturais, temer ser denunciados e enfrentar deportação e/ou necessitar navegar entre complicados e instáveis procedimentos. Se refugiados e migrantes chegam a um Estado já debilitado, essas barreiras apenas contribuem para a deterioração de sua saúde. Alguns Estados também impõem multas ou outras sanções contra pessoas, incluindo médicos, que dão assistência a migrantes sem documentação e não denunciam seu status legal às autoridades.

Na Tailândia, onde MSF tem auxiliado os refugiados e migrantes vindos da Birmânia desde março de 2005, os birmaneses enfrentam um processo complicado de registro concomitante com dificuldades decorrentes de discriminação, idioma e custo de transporte quando procuram por assistência médica. O longo e custoso processo para o registro legal na Tailândia fica ainda mais complicado devido às alterações quase anuais das regulamentações para definição do status de imigrante ou refugiado. Em alguns casos, migrantes pagam despachantes para auxiliá-los com a papelada necessária e para contatar as autoridades. Sem status legal e carteira de saúde, trabalhadores migrantes precisam pagar o preço total e frequentemente exorbitante dos tratamentos médicos. Por exemplo, um parto por cesárea em um hospital custa mais de 10,000 baht (US\$ 300) – equivalente a mais de três vezes o salário médio de um migrante. A busca por assistência médica também expõe os migrantes a possíveis detecções enquanto se deslocam para os locais de assistência e a serem denunciados pelos funcionários do hospital, o que pode resultar em detenção ou deportação.

Além do registro, muitos outros obstáculos impedem refugiados e migrantes birmaneses a buscar assistência médica: diferença de idioma, custo do transporte e do tratamento e a falta de confiança no sistema público de saúde devido à diferença de idioma somada à atitude hostil de alguns médicos. Todos esses fatores juntam-se para impedir que muitos migrantes obtenham tratamento até que suas condições tornem-se muito sérias. Refugiados e migrantes birmaneses na Tailândia são apenas um exemplo – MSF testemunhou problemas similares na África do Sul, Bélgica e em outros lugares.

Como uma organização humanitária, MSF responde à ausência do acesso à assistência provendo cuidados médicos e outras necessidades básicas a refugiados e migrantes, independente de seu status legal. Muitos dos que buscam assistência de MSF fugiram da guerra e da violência, chegando em condições vulneráveis a países onde também trabalhamos para lidar com os impactos da violência. Ainda

assim, nos países receptores, as conseqüências das barreiras jurídicas, políticas e práticas enfrentadas por migrantes deixam MSF com diversos obstáculos para acessá-los e assisti-los.

4. Conclusão: fluxos “mistos” e os desafios aos agentes humanitários

Com as atuais pressões, refugiados e migrantes – chegados em fluxos mistos – permanecem escondidos em locais urbanos e são praticamente impossíveis de serem abordados abertamente e de maneira segura para assistência. Em contraste com os campos de refugiados clássicos, poucas estruturais legais especificam os direitos dessa população à assistência, obrigações dos Estados em garantir acesso à agências humanitárias ou orientações gerais para negociação do acesso humanitário. Também em contraste com os antigos típicos campos de refugiados, muitos países receptores são dirigidos por governos fortes que podem resistir ao reconhecimento de refugiados ou necessidades humanitárias dentro de suas fronteiras.

Neste contexto de violência e deslocamento, MSF tem lutado há muito tempo pela preservação de espaços humanitários – o reconhecimento e respeito dos Estados e de outros atores pelas ações independentes das agências humanitárias em avaliar as necessidades e auxiliar os mais vulneráveis. As barreiras legais e práticas cada vez mais restritivas enfrentadas pelos refugiados e migrantes nos desafiam a encontrar caminhos para alcançá-los onde quer que estejam – e para encontrar uma linguagem e meios de pressionar os Estados por maior responsabilidade na assistência e proteção dos refugiados e em assegurar que atores humanitários tenham liberdade para acessar e assistir onde ainda existam lacunas.

Fornecer assistência médica e pressionar pelo acesso à saúde dos migrantes em fluxos mistos é um ponto de partida – mas nós e outros atores humanitários somos desafiados a permanecer vigilantes e prontos a atender às necessidades das populações em movimento, que permanecem vulneráveis e frequentemente escondidas de nossa visão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- EUROPEAN UNION. **Frontex**: Libertas, Securitas, Justitia. [n.d.]. Disponível em: <<http://www.frontex.europa.eu/>>. Último acesso em: maio 2009.
- HARVEY, Paul; LIND, Jeremy. Dependency and Humanitarian Relief: A critical analysis. **HPG Report**, n. 19. 2005. Disponível em: <<http://www.odi.org.uk/resources/hpg-publications/reports/19-dependency-humanitarian-relief-critical-analysis.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Stock in a Revolving Door**. Nova York: 2008. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/reports/2008/11/26/stuck-revolving-door-0>>. Último acesso em: maio 2009.
- LOESCHER, Gil; MILNER, James. Protracted Refugee Situation in Thailand: towards solutions. **Presentation to the Foreign Correspondents' Club of Thailand**. 2006. Disponível em: <<http://www.refugees.org/uploadedFiles/Investigate/Anti-Warehousing/Countries/Loescher%20and%20Milner%20060201%20PRS.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES [MSF]. **A Refugee Camp in the Heart of the City**. [n.d.]. Disponível em: <http://www.doctorswithoutborders.org/events/refugeecamp/hpme/>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Border Stories**: an awareness campaign by Médecins Sans Frontières on the world's refugees and displaced persons: Teacher's Guide for primary and secondary school teachers. Out-nov. 2002. Disponível em: <<http://www.doctorswithoutborders.co.nz/education/resources/borderstories-tg.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Chronologie des Événements 1969-1989**. Paris: 2003a Disponível em: <<http://www.msf.fr/drive/ppp-honduras-chrono-vf.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- . **MSF expands activities in 'Hotel Africa', Rome**. Geneva: 2003b Disponível em: <http://www.msf.org/msfinternational/invite.cfm?objectid=9AA2DF7A-C5BC-490C-8DD582C38EE85B28&component=toolkit.article&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Fruits of Hypocrisy**: History of who makes agriculture... hidden: Survey on life and health conditions of foreign workers employed in Italian agriculture. 2005a. Disponível em: <<http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/img/db/msfmedia-2598.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Violence and Immigration**: Report on Illegal sub-Saharan Immigrants in Morocco. 2005b. Disponível em: <<http://www.statewatch.org/news/2005/oct/MSF-morocco-2005.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Lampedusa shipwrecks - and the number of victims continues to increase**. Geneva: 2007a. Disponível em: <http://www.msf.org/msfinternational/invite.cfm?objectid=BA85F400-15C5-F00A-25DA2E70E3BFE3C9&component=toolkit.article&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.
- . **Le coût humain de la detention**: Les centres fermés en Belgique. Bruxelas:

2007b.. Disponível em: <<http://www.mrax.be/IMG/detention.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

———. **MSF dénonce le coût humain des centres fermés pour étrangers en Belgique.** Bruxelas: 2007c. Disponível em: <<http://www.msf-azg.be/fr/main-menu/actualites/infos/news-detail/table/34.html>>. Último acesso em: maio 2009.

———. **“We are worth nothing”: Refugee and Asylum Seeker Communities in Malaysia.** Bruxelas: 2007d. Disponível em: <http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?component=report&objectid=E5ED7E8F-15C5-F00A-25A843B563FAB64A&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.

———. **International Activity Report 2007.** Genebra: 2008a. Disponível em: <http://www.msf.org/source/actrep/2007/fr/MSF_FR_AR_final.pdf>. Último acesso em: maio 2009.

———. **MSF calls upon South African authorities to immediately stop deportation of Zimbabweans.** Genebra: 2008b. Disponível em: http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=D3341261-15C5-F00A-257A117997E83742&component=toolkit.pressrelease&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.

———. **MSF provides essential health care to Zimbabwean migrants in South Africa.** Genebra: 2008c. Disponível em: <http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=28006043-15C5-F00A-254DEA69B6E5E96E&component=toolkit.article&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.

———. **MSF responds to outbreaks of violence in Johannesburg, South Africa.** Genebra: 2008d. Disponível em: <http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=05F37455-15C5-F00A-2558B258913F373A&component=toolkit.article&method=full_html>. Último acesso em: maio 2009.

———. **No Choice: Somali and Ethiopian Refugees, Asylum Seekers and Migrants crossing the Gulf of Aden.** 2008e. Disponível em: <http://www.msf.org/source/countries/middleeast/yemen/2008/MSF_report_no_choice.pdf>. Último acesso em: maio 2009.

ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY [OAU]. **Convention governing the Specific Aspect of the Refugee.** 1969.

———. **Cartagena Declaration on Refugees.** 1984.

PONT, Amy. **A Crisis in the Dark: The Forgotten Refugees.** **UN Chronicle Online Edition,** New York, v. XLIII, n. 3. 2006. Disponível em: <<http://www.un.org/Pubs/chronicle/2006/issue3/0306p38.htm>>. Último acesso em: maio 2009.

UNITED NATIONS [UN]. **Convention relating to the Status of Refugee.** GA/RES 2198 (XXI). 1951.

———. High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Protracted Refugee Situations,** UN Doc. EC/54/SC/CRP.14. 2004.

———. ———. **State of the World's Refugees 2006.** New York: Cambridge University Press, ch. 5. 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/4444afcb0.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

NOTAS

1. Exemplo de um refugiado da Birmânia – paciente de um projeto de MSF na Malásia: “A vida em casa era impossível. Nós não tínhamos praticamente renda alguma. Só comíamos carne uma vez por mês. Meu pai tinha um pequeno pedaço de terra e plantava comida. Mas, quando ele morreu, o governo tomou nossa terra. Se eu quisesse usar a terra do meu pai, teria que alugá-la. Eu não tinha como pagar. Eu parti porque tinha que sobreviver”. Por exemplo, pessoas que partiram do Zimbábue frequentemente contam à funcionários de MSF histórias de fuga, que incluem tanto perseguição política quanto fuga por sobrevivência econômica.
2. Para mais informações sobre as campanhas públicas de MSF sobre refugiados, acesse: <<http://www.doctorswithoutborders.org/education/refugeecamp/movie.cfm>> e <http://www.alterfocus.com/Dossiers_FuiteHistoire/index.htm>.
3. UNHCR define como situação prolongada de refugiado como: “situação na qual refugiados encontram-se em uma longa e difícil situação de limbo. Suas vidas podem não estar em perigo, mas seus direitos básicos e necessidades econômicas, sociais e psicológicas essenciais permanecem descumpridas após anos no exílio. Um refugiado nessa condição é frequentemente incapaz de se libertar da dependência de ajuda externa.” (UNHCR, 2004, p. 1).
4. Para uma análise crítica sobre a questão de dependência da ajuda humanitária (frequentemente através de uma visão sobre situações dos refugiados), argumentando que assistência transparente e confiável dada as necessidades deveria ser o foco da ajuda, e não a relutância à dependência dela, ver HARVEY; LIND, 2005.
5. Por exemplo, em 2007 só a Grécia recebeu mais de 112.000 migrantes. No entanto, de um total de aproximadamente 25.000 pedidos de asilo registrados, apenas oito pessoas receberam o status de refugiado – as principais nacionalidades apontadas pelas pesquisas de MSF foram de pessoas originárias do Iraque, Afeganistão, Somália e Paquistão.
6. MSF tem estado ativo em Malta desde agosto de 2008.
7. MSF trabalhou na ilha mais ao sul da Itália, Lampedusa, de 2002 a 2008 (MSF, 2007a).
8. Por exemplo, no âmbito da União Européia há agora políticas de visto, sanções a pessoas que transportam migrantes sem documentos, bem como controles extraterritoriais realizados pelas equipes de companhias aéreas e oficiais de imigração localizados no estrangeiro para impedir entradas de pessoas indesejadas na União Européia. Uma agência da União Européia, Frontex, foi criada para aumentar a cooperação no controle da fronteira. Para mais informação sobre esta organização, ver: <http://www.frontex.europa.eu/>
9. Art. 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e considerada lei consuetudinária.
10. Ver, por ex, MSF, 2007c, juntamente com um relatório mais aprofundado MSF, 2007b. Trabalho similar em centros de detenção foi realizado na Malásia.

ABSTRACT

Médecins Sans Frontières' (MSF) worldwide work with refugees reveals a transition toward ever more mixed forms of migration of both political and economic backgrounds. This evolving nature of migration and displacement, in particular refugee flows, and the government response to it, represents a new dilemma to humanitarian assistance. In this article, MSF documents the concrete impact of these changes and our operational approach in response. We argue that these developments represent a fundamental challenge to humanitarian aid actors in terms of accessing and assisting people fleeing violence to seek refuge, assistance and protection in other countries. In contexts of violence and displacement, MSF has long advocated for a preservation of humanitarian space states' and other actors' recognition and respect for humanitarians' independent action to assess needs and assist the most vulnerable. The ever more restrictive legal and practical barriers facing refugees and migrants confront us to find ways both to reach them where they are, but also to find language and means to advocate toward states for greater responsibility to assist and protect refugees and to ensure humanitarian actors have space to access and assist them where gaps remain.

KEYWORDS

Migrants – Refugees – Displacement – Health care – Médecins Sans Frontières.

RESUMEN

El trabajo mundial de Médecins Sans Frontières (MSF) revela una transición hacia formas mucho más mixtas de migración tanto política como económica. La naturaleza cambiante de la migración y el desplazamiento, en particular del flujo de refugiados, y la respuesta gubernamental a éste, representa un nuevo dilema para la asistencia humanitaria. En este artículo, MSF documenta el impacto concreto de este desafío y nuestro abordaje operacional en respuesta. Argumentamos que este desarrollo representa un desafío fundamental para los actores de ayuda humanitaria en términos de acceso y asistencia de personas huyendo de violencia y en búsqueda de refugio, asistencia y protección en otros países. En el contexto de violencia y desplazamiento, MSF tienen un largo pasado de defensa de la preservación de espacios-estado humanitarios y otros actores de reconocimiento y respeto por las acciones humanitarias independientes para evaluar las necesidades y asistir a los más vulnerables. Las barreras legales y prácticas más restrictivas afrontadas por refugiados y migrantes nos confrontan a encontrar maneras para localizarlos y contactarlos, pero también a elaborar un lenguaje y hallar medios para abogar para que los Estados con mayor responsabilidad asistan y protejan a los refugiados y garanticen que actores humanitarios tengan espacio para acceder y ayudar donde permanezcan espacios vacíos.

PALABRAS CLAVE

Migrantes – Refugiados – Desplazamientos – Asistencia médica – Médecins Sans Frontières.



JUAN CARLOS MURILLO GONZÁLEZ

Advogado e Notário Público. Kursou direito na Universidade da Costa Rica. Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados desde 1991. Foi Oficial de Proteção na Turquia e Guatemala, e Assessor Jurídico Regional do ACNUR na Venezuela. Atualmente desempenha função de Assessor Jurídico e Chefe da Unidade Legal Regional, com sede na Costa Rica, do Escritório para as Américas do ACNUR. As opiniões expressas neste documento são do autor e não refletem necessariamente as do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e as da Organização das Nações Unidas.

E-mail: murillo@unhcr.org

RESUMO

Após os trágicos acontecimentos do 11 de setembro de 2001, observa-se um forte interesse por parte dos Estados por questões relativas à segurança nacional. Mesmo que todo o Estado tenha o direito de garantir sua segurança e de monitorar suas fronteiras, é também necessário garantir que os interesses legítimos do Estado em segurança sejam compatíveis com suas obrigações internacionais em direitos humanos e que o controle migratório não afete indiscriminadamente os refugiados que necessitam de proteção internacional, respeitado, assim, o regime internacional de proteção dos refugiados. Este artigo explora a ligação entre segurança estatal e proteção internacional de refugiados, expondo a compatibilidade entre os dois temas. Segurança é tanto um direito dos refugiados quanto um interesse legítimo do Estado. Consequentemente, é importante ressaltar que a segurança do Estado e a proteção dos refugiados são temas que se complementam e reforçam mutuamente. Nesse sentido, uma legislação concernente a refugiados e medidas justas e efetivas que determinem o status de refugiado podem ser utilizadas como ferramentas a favor do Estado para solidificar e fortalecer sua segurança.

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: março de 2009. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS CHAVE

Segurança – Direitos Humanos – Proteção Internacional de Refugiados.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

OS LEGÍTIMOS INTERESSES DE SEGURANÇA DOS ESTADOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

Juan Carlos Murillo

I. Introdução

Nos últimos anos e, em particular, depois dos trágicos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, observa-se um forte interesse dos Estados pelas questões relativas à segurança. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) reconhece o direito dos Estados de garantir a segurança e de ocupar-se dos controles fronteiriços em relação às pessoas que procuram entrar em seu território. Não obstante, é necessário garantir que os legítimos interesses de segurança dos Estados sejam compatíveis com suas obrigações internacionais no que diz respeito aos direitos humanos e que os controles migratórios não afetem indiscriminadamente os que necessitam proteção internacional como refugiados.

Com efeito, as crescentes preocupações de segurança dos Estados afetaram os refugiados e poderiam menosprezar o regime internacional para sua proteção. A segurança e a luta contra o terrorismo vieram exacerbar as políticas restritivas de asilo, já implementadas por muitos Estados em diferentes partes do mundo. Igualmente, em alguns casos os refugiados foram percebidos como ameaças para a segurança dos Estados e até mesmo como potenciais terroristas em função de sua nacionalidade, religião ou país de procedência. Alguns meios de comunicação de massa apresentaram à opinião pública um panorama em que as questões de segurança e da luta contra o terrorismo são vistas como incompatíveis com as obrigações internacionais dos Estados para com os direitos humanos e a proteção internacional dos refugiados. Tudo isso explica porque a segurança é vista hoje como um dos principais desafios da proteção internacional dos refugiados, tal como os fluxos migratórios mistos, o racismo, a intolerância e a xenofobia¹.

Ver as notas deste texto a partir da página 136.

A segurança é certamente um interesse legítimo dos Estados. Um país tem o direito de proteger-se e de adotar políticas e medidas para a proteção de sua população, incluindo todos os habitantes sob sua jurisdição, tratem-se de nacionais ou não nacionais. Do mesmo modo, os Estados assumiram de boa fé obrigações internacionais em questões de direitos humanos, incluindo a proteção internacional dos refugiados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inclui o direito de toda pessoa, em caso de perseguição, de solicitar asilo e desfrutar dele. Em nosso continente, esse direito humano fundamental está consagrado em termos mais generosos tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, as quais explicitam que **toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição**, de acordo com os convênios internacionais e a legislação nacional.

No entanto, é importante destacar que o interesse legítimo dos Estados em termos de segurança é compatível com a proteção internacional dos refugiados, e deve ocorrer dentro do marco de respeito aos direitos humanos. Com efeito, a segurança e a luta contra o terrorismo, tal como a proteção internacional dos refugiados, são também questões de direitos humanos e não devem ser vistas como antitéticas ou opostas. Os refugiados são, muitas vezes, as primeiras vítimas da falta de segurança e do terrorismo. Em consequência, é relevante ver em que medida ambas as questões se complementam mutuamente e como a adoção de políticas públicas e de marcos normativos e institucionais para a proteção internacional dos refugiados reafirmam e fortalecem a segurança dos Estados.

Este artigo mostra os vínculos existentes entre a segurança dos Estados e a proteção internacional dos refugiados e destaca a compatibilidade de ambas as questões.

Como veremos a seguir, os Estados, no momento em que adotaram a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, estabeleceram um equilíbrio entre suas legítimas preocupações de segurança e as necessidades humanitárias dos que necessitam e merecem proteção internacional como refugiados. Os interesses legítimos quanto à segurança foram igualmente salvaguardados pelos Estados na América Latina no momento de adotar instrumentos regionais para a proteção de refugiados, tais como a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, de 1984, a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994, e a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, de 2004.

As necessidades humanitárias daqueles que precisam de proteção internacional, e que hoje continuam sendo vítimas da perseguição, da intolerância, das violações massivas de direitos humanos, da violência generalizada e dos conflitos internos, não são estranhas às legítimas preocupações nacionais e regionais quanto à segurança dos Estados. Não obstante, é importante ter consciência de que os refugiados são vítimas da insegurança e do terrorismo, e não suas causas², e que os Estados contam com um regime internacional de proteção de refugiados que também tem presente suas legítimas preocupações de segurança.

II. A segurança como direito fundamental dos refugiados e dos Estados

É necessário começar dizendo que a segurança é vital tanto para o respeito e o gozo efetivos de outros direitos humanos como para o fortalecimento do Estado de Direito. A segurança é um direito tanto do indivíduo como do próprio Estado. A segurança possibilita preservar o direito humano de solicitar asilo e a integridade mesmo das instituições de proteção para as vítimas da perseguição. Com efeito, os refugiados buscam a segurança e a proteção que não têm ou à qual não podem ter acesso em seus países de nacionalidade ou de residência habitual. Os Estados têm a obrigação de proteger seus nacionais e todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição.

A segurança como direito fundamental dos solicitantes de asilo e refugiados influi e está presente em todo o **ciclo do deslocamento forçado**. A esse respeito, é importante dizer como seu gozo pode ser um fator determinante na **prevenção** do deslocamento forçado, ao mesmo tempo que sua carência constitui uma das causas fundamentais que gera êxodos de refugiados. Em consequência, em determinadas situações, pode existir um **nexo causal** entre a falta ou carência de segurança como direito fundamental de todos os indivíduos e a subsequente perseguição ou ameaça de perseguição, e a necessidade de proteção internacional. Portanto, a impunidade e a insegurança são fatores destabilizadores do Estado de Direito, e podem contribuir para gerar deslocamentos forçados.

Por outro lado, os solicitantes de asilo e os refugiados enquanto seres humanos sob a jurisdição de um Estado têm o direito de desfrutar de segurança, como direito humano de todo indivíduo. Os refugiados também são **sujeitos** de direitos fundamentais, e, portanto, lhes assiste os direitos básicos estabelecidos na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, assim como os direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais, tanto universais como regionais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a segurança como direito inerente do ser humano incide diretamente na **qualidade do asilo** que se oferece aos refugiados. Certamente, se não se desfruta de segurança no país de asilo, é questionável falar de proteção efetiva do refugiado e, portanto, é muito possível que este se veja na necessidade de buscar proteção em outro país.

Finalmente, a segurança desempenha um papel preponderante na busca de **soluções duradouras** para os refugiados. O restabelecimento e o fortalecimento desse direito pode propiciar a repatriação voluntária³. Do mesmo modo, sua vigência e respeito possibilita e promove a integração local, dando oportunidade aos refugiados de reiniciar uma nova vida nas comunidades receptoras nos países de asilo. Ao contrário, a falta de segurança nos países de asilo pode fazer com que um refugiado se veja na necessidade de ser reassentado ou de buscar proteção efetiva em um terceiro país.

Em um contexto mundial no qual a segurança como expressão dos

legítimos interesses dos Estados influir na definição e adoção de políticas públicas, é necessário que os Estados façam um devido equilíbrio entre seus legítimos interesses de segurança nacional e suas obrigações internacionais de proteção de direitos humanos⁴. Atualmente, invocam-se motivações de segurança nacional para adotar políticas restritivas de asilo, dando preeminência aos controles migratórios, sem que se estabeleçam suficientes garantias para identificar e assegurar proteção a solicitantes de asilo e refugiados.

A segurança pessoal não é somente um direito fundamental dos indivíduos, reconhecido pelos distintos instrumentos de direitos humanos: em determinadas circunstâncias, no interesse da segurança nacional, os Estados podem validamente suspender o exercício de determinados direitos e garantias.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece em seu artigo XXVIII que os direitos da pessoa estão limitados pelos direitos dos demais, pela **segurança de todos** e pelas justas exigências do bem estar geral e do desenvolvimento democrático. Em consequência, a segurança pessoal está subordinada à segurança dos outros indivíduos.

Do mesmo modo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possibilita a suspensão de garantias em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou **segurança** do Estado, sempre e quando a suspensão de garantias seja na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, que essa disposição não seja incompatível com outras obrigações do direito internacional e não exista discriminação alguma (Artigo 27; CORTE IDH, 1987). Não obstante, a própria Convenção Americana enumera uma série de direitos que não são suscetíveis de suspensão (Artigo 27.2), incluindo as garantias judiciais para a proteção desses direitos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana indicou:

um Estado “tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança” embora deva exercê-los dentro dos limites e conforme os procedimentos que permitam preservar tanto a segurança pública como os direitos fundamentais da pessoa humana (CORTE IDH, 1999).

Finalmente, é necessário apontar que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece a possibilidade de restringir o gozo e o exercício de direitos e liberdades reconhecidas na mesma, sempre e quando essa restrição se baseie na lei ditada por razão de interesse geral e com o propósito para o qual foi estabelecida (Artigo 30, CORTE IDH, 1986).

Embora seja possível suspender ou restringir o gozo e o exercício de certos direitos e liberdades, tais medidas têm limites estabelecidos nos próprios instrumentos de direitos humanos. Nessa mesma ordem de idéias, a Corte Interamericana indicou que é um direito soberano dos Estados adotar suas políticas migratórias, mas que estas devem ser compatíveis com as normas de proteção de direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana (CORTE

IDH, 2000). Na opinião do ACNUR, esses limites ao poder soberano dos Estados de adotar políticas migratórias também estão em outros instrumentos de direitos humanos, entre eles, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967.

III. Implicações da segurança na proteção internacional dos refugiados

A crescente preocupação dos Estados com as questões de segurança e a luta contra o terrorismo veio exacerbar as políticas restritivas de asilo e proteção dos refugiados, políticas já aplicadas em diversos países, inclusive muitos anos antes dos trágicos eventos de 11 de setembro de 2001. A equação perversa entre refugiados e terroristas passa pelo fato de se desconhecer os critérios para a determinação da condição de refugiado, assim como ignora-se que o terrorismo e a violência geram êxodos de refugiados e, portanto, que eles são suas vítimas e não suas causas.

As preocupações de segurança dos Estados vêm afetando a proteção de refugiados⁵, particularmente em três áreas específicas, a saber:

1. Acesso ao território,
2. Processo para determinar a condição de refugiado,
3. Exercício de direitos e a busca de soluções duradouras.

No que diz respeito ao acesso ao território, hoje as pessoas que necessitam de proteção enfrentam a aplicação indiscriminada de maiores controles migratórios, medidas crescentes de interceptação em países de origem, em países de trânsito e em alto mar, assim como suspeitas em função de sua nacionalidade, religião ou país e região de procedência. Essas situações representam limitações adicionais para que um refugiado possa entrar em um território em busca de proteção.

Adicionalmente, recorre-se com maior frequência ao uso da detenção administrativa de solicitantes de asilo, sendo aplicado em alguns países a detenção automática em razão da nacionalidade, da origem ou da religião da pessoa, ou com respeito ao caráter irregular ou indocumentado da entrada no país. Tudo isso viola o caráter excepcional da detenção, o princípio de não discriminação (Artigo 3, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951) e a não sanção por entrada ilegal (Artigo 31, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951).

As considerações de segurança também estão impactando negativamente a interpretação da definição da condição de refugiado mediante o uso de critérios cada vez mais restritivos das cláusulas de inclusão. Embora os refugiados, a partir da adoção da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951,

não se definam em função de sua nacionalidade, uma vez que o elemento chave é determinar se existe ou não um “temor fundado de perseguição” por um dos motivos protegidos⁶, hoje, em alguns países, leva-se em conta a forma de entrada no país, a nacionalidade, a origem étnica ou a região da qual provém o solicitante.

Embora a definição de refugiado da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabeleça quem não pode beneficiar-se da proteção internacional, seja porque não a necessita ou porque não a merece (cláusulas de exclusão), o ACNUR notou que alguns países optam por aplicar de maneira restritiva os critérios de inclusão, de tal forma que seja desnecessário fazer uma análise sobre as cláusulas de exclusão.

No interesse da segurança, e no que diz respeito às cláusulas de exclusão propriamente ditas, preocupa-nos que se pretenda analisar sua aplicação antes mesmo de se chegar à conclusão de que a pessoa reúne os requisitos da definição de refugiado da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Em consequência, o ACNUR reitera que para salvaguardar o direito de asilo e o regime de proteção internacional dos refugiados é necessário primeiro aplicar as cláusulas de inclusão e só depois analisar a aplicação das cláusulas de exclusão. Primeiro é necessário estabelecer que a pessoa tenha um perfil de refugiado ao reunir os elementos que definem o refugiado e depois analisar **se a pessoa necessita ou merece proteção internacional**.

Não obstante o caráter taxativo e restritivo das cláusulas de exclusão da definição de refugiado, alguns países incorporaram termos frouxos e até novos motivos para sua aplicação. Assim, preocupa-nos que em alguns países se pretenda utilizar o conceito de “segurança nacional” como se se tratasse de uma nova cláusula de exclusão e se recorra a novas causas para negar a condição de refugiado, em contravenção ao artigo I. F. da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

As legítimas preocupações de segurança dos Estados não foram estranhas aos redatores da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e, precisamente por isso, estabeleceram que em determinadas circunstâncias algumas pessoas **não necessitavam ou não mereciam proteção internacional**. Na medida em que as cláusulas de exclusão são taxativas e de interpretação restritiva, os Estados que invocam a “segurança nacional” para negar a condição de refugiado, ou como se se tratasse de uma nova “cláusula de exclusão”, em realidade estão violando o espírito e as disposições da Convenção de 1951.

No mesmo sentido, o ACNUR reitera que a exceção prevista no parágrafo 2º do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, com respeito à exceção do princípio de não devolução, não é uma causa adicional de exclusão, mas uma medida de caráter estritamente excepcional que em determinadas circunstâncias pode ser invocada por um Estado.

Por último, é claro que as considerações de segurança podem afetar tanto o exercício de direitos fundamentais dos refugiados como a busca de soluções duradouras para sua problemática. Com efeito, uma opinião pública desinformada ou a manipulação da informação com objetivos populistas pode gerar xenofobia

e discriminação em relação aos refugiados de uma certa nacionalidade, uma determinada origem étnica ou uma religião específica, e isso igualmente influi na integração local de refugiados e nas cotas que os Estados estabelecem para receber refugiados reassentados.

IV. Os interesses legítimos de segurança e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951

Uma vez que a segurança é um direito tanto do Estado como do refugiado, é importante considerar como se refletiu esta dupla vinculação na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Como veremos a seguir, as legítimas preocupações de segurança dos Estados não são incompatíveis com a proteção internacional de refugiados, mas se encontram devidamente contempladas em várias disposições específicas da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951⁷.

1. A definição de refugiado

(art. 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados)

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabelece a definição de refugiado, os direitos e as obrigações das pessoas refugiadas e o marco geral para seu tratamento e proteção. Ao indicar os elementos ou critérios da definição de refugiado, o artigo 1º da Convenção de 1951 nos recorda que os **refugiados não somente necessitam proteção internacional, como devem merecê-la**. O artigo 1ºF salvaguarda as legítimas preocupações de segurança dos Estados ao estabelecer quem não merece proteção internacional, apesar de ter um perfil de refugiado. Esse artigo estabelece:

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para se pensar que⁸:

- a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;*
- b) cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados;*
- c) tornaram-se culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.*

Em consequência, um Estado tem todo o direito de velar pelos que reúnem os elementos de inclusão da definição de refugiado, que não estejam incursos em alguma das causais de exclusão; ou, o que dá no mesmo, aqueles que têm um perfil de refugiado também merecem proteção internacional. **Precisamente por isso, para garantir a segurança do Estado e o pleno respeito do direito de asilo,**

é do próprio interesse dos Estados contar com mecanismos operativos, justos e eficientes para a determinação da condição de refugiado que lhes permitam identificar aqueles que necessitam e merecem proteção internacional.

Do mesmo modo, para salvaguardar a integridade do asilo e o caráter pacífico, apolítico e humanitário dessa instituição de proteção internacional, os Estados podem, em determinadas circunstâncias, **cancelar ou revogar a condição de refugiado**. Pode ocorrer o caso de que o Estado se tenha equivocado ou tenha sido induzido a erro no momento de tomar uma decisão sobre a determinação da condição de refugiado. Um refugiado também pode cometer certos atos no país de asilo ou em um terceiro país cuja gravidade pode fazer com que o Estado lhe retire a condição de refugiado, validamente outorgada. O **cancelamento** da condição de refugiado procede quando o Estado se convence de que o refugiado cometeu fraude ou mentiu no momento de apresentar os fatos em que se fundamenta sua solicitação, ou que ao se conhecer todos os fatos relevantes de seu caso, tenha-se aplicado uma cláusula de exclusão. Igualmente, um Estado pode validamente **revogar** a condição de refugiado naqueles casos em que a pessoa, uma vez obtido o reconhecimento, comete um delito contra a paz, um delito de guerra ou um delito contra a humanidade, ou se faz culpável de atos contrários às finalidades e aos princípios das Nações Unidas¹⁰.

Do mesmo modo, o Estado tem todo o direito de punir o refugiado que cometa um delito em seu território. **A condição de refugiado não implica imunidade nem tampouco pode favorecer a impunidade**. Se um refugiado não respeita ou viola as normas do país de asilo, ele está sujeito à aplicação das mesmas medidas e sanções previstas para os nacionais ou qualquer outro estrangeiro sob a jurisdição de um Estado.

Em consequência, uma interpretação coerente e consistente da definição de refugiado permite estabelecer um equilíbrio entre os legítimos interesses dos Estados em matéria de segurança e as necessidades humanitárias dos que necessitam e merecem proteção internacional. A aplicação rigorosa das cláusulas de inclusão e exclusão da definição de refugiado salvaguarda os legítimos interesses dos Estados, na medida em que lhes permite identificar os que necessitam e merecem proteção internacional e aqueles que não se enquadram nessa definição. Em consequência, reiteramos que **é do próprio interesse dos Estados ter normas internas sobre refugiados, assim como procedimentos operativos, justos e eficientes para a determinação da condição de refugiado**.

2. Medidas provisórias

(art. 9º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951)

O artigo 9º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 permite que Estados, “em tempo de guerra ou em outras circunstâncias graves e excepcionais”, adotem “provisoriamente, a propósito de uma determinada pessoa, as medidas que este Estado julgar indispensáveis à segurança nacional, até que o referido Estado determine que essa pessoa é efetivamente um refugiado

e que a continuação de tais medidas é necessária a seu propósito no interesse da segurança nacional”.

A detenção administrativa de um solicitante de asilo ou refugiado sempre deve ser a exceção e não a regra. Esse caráter excepcional da detenção está reafirmado no artigo 9º anteriormente indicado, mas note-se que os interesses legítimos dos Estados foram devidamente salvaguardados em tempos de guerra ou diante de **circunstâncias graves e excepcionais** no interesse da segurança nacional. Esse artigo permite o internamento e a detenção de uma pessoa enquanto se determina sua condição de refugiado, e mesmo que já tendo sido determinada essa condição, sempre e quando as medidas adotadas sejam necessárias para a segurança nacional.

Em consequência, naquelas circunstâncias válidas em que o Estado possa invocar motivações de segurança nacional em relação a um solicitante de asilo ou refugiado, se poderá proceder a sua detenção. Reiteramos que trata-se de uma medida excepcional e não deve ser utilizada como desculpa ou justificação legal para proceder à detenção de solicitantes de asilo e refugiados¹¹.

3. Documentos de viagem

(art. 28 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951)

O artigo 28 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 faculta aos Estados partes a não expedição de documentos de viagem aos refugiados para que se trasladem fora de seu território quando a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional ou de ordem pública.

Reiteramos novamente que trata-se de uma medida excepcional, uma vez que a expedição de documentação pessoal, incluindo o documento de viagem do refugiado, é do próprio interesse do Estado e da sua segurança, no sentido de conhecer e identificar plenamente aqueles que têm essa condição em seu território.

4. Expulsão de refugiados

(art. 32 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951)

Em conformidade com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 13), no interesse da segurança nacional, um Estado pode expulsar um refugiado que se encontre legalmente em seu território sempre que haja uma decisão tomada conforme seu ordenamento jurídico interno. O mesmo artigo 32 da Convenção de 1951, assim como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 13), estabelece exceções às garantias de devido processo em um procedimento de expulsão quando existam razões imperiosas de segurança nacional¹². Não obstante, sempre se deverá garantir ao refugiado um prazo razoável para obter sua entrada legal em outro país.

Ao contrário, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não

estabelece a segurança nacional como motivo de expulsão de estrangeiros que se encontrem legalmente no território de um Estado, nem admite exceções às garantias de devido processo em um procedimento de expulsão¹³.

5. Proibição de expulsão e de devolução (art. 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951)

O princípio de não devolução é a pedra angular do direito internacional dos refugiados e se funda no fato de que um Estado não deve expulsar ou rechaçar, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em risco em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

No entanto, o princípio de não devolução admite exceções previstas na mesma Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no caso em que o refugiado seja considerado, por razões fundadas, um perigo para a segurança do país em que se encontra.

É importante reiterar mais uma vez que trata-se de uma medida excepcional somente aplicável em situações realmente graves, e nunca de uma cláusula adicional de exclusão. Do mesmo modo, ainda que o Estado possa aplicar validamente a exceção ao princípio de não devolução contemplada no parágrafo segundo do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, poderiam também ser relevantes e aplicáveis outras disposições de outros instrumentos de direitos humanos¹⁴.

Como foi dito, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabelece um devido equilíbrio entre os interesses legítimos de segurança dos Estados e as necessidades humanitárias de proteção dos refugiados. Na medida em que se fortaleça a implementação efetiva desse instrumento internacional através da adoção de normas nacionais sobre refugiados e o estabelecimento de mecanismos operativos, justos e eficientes para a determinação da condição de refugiado, os Estados contarão com melhores ferramentas para garantir sua segurança e o pleno respeito de suas obrigações internacionais de proteção de refugiados.

V. A segurança e os instrumentos regionais

As questões de segurança e proteção de refugiados não se excluem entre si, antes se complementam e reforçam mutuamente. Os vínculos existentes entre os legítimos interesses de segurança dos Estados e as necessidades humanitárias de proteção dos refugiados foram enfatizados, tanto nas distintas resoluções da Assembleia Geral como do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre a luta contra o terrorismo. Com efeito, essas resoluções ressaltam o fato de que a luta contra o terrorismo se faz dentro do respeito ao direito internacional e, em particular, ao direito internacional dos refugiados, ao direito internacional humanitário e ao

direito internacional de direitos humanos. O mesmo acontece no âmbito regional e, em consequência, a Assembléia Geral da OEA deixou claro em suas resoluções a necessidade de que a luta contra o terrorismo se dê dentro do respeito do direito internacional e dos direitos humanos.

Nesse sentido, é relevante indicar que a própria Convenção Interamericana contra o terrorismo estabelece importantes salvaguardas para a proteção internacional dos refugiados. Assim, seu artigo 12 estabelece o seguinte:

Cada Estado Parte adotará as medidas cabíveis, em conformidade com as disposições pertinentes do direito interno e internacional, para assegurar que não se reconheça a condição de refugiado a pessoas com relação às quais haja motivos fundados para considerar que cometeram um delito estabelecido nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2º desta Convenção. [grifo nosso]

Por sua vez, o artigo 15 dessa Convenção Interamericana indica:

- 1. As medidas adotadas pelos Estados Partes em decorrência desta Convenção serão levadas a cabo com pleno respeito ao Estado de Direito, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.*
- 2. Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de desconsiderar outros direitos e obrigações dos Estados e das pessoas, nos termos do direito internacional, em particular a Carta das Nações Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos, o direito internacional humanitário, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos refugiados.*
- 3. A toda pessoa que estiver detida ou com relação à qual se adote quaisquer medidas ou que estiver sendo processada nos termos desta Convenção será garantido um tratamento justo, inclusive o gozo de todos os direitos e garantias em conformidade com a legislação do Estado em cujo território se encontre e com as disposições pertinentes do direito internacional* (grifo nosso).

Os instrumentos regionais para a proteção de refugiados na América Latina também salvaguardam os legítimos interesses de segurança dos Estados. A esse respeito, é interessante destacar que a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, inspirada em disposições específicas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, constitui um instrumento flexível e prático que articula as **legítimas preocupações de segurança nacional e estabilidade regional** e as **necessidades humanitárias de proteção das pessoas**. Sua ênfase está na proteção e na busca de soluções duradouras, partindo do reconhecimento que existem pessoas que requerem e merecem proteção internacional.

São precisamente as legítimas preocupações de segurança nacional e estabilidade regional, em um contexto em que ocorrem distintos esforços de paz, e perante a necessidade de oferecer proteção a um crescente número de refugiados

com novos perfis, que propiciam o diálogo, a vontade política, a concertação, com o apoio decidido da comunidade internacional, para que se adote a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984.

Essa Declaração reitera o caráter civil, apolítico e estritamente humanitário da concessão do asilo e o reconhecimento do estatuto de refugiado, que não deve ser considerado um ato inamistoso entre os Estados. Do mesmo modo, sublinha a importância do respeito irrestrito do princípio de *non-refoulement* como princípio de *ius cogens*. Inclui também uma definição regional de refugiado, que incorpora o elemento segurança como direito protegido. Nesse sentido,

[...] a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública¹⁵.

Por sua vez, a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, adotada ao comemorar-se o Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, reitera a importância da segurança para que os refugiados possam gozar e exercer seus direitos fundamentais, assim como a importância de que **a questão dos refugiados seja discutida nos foros regionais de segurança**. Recomenda-se que as questões da proteção internacional de refugiados façam parte da agenda dos foros regionais de segurança, tal como as questões de outros deslocamentos forçados e das migrações¹⁶.

Finalmente, as legítimas preocupações de segurança dos Estados foram contempladas na Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados de 2004, adotados ao comemorar-se o Vigésimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984.

Nesse sentido, a Declaração e o Plano do México de 2004 reiteram a importância da segurança como direito fundamental daqueles que necessitam e merecem proteção internacional como refugiados, e reafirma que “as políticas de segurança e luta contra o terrorismo devem enquadrar-se dentro do respeito dos instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos refugiados e dos direitos humanos em geral”.

Do mesmo modo, a Declaração destaca que é necessário, “levando em conta os legítimos interesses de segurança dos Estados”, propiciar um diálogo amplo e aberto com os Estados tendo em vista a sistematização da prática estatal e da doutrina sobre a aplicação da definição regional de refugiado e, em particular, a aplicação das cláusulas de exclusão.

Em consequência, está claro que os instrumentos regionais para a proteção dos refugiados na América Latina estabeleceram um devido equilíbrio entre os

legítimos interesses de segurança dos Estados e as necessidades humanitárias daqueles que necessitam e merecem proteção internacional como refugiados.

VI. Considerações finais

O fenômeno do deslocamento forçado mudou em nosso continente, mas subsiste como um fato contemporâneo. Hoje, estima-se que existam em nossa região mais de três milhões de pessoas que necessitam e merecem proteção internacional. As novas tendências do deslocamento forçado no continente dão conta de novas formas de perseguição, particularmente referidas à ação de agentes não estatais, em situações nas quais a proteção nacional é inexistente ou ineficaz. Reconhecemos também, como o ACNUR, que o contexto no qual se dá a proteção internacional mudou frente às crescentes preocupações relacionadas à segurança e ao terrorismo, o manejo dos fluxos migratórios, e o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância.

A segurança é um direito tanto dos refugiados como um legítimo interesse dos Estados. Em consequência, é importante entender que a segurança dos Estados e a proteção de refugiados são dois temas que se complementam e reforçam mutuamente. Nesse sentido, à medida que adotem normas internas sobre refugiados e contem com procedimentos operativos justos e eficientes para a determinação da condição de refugiado, os Estados disporão de ferramentas úteis para assegurar e fortalecer sua proteção. A aplicação coerente e consistente da definição de refugiado permite aos Estados identificar quem necessita e merece proteção internacional e aqueles que não estão configurados dentro deste caso. Precisamente por isso, os controles migratórios não devem ser aplicados indiscriminadamente, mas devem contar com salvaguardas específicas que permitam a identificação daqueles que requerem proteção internacional como refugiados.

O ACNUR compreende as legítimas preocupações de segurança dos Estados e apóia decididamente a luta contra o terrorismo, bem como reitera a importância de preservar a integridade do asilo como instrumento de proteção para o perseguido. Os terroristas, tal como os delinquentes, não podem e não devem beneficiar-se do reconhecimento da condição de refugiado em virtude da aplicação das cláusulas de exclusão. No entanto, a preservação da integridade do asilo como instrumento de proteção pressupõe uma correta interpretação da definição de refugiado dentro de um procedimento que satisfaça todas as garantias de devido processo e o respeito dos padrões básicos de direitos humanos.

Como dissemos, os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção de refugiados não são temas antagônicos ou excludentes. A própria Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 inclui dentro de suas disposições medidas específicas para salvaguardar a segurança nacional e os legítimos interesses dos Estados. Do mesmo modo, os instrumentos regionais de proteção de refugiados estabeleceram um devido equilíbrio entre as legítimas preocupações de segurança dos Estados e as necessidades humanitárias dos que necessitam e merecem proteção internacional.

Não obstante, isso é motivo de preocupação para o ACNUR, que a segurança e luta contra o terrorismo possam restringir ainda mais as políticas de asilo no continente e a interpretação coerente e consistente da definição de refugiado. Por isso, reiteramos nosso interesse em apoiá-los no cumprimento de suas obrigações internacionais, de tal forma que a segurança e a proteção dos refugiados se complementem e reforcem mutuamente.

Finalmente, permitam-nos concluir com as palavras de nosso ex-secretário geral das Nações Unidas: “Nenhuma pessoa, nenhuma região e nenhuma religião deve ser condenada por causa dos atos abomináveis de alguns indivíduos”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). **Legal database**. [n.d.]. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1929.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

_____. **Conclusão No. 18 (XXXI)**. 1980.

_____. **Conclusão No. 40 (XXXVI)**. 1985.

_____. **Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo**. 1998. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1929.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

_____. **Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR**. Ginebra: novembro. 2001. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1760.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

_____. **Directrices sobre Protección Internacional**. La Aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Documento HCR/GIP/03/05. Ginebra: 4 de setembro. 2003.

ANNAN, Kofi. Fighting Terrorism on a Global Front. **The New York Times**, Nova York, 21 de setembro. 2001. Disponível em: <<http://www.un.org/News/press/docs/2001/20010921.stories/articleFull.asp?TID=23&Type=Article>>. Último acesso em: maio 2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Terrorismo y Derechos Humanos**. Washington: out. 2002. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos**. Opinião Consultiva OC-6. 9 de maio de 1986. [Série A No. 6].

- . **El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos)**. Opinião Consultiva OC-8/87. 30 de janeiro de 1987. [Série A No. 8].
- . **Caso Castillo Petruzzi y otros**. Sentença. 30 de maio de 1999. [Série C No. 52].
- . **Caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana**. Resolução de medidas provisórias. 18 de agosto de 2000.
- GUTERRES, A. **Discurso inaugural ante el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR**. Ginebra: 3 de outubro. 2005. Disponível em: <http://www.acnur.org/paginas/?id_pag=4055>. Último acesso em: maio 2009.
- NAÇÕES UNIDAS [UN]. **Convention relating to the Status of Refugees**. GA/RES 2198 (XXI). 1951.
- . **Internacional Convenat on Civil and Political Rights (ICCPR)**. GA/ RES 2200^a (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc A/6316, 1966. 16 dez. 1966.
- . **Protocol Relatin to the Status of Refugees**. UN Doc 606 U.N.T.S. 267. 16 dez. 1966.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. **American Declaration of the Rights and Ruties of Man**. 1948.
- . **American Convention on Human Rights**. 1969.
- . **Cartagena Declaration on Refugees and Displaced Persons**. 1994.
- . **San Jose Declaration on Refugees and Displaced Persons**. 1994.
- . **Inter-American Convention against Terrorism**. Bridgetown: junho 2002. Disponível em: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1638.pdf>. Último acesso em: maio 2009.
- . **México Declaration and Plano f Action to Strengthen the International Protection of Refugees**. 2004.
- SCHEININ, M. **Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el Terrorismo**. AGNU RES A/62/263. 15 de agosto. 2007. Disponível em <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5696.pdf>>. Último acesso em: maio 2009.

NOTAS

1. Assim indicou nos últimos anos o Alto Comissário, Sr. António Guterres, em seus discursos inaugurais perante o Comitê Executivo do Programa do ACNUR.
2. Como disse o Alto Comissário António Guterres em discurso inaugural perante o Comitê Executivo do Programa do ACNUR: “Preservar o asilo significa mudar a noção de que os refugiados e os solicitantes de asilo são os causadores da insegurança ou do terrorismo, em lugar de ser suas vítimas. Infelizmente, ocorrem atualmente numerosas situações em que o conceito de asilo é mal interpretado, e inclusive equiparado ao terrorismo. É certo que o terrorismo deve ser combatido com determinação, mas o asilo é, e deve continuar a ser, um princípio central da democracia” (GUTERRES, 2005).
3. A importância da segurança como elemento fundamental para facilitar e promover a repatriação voluntária foi enfatizada respectivamente pelo Comitê Executivo do ACNUR na Conclusão nº. 18 (XXXI), de 1980, e a Conclusão nº. 40 (XXXVI), de 1985.
4. Sobre o devido equilíbrio entre a segurança, a luta contra o terrorismo e o respeito dos direitos humanos, entre eles, o direito de asilo, e a necessidade de estabelecer salvaguardas específicas, ver COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002. Por sua vez, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, aprovada em Barbados em junho de 2002, estabelece salvaguardas específicas sobre direitos humanos e direito internacional dos refugiados.
5. A proteção de refugiados não é incompatível com os legítimos interesses dos Estados em matéria de segurança. Nesse sentido, ver o documento ACNUR, 2001, na página web do ACNUR em espanhol <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1760.pdf>>. Sobre como a luta contra o terrorismo afetou a proteção internacional de refugiados, ver o informe do Relator Especial sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, senhor Martin Scheinin (SCHEININ, 2007).
6. Os motivos protegidos no artigo 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 são os seguintes: raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas.
7. Ver nesse sentido as seguintes disposições da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951: O artigo 9º sobre a adoção de medidas provisórias; o artigo 28 para a expedição de documentos de viagem; o artigo 32 sobre expulsão de refugiados; e o artigo 33 em relação ao princípio de não devolução.
8. É importante indicar que o mesmo parâmetro “fundados motivos para considerar” previsto no Art. 1º F da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados foi incluído na Convenção Interamericana contra o Terrorismo, adotada em Bridgetown, Barbados, em junho de 2002. A Convenção Interamericana contra o Terrorismo estabelece salvaguardas específicas para a proteção de refugiados em seus artigos 12 e 15. Disponível em <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1638.pdf>>.
9. Sobre exclusão, cancelamento e revogação, ver ACNUR, 2003.
10. Sobre a detenção de solicitantes de asilo e refugiados, ver ACNUR, 1998.
11. Não obstante, o Comitê de Direitos Humanos reiterou que a revisão da ordem de expulsão faz parte integral deste direito. O Comitê tem reiterado este ponto em suas observações finais com relação a diversos países, entre outros: Bélgica 12/08/2004 CCPR/CO/81/BEL (parágrafos 23-25), Lituânia 4/05/2004 CCPR/CO/80/LT U (parágrafo 7), Iêmen 12/08/2002 CCPR/CO/75/YEM (parágrafo 18), e Nova Zelândia 7/08/2002 CCPR/CO/75/NZL (parágrafo 11). Partes das observações finais do Comitê de Direitos Humanos por eixos temáticos estão disponíveis na página do ACNUR em espanhol no seguinte link: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=222>.
12. Com base no artigo 22.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, um estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado só pode ser expulso em cumprimento de uma decisão adotada conforme à lei e em nenhum caso pode ser expulso para um país, seja ou não de origem, onde sua vida ou liberdade pessoal corra risco de violação por causa de raça, nacionalidade, religião, condição social ou opiniões políticas.
13. A disposição contida no artigo 22.8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é mais ampla e generosa do que a formulação do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e não admite exceções. Precisamente por isso, no caso do continente americano, trata-se de um direito de não devolução. A esse respeito, ver ACNUR, 2001, p. 5.
14. Ver recomendação terceira da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, em base de dados legal, www.acnur.org
15. Ver vigésima recomendação da Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, em base de dados legal, www.acnur.org
16. No mesmo sentido, ver COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002, que inclui um capítulo específico sobre asilo e a proteção de refugiados.

ABSTRACT

After the tragic events of September 11, 2001, there has been a strong interest amongst States in matters relating to national security. While every State has a right to ensure security and control borders, it is also necessary to ensure that the legitimate security interests of States are consistent with their international human rights obligations and that immigration controls do not indiscriminately affect those refugees in need of international protection, so as not to undermine the international regime for protection of refugees. This article explores the links between the security of States and the international protection of refugees, focusing on the compatibility of both themes. Security is both a right of refugees and a legitimate interest of States. It is therefore important to understand that the security of States and the protection of refugees are complementary and mutually reinforcing. In this sense, legislation regarding refugees and fair and effective operational procedures for the determination of refugee status can be utilized by States as useful tools to solidify and strengthen their security.

KEYWORDS

Security – Human rights – International refugee protection.

RESUMEN

Tras los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, se ha generado un gran interés entre los países en materia de seguridad nacional. Mientras que todo Estado tiene derecho a promover su seguridad y el control de sus fronteras, también es necesario asegurarse de que los intereses de seguridad legítimos de los Estados sean consistentes con sus obligaciones de derechos humanos y que los controles de inmigración no afecten indiscriminadamente a los refugiados necesitados de protección internacional, para no perjudicar el régimen internacional de protección de refugiados. Este artículo explora las relaciones entre la seguridad de los Estados y la protección internacional de los refugiados, centrándose en la compatibilidad de ambos temas. La seguridad es tanto un derecho de los refugiados como un interés legítimo de los Estados. Es por lo tanto importante que entendamos que la seguridad de los Estados y la protección de los refugiados son complementarias y se refuerzan mutuamente. En este sentido, la legislación en lo concerniente a los refugiados y unos procedimientos operacionales justos y eficientes para la determinación de estatus de refugiado pueden ser utilizados por los Estados como herramientas útiles para consolidar y reforzar su seguridad.

PALABRAS CLAVE

Seguridad – Derechos humanos – Protección internacional de refugiados.

MANUELA TRINDADE VIANA

Mestre pelo Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo e editora da publicação *Pontes - entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*, financiada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e pelo *International Centre for Trade and Sustainable Development*.

E-mail: manu_usp@yahoo.com.br.

RESUMO

O objetivo deste artigo é compreender a interação entre o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e o governo colombiano nos esforços de mitigação do deslocamento interno forçado, bem como os principais desafios enfrentados na abordagem do problema. Este artigo privilegia a leitura adotada pelos atores mencionados acima, a qual vincula o deslocamento ao conflito armado vivenciado pelo país há mais de quarenta anos. Embora se trate de um problema observado há décadas, as formulações políticas nacionais com vistas à sua mitigação surgiram tardiamente, mais precisamente, em meados da década de 1990. Da mesma forma, a atenção do ACNUR ao problema somente foi intensificada em finais dessa mesma década. O artigo conclui que existe uma grande assimetria entre o desenvolvimento normativo de atenção aos deslocados observado na Colômbia e a execução de tais normas. Por exemplo, falta coordenação entre entidades nacionais e sub-nacionais, assim como entre as nacionais e as internacionais. No que diz respeito à prevenção do deslocamento interno e avaliação do impacto das políticas, o desafio é ainda maior, na medida em que são embrionários os esforços neste sentido. Sustenta-se que o ACNUR tem empregado os mesmos critérios que o governo na execução de suas tarefas, quando estes poderiam ser repensados e redefinidos à luz da experiência do Alto Comissariado.

Original em português.

Recebido em: março de 2009. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS CHAVES

Deslocados Internos – Colômbia – ACNUR – Conflito Armado – Crise Humanitária.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E DESLOCAMENTO INTERNO NA COLÔMBIA: DESAFIOS À MAIOR CRISE HUMANITÁRIA DA AMÉRICA DO SUL

Manuela Trindade Viana

1. Uma crise humanitária antiga e de soluções tardias

Existem cerca de 13,5 milhões de deslocados internos no mundo atualmente (ACNUR, 2007). Destes, 3 milhões encontram-se na Colômbia. Ainda que as fontes diverjam quanto ao número de deslocados colombianos, coincidem na conclusão de que se trata de uma tendência crescente e preocupante. Além de ter seus direitos políticos, econômicos, sociais e civis violados, os deslocados internos têm suas redes sociais de apoio desarticuladas, o que afeta sua capacidade de construir e sustentar a vida em comunidade.

Existem diversas explicações para o deslocamento interno na Colômbia. Para alguns autores, a violência propagada pelo conflito armado – entendido como o embate entre guerrilhas e paramilitares, e guerrilhas e governo nacional – explica somente parte desses fluxos. Com efeito, os deslocamentos já podiam ser observados no século XIX, quando as guerras de independência, as disputas pelo poder entre os dois tradicionais partidos colombianos e os movimentos de colonização de novas terras responderam por grande parte do deslocamento massivo de indivíduos.

Apesar de reconhecer a pertinência das múltiplas vertentes explicativas para o deslocamento forçado na Colômbia, este artigo privilegiará a leitura que vincula *diretamente* a evolução do deslocamento forçado ao conflito armado vivenciado pelo país. Esta é a interpretação aplicada nas políticas de atenção à população deslocada levadas a cabo pelo governo nacional e pelas agências internacionais, atores que constituirão foco de análise do presente artigo.

Cabe ressaltar que o deslocamento massivo de indivíduos tardou a figurar entre as prioridades políticas durante grande parte da história do país, o que fez com que

Ver as notas deste texto a partir da página 159.

este problema se prolongasse ao longo das décadas e o número de populações nessas condições aumentasse significativamente. Os primeiros delineamentos normativos sobre o tema ocorreram somente a partir de 1997, ano de promulgação da Lei 387, referencial sobre a matéria. A relevância do debate sobre o deslocamento forçado na Colômbia reside justamente no caráter tardio das respostas governamentais, o que permitiu que o fenômeno adquirisse dimensões preocupantes.

A degeneração do quadro humanitário na Colômbia despertou, em finais da década de 1990, a atenção do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que, a pedido do governo colombiano, instalou um escritório de representação em Bogotá. A atuação do ACNUR ocorre em duas frentes: de um lado, a capacitação de agências governamentais; de outro, o trabalho junto às vítimas do deslocamento forçado.

O presente artigo busca analisar as principais iniciativas nacionais e internacionais – destacadamente, do ACNUR – de atenção à população deslocada. Para tal, será apresentada uma breve análise sobre as características do deslocamento interno na Colômbia, por meio da qual se pretende identificar, na seção relativa às políticas governamentais e do ACNUR, se os desafios relacionados a esse problema foram incorporados aos esforços de sua superação. Espera-se oferecer um instrumental capaz de auxiliar na reflexão crítica acerca das políticas de atenção à população deslocada no que diz respeito à superação e prevenção deste fenômeno.

2. Condicionantes e características do deslocamento forçado na Colômbia

O estudo do fenômeno do deslocamento interno na Colômbia tem privilegiado a abordagem que o vincula diretamente às hostilidades, ameaças e violações aos direitos humanos decorrentes do conflito armado. Esse quadro é questionado por autores que consideram essa interpretação distante da complexidade do fenômeno, na medida em que este apresenta motivações e manifestações distintas ao longo do território colombiano. Apontam, ao invés disso, quatro fatores condicionantes do deslocamento interno na Colômbia: conflito armado; disputa por territórios de importância geoestratégica; disputa por terras, em um processo de reordenamento artificial; e motivações sociais.

Antes de tudo, cabe destacar que não se sustenta o argumento de que o conflito armado não reflete a complexidade do fenômeno do deslocamento interno. Longe de constituir mero embate ideológico ou de propostas políticas entre guerrilhas e governo nacional, o conflito apresenta um pano de fundo social, político e econômico consideravelmente complexo, com incidência aguda sobre a questão agrária. Ou seja, a dinâmica do conflito armado colombiano acaba por englobar muitos dos fatores considerados isoladamente por esses autores, tais como as disputas por territórios de importância geoestratégica e parte das motivações sociais.

Embora apresente boas fundamentações empíricas, a crítica à relação direta e unilateral entre deslocamento interno e conflito armado ignora o fato de que, quando se trata de deslocamento *forçado*, o emprego da violência desempenha

papel preponderante. Os números apresentados pela Consultoria para os Direitos Humanos e o Deslocamento (CODHES) corroboram esse argumento: no período 2002-2003, as ameaças respondiam por 47,5% dos motivos mais evocados para a ocorrência do deslocamento; os enfrentamentos armados, 19,9%; e os assassinatos e massacres, 13%.

A defesa de uma abordagem mais ampla do deslocamento interno chama atenção, no entanto, para alguns pontos interessantes. Um deles diz respeito à participação do Estado e de grupos econômicos sobre a dinâmica do deslocamento. Com efeito, os estudos e debates acadêmicos têm evoluído no sentido de explorar a responsabilidade do Estado na trajetória do conflito armado, seja pela falta de planejamento de suas operações, cujos bombardeios, muitas vezes, atingem não-combatentes¹; ou por sua omissão em garantir proteção física e institucional a essas pessoas.

A participação do Estado na produção de deslocados internos é ainda mais notória e direta no caso das fumigações. Com efeito, somente no primeiro semestre de 2008, registrou-se o deslocamento massivo de 13.134 indivíduos devido às fumigações nos departamentos de Antioquia e Vichada (CODHES, 2008). Desde o governo César Turbay Ayala (1978-1982), o governo utiliza as fumigações como principal meio de combate aos cultivos ilícitos. Essa opção ignorou o conhecimento difundido por estudos técnicos que demonstravam os efeitos nocivos dos componentes químicos utilizados nas fumigações (*paraquat* e *glifosato*) à saúde humana e ao meio-ambiente. Ainda, é importante ressaltar que as fumigações continuaram a ser realizadas mesmo na ausência de resultados duradouros na redução da área cultivada com folha de coca. Se, em 1995, o cultivo dessa matéria-prima ocupava pouco mais de 50.000 hectares, no período compreendido entre 1997 e 2008, a menor área registrada foi de 78.000 hectares² (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL CRIMEN [UNODC], 2009a, b). O aumento da militarização e fumigação têm contribuído para um quadro de crescente insegurança e, conseqüentemente, para o deslocamento de populações em diversas regiões do país.

O deslocamento pode, ainda, ocorrer por influência de grupos econômicos. Carentes de um planejamento e debate capazes de identificar e avaliar os impactos sobre a população e o meio-ambiente locais, os interesses relacionados à agricultura comercial e a implementação de mega-projetos contribuem para deslocamentos populacionais massivos. O caso dos oleodutos construídos em Antioquia, Urabá chochoano, Nariño, Cundinamarca, Norte de Santander e Arauca constituem exemplos emblemáticos dessa prática. O deslocamento interno é, assim, agravado pela lógica com que setores econômicos vinculados à pecuária extensiva, à agroindústria, à exploração de recursos naturais e ao narcotráfico cooperam ou financiam grupos paramilitares que enxergam no deslocamento forçado o mecanismo mais ágil e barato de levar à cabo um reordenamento territorial.

Além disso, as regiões latifundiárias são atrativas para grupos narcotraficantes para a expansão de seus cultivos, instalação de laboratórios, construção de pistas de aterrissagem ou mesmo para canais de comercialização. Outros grupos armados também possuem interesse em ocupar ou disputar determinados territórios, com

vistas à continuidade e ao fortalecimento de suas ações armadas, na medida em que o controle sobre o território implica no controle sobre os recursos geoestratégicos de grande importância para o financiamento da guerra.

O departamento³ de Chocó, onde observou-se uma dinâmica bastante intensa de deslocamento nos últimos anos, constitui um exemplo emblemático: embora seja uma das regiões mais pobres do país, sua posição estratégica para o tráfico de drogas e armas – próximo do Pacífico e do Mar do Caribe – e sua riqueza em recursos minerais despertam interesses econômicos dos atores armados. O mesmo ocorreu com a região do Baixo Putumayo, próxima à fronteira com o Equador, palco de confrontos entre Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e grupos paramilitares, em disputa por recursos para o desenvolvimento de negócios ilícitos.

De modo geral, as populações mais afetadas pelo fenômeno do deslocamento interno são os camponeses: de acordo com a Defensoria do Povo, a expulsão de indivíduos que habitam as zonas rurais do país responde por 63% do deslocamento individual (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, pp., 25-6). No entanto, em meio a essa população vulnerável, existem dois grupos considerados particularmente mais sensíveis ao fenômeno do deslocamento: as comunidades afro-colombianas e indígenas⁴. Entre janeiro de 2000 e junho de 2002, 17,72% da população deslocada correspondia à população negra (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, p. 26) e 3,75% à indígena. Em termos proporcionais⁵, a incidência do deslocamento forçado sobre essas populações chega a ser dez vezes mais forte que no restante dos grupos populacionais.

A lógica de expulsão dessas comunidades envolve o assassinato de seus líderes e o recrutamento forçado de jovens e encontra-se diretamente relacionada com a existência de recursos estratégicos em seus territórios⁶. Cabe destacar que, “devido à sua cosmovisão particular e às suas práticas cotidianas de relação com a terra, [...] o deslocamento gera perda e ausência tanto de lugar, autonomia em seu território e alimentos, como de identidade, história, espiritualidade e suas formas de organização social como povos etc.” (JACANAMIJOY, 2004, p. 206)⁷. Isso porque a terra constitui o *locus* dedicado à realização dos ritos sociais ou religiosos da comunidade, de modo que a dispersão decorrente do deslocamento forçado afeta o coletivo em torno do qual esses usos e costumes são transmitidos. Devido aos motivos acima expostos, muitas vezes, esses grupos optam pela resistência, ao invés de abandonar suas terras.

Aqui, é interessante registrar que, embora se espere que as cidades representem para as famílias deslocadas maior proteção ou, pelo menos, anonimato – o que faz com que se sintam seguras de ameaças – e mais informações e serviços sociais em comparação às áreas de onde foram expulsas, os deslocados desconhecem esse sistema de informações e serviços e não conseguem ter acesso às oportunidades de progresso individual oferecidas pela cidade. Ainda, se considerarmos que apenas 20% da população deslocada se insere em um quadro de “deslocamento massivo” – mais de dez lares⁸ ou 50 pessoas –, sendo 80% correspondentes a deslocamentos individuais ou unifamiliares, temos que esses deslocados que chegam às cidades dispõem de poucas redes sociais de apoio ou nenhuma. Ou seja, mesmo que os dados apontem para um fluxo de deslocamento interno do campo para as cidades,

mais especificamente, das regiões com menor desenvolvimento relativo para grandes cidades, essa melhoria não é incorporada à vida dos deslocados.

Há, ainda, duas características para as quais vale a pena atentar: o número elevado de municípios afetados pelo deslocamento forçado e os índices decrescentes de retorno. Em 2008, 785 – dos 1.140 municípios que compõem o território colombiano (isto é, 68,86%) – foram afetados pela expulsão ou recepção de deslocados internos (CODHES, 2008), número consideravelmente superior aos 480 municípios afetados em 2000 (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, p. 36).

No que diz respeito à taxa de retorno, em 2000, esse índice correspondia a 37%, ao passo que, em 2002, caiu para 11% da população total deslocada. Tendo em vista que o retorno depende fundamentalmente das garantias oferecidas pelo Estado para a proteção permanente da população ameaçada pelos diferentes grupos armados, a tendência decrescente da taxa de retorno, associada à expansão territorial do fenômeno do deslocamento interno, pode contribuir, primeiramente, para a saturação das cidades, principal destino dessas populações; e, em segundo lugar, para a degeneração do quadro humanitário – já avaliado como muito grave – na Colômbia.

É interessante observar que uma mesma ameaça se expressa de diferentes formas em territórios distintos, ou seja, a mesma ameaça produz quantidades diferentes de deslocados. Essa diferença pode ser atribuída, entre outras coisas, à distância do município do qual partiu a ameaça em relação à capital do departamento; ao nível relativo de pobreza e miséria na zona rural do município onde se reportou o evento, em relação ao nível de pobreza da capital do departamento correspondente, um dos destinos mais comuns; diferenças na qualidade de vida entre municípios expulsos e receptores; menor a maior presença institucional⁹ (os municípios que estão gerando cerca de 97% dos deslocados possuem um nível de presença institucional inferior ou próximo da média nacional; ao passo que os 20 municípios que recebem 66% de todos os deslocados apresentam um nível de presença institucional substancialmente superior à média nacional); capital social¹⁰ perdido e buscado pelos deslocados.

Nesses lugares onde a presença do Estado é mais frágil, as necessidades são buscadas em gestões pré-institucionais, as quais, normalmente, estão associadas a alguma forma de associação informal que articula os poucos recursos de que dispõe (mão-de-obra, terras baldias, bosques livres, etc.). Com o deslocamento forçado, essas comunidades perdem os vínculos de cooperação dos quais dependiam criticamente suas oportunidades de progresso, processo que corresponde ao que os analistas chamam de “rompimento do tecido social”.

Como já foi dito, grande parte da discussão ocorrerá nos termos da interpretação das agências governamentais e internacionais, as quais restringem a relação do deslocamento *forçado à violência do conflito armado*. Não constitui, entretanto, pretensão deste artigo cerrar as portas para um tratamento mais amplo do problema, afinal, “o desajuste das relações sociais e políticas durante o período recente foi demasiado profundo para que se possa acreditar que a violência possa desaparecer pela mera decisão dos atores organizados” (PÉCAUT, 2006). Pelo contrário: no horizonte das preocupações aqui apresentadas, reside a necessidade

do desenvolvimento de um corpo normativo que aborde o deslocamento interno em sua perspectiva mais completa, envolvendo políticas de desenvolvimento humano e econômico nas regiões que têm se configurado como “expulsoras” de colombianos em direção às cidades.

3. Políticas nacionais de atenção à população deslocada

O deslocamento interno tem aumentado de forma aguda na Colômbia: em 2002, devido ao recrudesimento do conflito armado, o deslocamento chegou a afetar 411.779 pessoas, 20% a mais do que em 2001. Embora números dessa magnitude não tenham se repetido nos anos seguintes, a tendência tem sido de aumento no período entre 2003 e 2007, passando de 207.607 a 305.966 o número de indivíduos afetados (CODHES, 2003; 2007). O quadro, considerado grave por muitas agências nacionais e internacionais, fere direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição colombiana. Um dos mais evidentes é o direito à proteção física, que deve ser oferecida igualmente a todos os cidadãos pelo Estado (Artigo 13)¹¹.

Ainda que o deslocamento interno em decorrência da violência do conflito armado tenha sido observado como um fenômeno sistemático desde a década de 1980, foi somente em meados da década de 1990 que o Estado colombiano deu início à formulação de um corpo normativo voltado ao tratamento do problema¹².

O CONPES¹³ 2804, aprovado em 1995, buscou definir o conceito de deslocado interno com o qual o Estado passaria a trabalhar, além de dispor sobre ações de prevenção, proteção e atenção humanitária de emergência e acesso aos programas do governo. Em 1997, o governo aprovou o CONPES 2924, responsável pela definição de uma nova estrutura institucional, envolvendo todas as organizações públicas e privadas encarregadas de atender à população deslocada pela violência. Além disso, este último documento propôs a criação do Sistema Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência (SNAIPDV), do Plano Nacional, do Fundo Nacional para a Atenção à População Deslocada e da Rede Nacional de Informação.

Nesse mesmo ano, foi aprovada a Lei 387, um dos instrumentos normativos referenciais para a questão do deslocamento interno na Colômbia. Sua importância deriva do fato de ter sido responsável pela inserção do deslocamento interno no marco normativo colombiano. De acordo com a Lei 387, o Estado colombiano entende como *deslocado interno*

toda pessoa forçada a migrar dentro do território nacional, abandonando o local de sua residência ou atividades econômicas habituais, porque sua vida, integridade física, segurança ou liberdade pessoais foram vulnerabilizadas ou se encontram diretamente ameaçadas, por ocasião de qualquer das seguintes situações: conflito armado interno, distúrbios e tensões interiores, violência generalizada, violações massivas de Direitos Humanos, infrações ao Direito Internacional Humanitário ou outras circunstâncias emanadas das situações anteriores que possam alterar ou alterar drasticamente a ordem pública. (Lei 387, Artigo 1).

A Lei 387 de 1997 reconhece expressamente os direitos da população deslocada e aponta, pela primeira vez, para a responsabilidade do Estado na formulação de políticas e na adoção de medidas para a prevenção¹⁴, atenção, proteção, consolidação e estabilização sócio-econômica da população deslocada. O deslocado interno passa a gozar, a partir da promulgação da Lei, dos direitos dispostos no artigo 2, dentre eles: ao acesso a soluções definitivas à sua situação; ao retorno a seu lugar de origem; a não ser deslocado forçosamente; e a que sua liberdade de movimento não esteja sujeita a mais restrições que as previstas em lei.

Para tal, atendendo às recomendações do CONPES 2924, cria o SNAIPDV e o Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência (CNAIPDV). Criado pela Lei 387 (Artigo 6), o Conselho surge como a instituição responsável pela formulação de políticas e pela organização orçamentária dos programas voltados à população deslocada. Esses programas, por sua vez, são implementados no âmbito do SNAIPDV (criado pela mesma Lei, artigo 5), instituição responsável pela *execução* das políticas de atenção à população deslocada.

Em 12 de dezembro de 2000, é aprovado o Decreto 2569, que regulamenta a Lei 387 e determina que a Red de Solidaridad (RSS) – atualmente incorporada à Acción Social –, entidade do governo vinculada diretamente à Presidência da República e com capacidade de ação em todo o país, passe a coordenar o SNAIPDV (Artigo 1) e, como tal, propicie a concertação entre as autoridades de nível nacional, departamental e municipal para a execução das medidas sociais, econômicas, jurídicas, políticas e de segurança adotadas pelo governo nacional para a superação e prevenção do deslocamento interno. Cabe destacar que o referido Decreto marca, ainda, a criação do Sistema Único de Registro da População Deslocada (SUR), o qual será discutido mais à frente.

O Decreto 2569 também especifica os critérios para o fim da condição de deslocado. De acordo com o Artigo 3º, o Estado colombiano deixa de reconhecer um indivíduo como deslocado face a uma das seguintes condições: retorno¹⁵, reassentamento ou realocação da pessoa, acompanhado de acesso a uma atividade econômica (“estabilização sócio-econômica”, prevista na Lei 387); exclusão do SUR, em conformidade com as causas previstas no artigo 14 do Decreto, ou por solicitação do interessado.

Há um tipo específico de política formulada pelo governo colombiano que merece especial atenção. Trata-se da ajuda humanitária de emergência: ajuda temporária e imediata destinada a ações de socorro, assistência e apoio à população deslocada, a fim de oferecer condições básicas em alimentação, saúde, atenção psicológica, alojamento e transporte de emergência. Os deslocados têm direito à atenção humanitária de emergência por, no máximo, três meses, prorrogáveis pelo mesmo período. O investimento para alojamento transitório, assistência alimentar e elementos de limpeza pessoal é de, no máximo, 1,5 salário mínimo (Artigos 20 à 24).

Uma instituição que tem desempenhado papel de relevância crescente na defesa dos direitos dos deslocados internos é a Defensoria do Povo, que possui um escritório dedicado exclusivamente à população deslocada. Com o apoio do ACNUR, a Defensoria implementa o projeto “Defensores comunitários,” especialmente em regiões com assentamentos indígenas (como Bajo Atrato, Medio

Atrato, costa do Cacarica, costa Vallecaucana, costa Nariñense, Tierralta, Sierra Nevada de Santa Marta, Catatumbo e nordeste Antioqueño). O objetivo do projeto é, de um lado, fortalecer a presença da Defensoria nessas regiões e, de outro, prevenir o deslocamento forçado por meio de sua presença e implementação de uma política de prevenção *in locus*.

Órgão máximo de controle do exercício da função pública, a Procuradoria Geral da Nação objetiva salvaguardar os direitos humanos e intervir em defesa do patrimônio público. A representante da Procuradoria para a Prevenção em matéria de Direitos Humanos e Assuntos Étnicos, por meio da Coordenação de Atenção ao Deslocamento Forçado, conta com um Modelo de Monitoramento e Avaliação das entidades do SNAIPDV. A própria Procuradoria dispõe de um *software* capaz de auxiliar na tarefa de controle preventivo e de monitoramento das atividades dos atores diretamente envolvidos com as políticas de atenção à população deslocada.

Na avaliação da Defensoria e do ACNUR, o corpo normativo implementado em meados da década de 1990 na Colômbia com vistas à mitigação e à prevenção do deslocamento forçado é consideravelmente completo. Além disso, a legislação adotada está em conformidade com os princípios de direito internacional humanitário e dos refugiados, promovidos por entidades como o ACNUR e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). No entanto, o corpo normativo apresenta falhas estruturais em seu processo de implementação¹⁶. Particularmente, o desempenho do país na execução do desenho institucional e programático tem sido mal avaliado pela Defensoria e pelo ACNUR. É justamente essa assimetria entre o avanço no corpo normativo e as deficiências observadas na implementação da política de atenção à população deslocada que motivou uma manifestação mais contundente da Corte Constitucional em 22 de janeiro de 2004. Por meio da sentença T-025, a Corte sustentou que diversas inconsistências observadas na política de atenção integral à população deslocada configuravam o que a corporação chamou de “estado inconstitucional das coisas” (COLÔMBIA, 2004).

Entre 1997 e 2004, a Corte Constitucional emitira 17 sentenças com ordens específicas às entidades responsáveis pela política de atenção à população deslocada¹⁷, ordens que não conduziram à correção das vulnerabilidades dos direitos da população deslocada. A Corte fundamenta seu parecer na identificação de níveis insatisfatórios de proteção aos deslocados, haja vista: i) a vulnerabilidade extrema em que se encontra a população deslocada e, especificamente, a grave deterioração de sua situação de alimentação e saúde; ii) a omissão quanto à proteção oportuna e efetiva por parte das distintas autoridades encarregadas de atenção à população deslocada¹⁸; e iii) a insuficiência dos resultados quanto à cobertura das políticas de saúde da população deslocada e de acesso à educação por parte de menores de idade deslocados (COLÔMBIA, 2004, pp. 24-6). No entendimento da Corte esse quadro resulta, principalmente, da insuficiência de recursos, cujo montante não acompanhou o agravamento do fenômeno e da incapacidade institucional do Estado colombiano para responder de maneira eficaz à necessidade da população deslocada, pontos sobre os quais incidem as exigências da Corte frente às autoridades responsáveis. Nesse sentido, a Corte ordenou que as autoridades nacionais e territoriais encarregadas de atender à população deslocada asseguerrassem a coerência

entre suas obrigações e o volume de recursos efetivamente destinados a proteger os direitos dos deslocados (COLÔMBIA, 2004, p. 89).

Em agosto de 2006, a Corte Constitucional concluiu que,

apesar de que avanços importantes tenham sido informados à Corte em áreas críticas da política de atenção à população deslocada, não se demonstrou que o estado inconstitucional das coisas – declarado na sentença T/025 de 2004 – tenha sido superado, e tampouco que se esteja avançando de forma acelerada e sustentada na direção da superação. (COLÔMBIA, 2006, p. 3).

- posição esta mantida no Auto No. 008 de 26 de janeiro de 2009 (COLÔMBIA, 2009). Além de criticar com veemência o conteúdo dos informes¹⁹ enviados à Corte Constitucional pelas entidades responsáveis, em resposta à Sentença T-025, a corporação identifica proteção insatisfatória à população deslocada em dez áreas em particular, dentre as quais se destacam: i) falta de coordenação do sistema de atenção aos deslocados; ii) problemas nas atividades de registro e na caracterização da população deslocada; iii) insuficiência orçamentária da política de atenção à população deslocada em seu processo de formulação e execução material; iv) falta de especificidade na política de atenção à população deslocada, em suas diferentes manifestações; v) desproteção dos grupos indígenas e afro-colombianos, especialmente afetados pelo deslocamento interno nos últimos meses; vi) escassa segurança para os processos de retorno da população deslocada de suas terras durante a movimentação física e a permanência na localidade de retorno; e vii) ausência de um enfoque de prevenção na política de atenção à população deslocada, particularmente nas operações de segurança conduzidas pelo Estado. A seguir, direcionaremos atenção a alguns destes pontos em particular.

A descentralização – certamente um dos pilares centrais da política de atenção à população deslocada – está diretamente relacionada a grande parte dos itens acima mencionados. Isso porque a descentralização permite responder à complexidade do deslocamento forçado, em suas diferentes manifestações no território colombiano e nas comunidades. Além disso, a descentralização da política pública em questão permitiria que autoridades locais e departamentais colaborassem com o governo nacional por meio de maior proteção às populações mais afetadas pelo deslocamento forçado e informações técnicas de maior precisão.

No entanto, conforme observado pela Corte Constitucional, a forma desordenada com que a descentralização tem sido executada compõe um quadro de fragmentação política, o qual dificulta sua implementação consistente e a avaliação dos resultados de tais políticas, impedindo, conseqüentemente, o desenvolvimento destas. Em grande medida, isso decorre da i) falta de vontade política por parte das administrações locais e departamentais para atender à população deslocada, o que se torna ainda mais grave face ao caráter de urgência da matéria; ii) escassez, no âmbito sub-nacional, de programas específicos de atenção e de recursos suficientes para fazer frente ao problema; iii) esquema hierárquico que opera nas entidades nacionais descentralizadas, cujas funções dependem mais de mandatos institucionais e, portanto, da administração central, do que das necessidades regionais; iv) exclusão

da população do processo de formulação e avaliação de políticas de atenção; e v) falta de conhecimento técnico sobre a problemática, bem como de clareza sobre as funções de cada uma das entidades por parte dos funcionários dos comitês locais e departamentais (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, pp. 112-3).

Um dos efeitos das falhas encontradas no processo de descentralização das políticas de atenção à população deslocada é a inexistência de programas com vistas ao fortalecimento da auto-gestão comunitária. Assim, as debilidades acima mencionadas conduzem ao fracasso dos programas voltados à produção de capital social e acabam por alimentar a dependência dessas comunidades de programas sociais formulados pelo Estado.

A situação de vulnerabilidade excepcional em que se encontram os deslocados internos já foi reconhecida pela Lei 387 e pelas sentenças da Corte Constitucional. Ainda que estas recomendem a formulação de políticas *especiais* e a destinação específica de recursos para a população deslocada, o governo ainda adota uma postura reticente à idéia. De acordo com a Defensoria do Povo, o Programa Especial é reduzido à atenção humanitária coordenada pela Red de Solidaridad e à regulamentação de moradia e terras para deslocados – nenhuma das quais se encontra em processo de implementação (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, p. 104).

Tal conduta caminha no sentido contrário à mitigação do problema, na medida em que os deslocados internos passam a ser incorporados ao sistema de atendimento dos programas sociais do governo. Como foi dito na seção anterior, os deslocados internos que chegam às cidades (cerca de 80%, segundo a Defensoria do Povo), destituídos das redes sociais de apoio de que dispunham em seu local de origem – alguns sem documentação –, desconhecem o sistema de informações e serviços que opera nas cidades e não conseguem competir por recursos com a população carente nos centros urbanos.

Ainda, a reincorporação à vida produtiva – uma das condições básicas para o retorno ou a re-alocação do deslocado – torna-se mais difícil à medida que aumenta o período dentro do qual o deslocado permanece distante de seu local de origem. Mais do que isso, o deslocado tem o direito de escolher para onde deseja ir e, caso queira retornar a seu local de origem, é dever do Estado oferecer informações sobre a situação de segurança no local, bem como a devida proteção ao deslocado.

Contudo, ainda que existam dispositivos legais que determinem a responsabilidade das entidades nacionais e locais no processo de restabelecimento da população deslocada²⁰, estas ainda não contam com programas claros e regulares dentro de suas instituições para tratar do problema. Claro exemplo disso é o vazio normativo quanto à reparação dos direitos violados, ponto diretamente relacionado às condições e possibilidades do retorno da população deslocada. Não existe na Colômbia legislação específica para a punição dos atores causadores do deslocamento forçado, tampouco jurisprudência relacionada ao tema da reparação material e moral²¹ às pessoas deslocadas pela violência.

Para além das falhas apontadas acima, são inexistentes os mecanismos de avaliação do impacto dos programas de atenção à população deslocada. Nas palavras da Defensoria do Povo, “muita preocupação com os produtos, e pouca com os

impactos” (2003, p. 113). No tocante a este ponto, a Corte Constitucional expressa preocupação com relação à existência de conjuntos de indicadores diversos em cada uma das entidades que integram o SNAIPDV. Acredita-se que tal deficiência poderia ser superada por meio de maior participação das agências locais e departamentais em seu desenvolvimento, condição que esbarra na já mencionada deficiência do processo de descentralização da política de atenção à população deslocada.

É igualmente preocupante a falta de atenção política ao desenvolvimento de programas de prevenção ao deslocamento, o que garantiria a real mitigação do fenômeno e do sofrimento e trauma que dele decorrem. A Corte Constitucional destaca que sequer as operações de segurança ou fumigação empreendidas pelo governo colombiano são acompanhadas de análises prévias acerca de seus possíveis impactos sobre a população local. Até período recente, o Sistema de Alertas Antecipados (*Sistema de Alertas Tempranas*), projeto da Defensoria do Povo que permite detectar com antecedência casos de potencial deslocamento populacional, tampouco apresentava funcionamento adequado, muito por conta de sua dependência do sucesso da descentralização e coordenação da política de atenção à população deslocada. De acordo com a Defensoria do Povo, o país necessita de um grupo técnico em gestão de crise, capaz de antecipar e avaliar cotidianamente as implicações das incursões armadas – incluídas aqui as das Forças Armadas – sobre a população civil.

No que diz respeito ao registro da população deslocada existem, atualmente, dois subsistemas de organização das informações, ambos circunscritos à Rede Nacional de Informação: o SUR e o Sistema de Estimativa por Fontes Contrastadas (SEFC). O SUR permite quantificar, em termos territoriais e populacionais, a *demanda* pelas políticas do Estado colombiano de atenção aos deslocados. Isso porque contabiliza como *deslocado interno* apenas aquele que se registra no SUR dentro de um ano após o evento que o forçou a abandonar seu lar. Este constitui o *único* canal mediante o qual o deslocado pode ter acesso aos programas de atenção formulados pelo governo.

O SEFC, por outro lado, constitui um modelo de estimativa global do deslocamento, que registra informações relativas a eventos de expulsão, chegada, retorno e reassentamento a nível nacional, nas 35 unidades territoriais em que está presente a RSS. O SEFC visa à identificação do volume *total* de pessoas e famílias que se deslocam devido à violência, independentemente de que se registrem ou solicitem ajuda do Estado.

As cifras divulgadas por meio desses sistemas do governo nacional – segundo os quais existiam 2.649.139 milhões de deslocados colombianos até agosto de 2008 – divergem, em grande medida, dos números do ACNUR, que registrou 3 milhões de deslocados até dezembro de 2007, e de organizações não-governamentais como a CODHES, segundo a qual existiam, até junho de 2008, 4.361.355 deslocados colombianos. Entre os fatores que explicam essa divergência, destaca-se o fato de que as cifras divulgadas pelo governo são cumulativas desde 1999 – ao contrário dos dados da CODHES, cumulativos desde 1985 –, além de não incluírem deslocamento intra-urbano e deslocamentos decorrentes de fumigações. Ainda, como os deslocados têm um ano após o deslocamento para se registrarem, este

período constitui uma lacuna nos dados divulgados pelo governo. Mais do que divergências entre referenciais para a base de cálculo, é particularmente problemática a existência de sistemas de registro de natureza não-governamental cujas cifras de deslocados internos ultrapassam aquelas divulgadas pelo governo em centenas de milhares de indivíduos. Ora, trata-se de um indicador de que o SUR subdimensiona a crise humanitária vivida pela Colômbia, o que projeta efeitos diretos sobre as formulações políticas do governo nacional ao problema. A respeito, afirma a Corte Constitucional: “Como consequência, a totalidade da política pública para a atenção ao deslocamento interno se encontra formulada sobre pressupostos que não correspondem à dimensão real do problema que se pretende atender” (COLÔMBIA, 2006, p. 9).

4. Cooperação com agências internacionais

A proteção às vítimas de conflitos armados internacionais constitui preocupação do Direito Internacional Humanitário desde a década de 1970, quando foi aprovado o Protocolo II adicional aos Convênios de Genebra (1977). Com vistas a proteger a população não-combatente, seu artigo 13 determina que “nem a população civil, nem os civis serão objeto de ataques militares” e que são “proibidos os atos ou ameaças de violência cuja finalidade principal seja aterrorizar a população civil”. Ora, não é difícil constatar que o deslocamento forçado de populações na Colômbia viola claramente este e outros princípios do Direito Internacional Humanitário.

Embora já nessa época se reconhecesse a gravidade do problema do deslocamento interno, isso ocorreu na ausência de tratado ou convenção de direitos humanos que garantisse *explicitamente* os direitos dos deslocados internos. Como destaca Kälin, “logicamente que, como seres humanos, os deslocados internos não perdem seus direitos quando deslocados, mas não estava claro o que significariam esses direitos especificamente no contexto do deslocamento” (REVISTA MIGRACIONES FORZADAS, 2005, p. 4).

No início da década de 1990, essa preocupação surge com uma abordagem mais específica. Em 1992, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) criou o cargo de representante do Secretário Geral da ONU para Pessoas Internamente Deslocadas²² e nomeou Francis Deng como responsável.

Uma de suas primeiras tarefas consistiu na elaboração de um estudo sobre as causas e consequências do deslocamento interno no mundo, o estatuto das pessoas internamente deslocadas de acordo com o Direito Internacional, os arranjos institucionais voltados ao tratamento do problema e a forma de melhorar a proteção e assistência oferecidas a esse grupo.

A partir dessa análise, Deng buscou elaborar marcos normativos e institucionais adequados e aplicáveis para a proteção e assistência dos deslocados internos. Desse trabalho, resultou o documento intitulado *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, que constitui “uma ferramenta de caráter persuasivo que proporcione uma orientação prática e seja, ao mesmo tempo, um instrumento de política educativa e de conscientização”²³ (Consejo Económico y Social de Las Naciones Unidas, 1998).

À primeira vista, a promoção dos *Principios Rectores del Desplazamiento Interno* tem na Colômbia um de seus casos de sucesso. A difusão dos *Principios* ocorreu não somente entre entidades do governo nacional, mas também de administrações locais e departamentais, além de ONGs e organizações coordenadas pela população deslocada. Reflexo disso pode ser encontrado em algumas decisões recentes da Corte Constitucional da Colômbia, que consideram tais princípios parte integrante do corpo normativo que confere constitucionalidade ao caso dos deslocados internos. A decisão T-327 de 2001, por exemplo, é clara a respeito disso:

A interpretação mais favorável à proteção dos direitos humanos dos deslocados torna necessária a aplicação dos Principios Rectores del Desplazamiento Interno [...], os quais são parte do corpo normativo supranacional que integra o bloco de constitucionalidade deste caso. Em consequência, todos os funcionários envolvidos na atenção aos deslocados [...] deveriam ajustar sua conduta, além das normas constitucionais, ao que está previsto nos referidos Principios. (COLÔMBIA, 2001, p. 17).

É pertinente destacar, entretanto, que o sucesso da implementação de tais normas depende da estrutura de coordenação do Estado. Ocorre que, muitas vezes, esses problemas emergem devido à fragilidade institucional deste, como vimos no caso da Colômbia. Além disso, o Estado colombiano desempenha papel condicionante – em alguns casos por seu protagonismo, em outros, por sua omissão – no surgimento e agravamento desse quadro. Assim, para além da formulação de tais princípios, em muitos casos é patente a necessidade de cooperação internacional nos esforços de superar o fenômeno do deslocamento interno forçado.

Nesse sentido, o Estado colombiano buscou, em 1997, a assistência técnica e humanitária do ACNUR. Com o consentimento do Secretário Geral da ONU, foi instalado o escritório do ACNUR em Bogotá em junho de 1998²⁴, o qual passou a ser responsável pela capacitação das agências do Estado e organizações não-governamentais e pela cooperação técnica em relação às fases do deslocamento, incluindo as políticas de prevenção. Ainda, de acordo com o mandato do ACNUR, este “colocará à disposição do governo a experiência e o conhecimento em matéria de proteção, atenção humanitária e processos de soluções duradouras que se mostraram efetivos em outras situações de deslocamento forçado” (ACNUR, 1999, p. 2).

Em termos mais específicos, o ACNUR trabalha com quatro linhas de ação: i) promoção e atualização do marco legal de proteção; ii) promoção do fortalecimento institucional e de políticas públicas; iii) promoção da organização social, capacitação e participação da população deslocada na defesa de seus direitos; e iv) promoção e fortalecimento dos mecanismos nacionais de controle. Mais recentemente, o ACNUR desenvolveu o “enfoque integral” (*cluster approach*), abordagem que envolve a coordenação de diversas agências especializadas em temas como água, alimentação, saúde e logística²⁵. Ao Alto Comissariado, cabe o papel de supervisionar as necessidades de proteção e alojamento dos deslocados internos, assim como coordenar alguns campos já estabelecidos.

As atividades compreendidas pelas linhas de ação acima destacadas são empreendidas em cooperação com outros atores, nacionais e internacionais. No

âmbito nacional, os principais interlocutores do ACNUR são: a Agência Presidencial para a Cooperação Internacional (Acción Social), a Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação. Em termos gerais, a cooperação do ACNUR com esses interlocutores é mediada pela Unidade Técnica Conjunta (UTEC), criada em 1999, pelo Memorando de Entendimento assinado entre o ACNUR e a Acción Social. A função principal da UTEC é fornecer apoio a essas entidades governamentais na sistematização, análise, monitoramento e divulgação das políticas públicas de atenção à população deslocada. Além disso, prevê-se, dentre as atribuições da UTEC, o trabalho junto às organizações da própria população deslocada, com vistas ao fortalecimento de sua participação no CNAIPDV e à formulação de sistemas de representação a nível local.

No que toca à cooperação do ACNUR com a Acción Social, cabe destacar o projeto “Proteção de Terras e Patrimônio”, financiado pelo Fundo Pós-conflito do Banco Mundial, pela Agência Sueca de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento, a Organização Internacional para as Migrações e os governos dos departamentos do Norte de Santander, Bolívar, Antioquia e Valle. Tal projeto busca promover a proteção dos direitos sobre as terras de camponeses e colonos, bem como territórios étnicos de populações sob risco de deslocamento, com o objetivo de implementar efetivamente as medidas de proteção previstas nos Decretos 2007/01 e 250/05.

O ACNUR possui um interessante projeto, denominado “Implementação”, com vistas à capacitação da Defensoria do Povo na defesa dos direitos da população sob risco de deslocamento em nível nacional, regional e local. Neste projeto são aplicados sistemas e instrumentos de mensuração, monitoramento e avaliação das oficinas regionais da Defensoria, com o objetivo de avaliar a efetividade de seu papel na promoção e proteção dos direitos das populações consideradas em situação de maior vulnerabilidade ou exclusão dos programas de atenção à população deslocada, tais como mulheres, crianças, indígenas e afro-colombianos.

Ainda, o ACNUR auxilia a Procuradoria na divulgação do uso do *software* de implementação dos Modelos de Monitoramento e Avaliação, que se encontram em fase de implementação nos dez departamentos com maior índice de expulsão e recepção da população deslocada. Esse programa de acompanhamento permite o desenvolvimento de análises acerca da evolução das políticas de prevenção e atenção a essas populações.

As constantes transformações pelas quais passa o problema das populações deslocadas fazem do monitoramento permanente um ponto crucial para que as políticas produzam resultados positivos. Algumas características novas do deslocamento forçado, nesse sentido, merecem maior atenção. Um caso emblemático é o cruzamento temporário de fronteiras em busca de proteção. Recentemente, observou-se que muitos colombianos que habitam as regiões próximas à fronteira venezuelana trabalham, durante o dia, em sua plantação na Colômbia e, à noite, cruzam a fronteira em busca de maior tranquilidade. Que caráter jurídico atribuir a esses indivíduos? A resposta mais adequada a tal dinâmica, que combina mecanismos de atenção à população deslocada com princípios internacionais relativos a refugiados, parece residir nas chamadas “convenções tripartites”, formadas pelos

países envolvidos no fluxo de pessoas mencionado e pelo ACNUR. De acordo com a Defensoria do Povo, “ainda que a consolidação e o desenvolvimento desse mecanismo tenha apresentado muitos altos e baixos [...], constitui o instrumento ideal – e quase único – para atender ao drama dos movimentos populacionais fronteiriços” (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2003, pp. 40-1).

Note-se, pois, que a ação do ACNUR na Colômbia incide sobre alguns pontos de debilidade da política de atenção à população deslocada do governo nacional. O apoio à Defensoria do Povo e a escritórios locais e regionais no âmbito do SNAIPDV, por exemplo, visa ao fortalecimento do aspecto relativo à descentralização dessas políticas. Com o aumento de sua presença territorial na Colômbia, o ACNUR espera contribuir para a inclusão das populações deslocadas nos processos de consulta e de formulação de políticas de atenção e prevenção ao deslocamento interno.

A experiência do ACNUR também tem sido utilizada para o desenvolvimento, em parceria com entidades governamentais e não-governamentais, de mecanismos de monitoramento do governo colombiano. Como foi visto, este tem sido um aspecto central da crítica ao processo de formulação e implementação de políticas de atenção à população deslocada, críticas estas que têm como porta-voz principal a Defensoria do Povo.

Em resposta à sentença T-025 de 2004, o ACNUR identificou no orçamento o centro das dificuldades enfrentadas pelo Alto Comissariado e pelo governo nacional na execução da política de atenção à população deslocada (ACNUR, 2005). Em seu Balanço da Política Pública de Prevenção, Proteção e Atenção ao Deslocamento Forçado na Colômbia (agosto de 2002 - agosto de 2004), o ACNUR (2005, p. 2) declara que os avanços jurisprudenciais desenvolvidos pela Corte Constitucional e, em particular, pela Sentença T-025 de 2004, constituíram elementos fundamentais para a elaboração de parâmetros de avaliação dos resultados da política pública. Para além disso, segundo o ACNUR (2005, p. 3-13), a sentença T-025 produziu uma série de impactos positivos na política de proteção à população deslocada, entre eles, motivou o re-enquadramento do tema do deslocamento nas prioridades estatais e o maior compromisso por parte do governo em direção à crise humanitária, além de ter propiciado avanços iniciais com autoridades locais.

Uma vez que a presença do ACNUR na Colômbia é recente, torna-se difícil avaliar criticamente o impacto de suas linhas de cooperação. De qualquer forma, a ausência de uma política de avaliação constitui uma falha *estrutural* no desenho das políticas do governo, a qual tem sido tratada sem a devida urgência. Logicamente, a gravidade do quadro humanitário na Colômbia exige respostas eficientes, o que nos leva a crer que os desafios relacionados ao deslocamento interno passam necessariamente pela questão da *coordenação*.

5. Considerações finais

Coordenação, descentralização, monitoramento, prevenção, captação e destinação de recursos. Estas parecem ser as palavras que aglutinam grande parte das reflexões voltadas à formulação e revisão das políticas de atenção à população deslocada na Colômbia.

Ainda que o debate tenha sido iniciado há pouco mais de dez anos no país, o levantamento de questões e o constante monitoramento e revisão dos programas voltados ao problema permanecem práticas pertinentes. Como se buscou mostrar neste artigo, trata-se de um fenômeno resultante de processos históricos de longa duração. No entanto, o caráter tardio com que tem emergido as respostas do governo colombiano faz com que as populações deslocadas busquem, cada vez mais, soluções próprias. Daí a constante transformação dos fluxos migratórios em suas características, destinos e vítimas.

Para além disso, muitas das abordagens aqui destacadas apresentam a conduta do Estado colombiano frente à resolução do conflito armado como problemática, além de determinante para a piora observada no quadro do deslocamento interno. A crescente militarização e o aumento desmedido das fumigações, associados à falta de planejamento, têm relegado a segundo plano o que se convencionou chamar de *segurança humana*. Com efeito, é por ação do Estado que, muitas vezes, o direito à neutralidade da população não-combatente é violado. E isso ocorre distante da possibilidade de que o Estado ofereça proteção física e institucional a esses indivíduos, esta entendida como o resguardo de seus direitos e acesso a serviços básicos assegurados pela Constituição.

A leitura aqui privilegiada acerca do deslocamento interno esteve atrelada à interpretação diretamente associada às políticas nacionais de atenção ao fenômeno, ou seja, o deslocamento *forçado em decorrência da violência*. De modo algum, entretanto, essa opção implica na negação da necessidade de um tratamento mais amplo ao problema. Defende-se, pelo contrário, o desenvolvimento de políticas que abordem o deslocamento interno em sua complexidade.

Não é necessário muito esforço para concluir que a situação atual do deslocamento interno na Colômbia e a forma com que vem sendo tratado pelo governo colombiano se encontram distantes da proposta de incorporação dos *Princípios Rectores* e da linha de cooperação com o ACNUR. Embora o desenvolvimento *normativo* para tratar do problema tenha sido elogiado por atores nacionais e internacionais, o mesmo não ocorreu com a avaliação da execução das políticas de atenção à população deslocada.

Se, por um lado, a formulação e implementação de programas de atenção à população deslocada, bem como a cooperação com o ACNUR, são recentes; por outro, há alguns pontos *estruturais* problemáticos, o que compromete todo o desenvolvimento de políticas nesse sentido. Este é o caso da debilidade da descentralização de tais programas, que tem sido objeto de preocupação do ACNUR. A descentralização constitui característica essencial para o tratamento do deslocamento forçado, haja vista a heterogeneidade com que se manifesta o conflito armado e o deslocamento em diferentes regiões do país. A descentralização foi pensada, ainda, como ferramenta para uma maior aproximação em relação às populações consideradas mais vulneráveis, por exemplo, comunidades indígenas e afro-colombianas, especialmente sensíveis à crise humanitária. As particularidades inerentes a esses grupos poderiam estar refletidas em políticas específicas se existisse um processo efetivo de consulta a essas populações. Ainda que o ACNUR e a Defensoria, principalmente, tenham

se dedicado ao fortalecimento da descentralização, isso ocorreu somente nos últimos anos, de forma que ainda é cedo para qualquer avaliação mais crítica.

Certamente, a participação de agências internacionais no tratamento do problema do deslocamento interno constituiu aporte de fundamental importância na medida em que complementou os esforços do governo colombiano com experiência e recursos. De acordo com a Defensoria do Povo, entretanto, o ACNUR tem empregado os mesmos critérios que o governo na execução de suas tarefas, quando estes critérios poderiam ser repensados e redefinidos à luz da experiência do Alto Comissariado.

Nesse sentido, acredita-se que a bagagem técnica e humanitária do ACNUR poderia ser melhor aproveitada pelo governo colombiano em alguns pontos, por exemplo, no desenho de um mecanismo de avaliação dos impactos das políticas de atenção aos deslocados. Como abordado em seções anteriores, o ACNUR parece desenvolver algo nessa linha junto à Procuradoria da Nação e à Defensoria do Povo. No entanto, é importante que essa lógica de monitoramento e avaliação seja também praticada pelas agências no âmbito do SNAIPDV.

Diretamente relacionada ao bom funcionamento dos mecanismos de avaliação, a descentralização deve também ser incorporada a esse processo, a fim de permitir uma observação mais próxima, bem como a consulta junto à população deslocada, pontos essenciais para avaliar de forma mais abrangente o impacto dessas políticas. Para além disso, é necessário que os principais atores envolvidos no processo de formulação e implementação das políticas de atenção à população deslocada direcionem seus esforços ao aprimoramento dos canais e das práticas de coordenação.

As políticas de prevenção, por sua vez, encontram-se em estado incipiente, sendo prematura qualquer avaliação. É importante destacar, entretanto, que trata-se de uma necessidade urgente, na medida em que o fenômeno, longe de ser mitigado, tem demonstrado uma tendência de aumento no número de deslocados internos no período 2003-2007. A política de prevenção parece depender diretamente da ampliação do espectro de análise do problema do deslocamento interno por parte das lideranças políticas colombianas. A partir do momento em que se passar a considerar tal fenômeno como resultante de uma complexidade de variáveis de distintas naturezas – e não somente aquelas derivadas do conflito armado – a segurança humana poderá ser lida nas entrelinhas das formulações políticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COLÔMBIA. **Ley 387**. Bogotá: 18 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dbd4c6b5.html>>. Último acesso em: jun. 2009.

———. **Decreto No. 2569**. Bogotá: 12 dez. 2000. Disponível em: <http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Decreto_2569_2000.pdf>. Último acesso em: jun. 2009.

———. Corte Constitucional. **Sentencia T-327/01**. Violación a derechos fundamentales que conlleva el desplazamiento forzado. Configuración de facto del desplazamiento forzado y derechos derivados de tal situación. Presunción de Buena Fe y necesidad de trato digno en el trámite de inscripción en El Registro Nacional de Desplazados. Expediente T-366589. Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 26 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1315.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

———. ———. **Sentencia N° T-025** de 2004. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Expediente T-653010 y acumulados. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2501.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

———. ———. **Auto N° 218** de 2006. Verificación de las medidas adoptadas para superar el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 sobre el problema del desplazamiento interno. Sentencia T-025 de 2004 e Autos 176, 177 e 178 de 2005. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/472208822.html>>. Último acesso em: jun. 2009.

———. ———. **Auto No. 008** de 2009. Persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004. Sentencia T-025 de 2004. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 26 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/49cbacd2c.html>>. Último acesso em: jun. 2009.

CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO [CODHES]. **Número de Personas Desplazadas por Departamento (Recepción) por trimestre año 2003**: Cifra Codhes. CODHES, 1 maio 2005. Disponível em: <http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=55&Itemid=51>. Último acesso em: jun. 2009.

———. **Departamento de llegada**: años 2006-2007. CODHES, 13 fev. 2008. Disponível em: <http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=55&Itemid=51>. Último acesso em: jun. 2009.

———. Tapando el sol con las manos: informe sobre el desplazamiento forzado, conflicto armado y derechos humanos - enero-junio de 2008. **Boletín Informativo CODHES**, n. 74, 25 set. 2008. Disponível em: <<http://www.codhes.org/index>>.

php?option=com_docman&task=cat_view&gid=60&Itemid=50>. Último acesso em: jun. 2009.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. **El desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Nacional de Colombia, 2003.

JACANAMIJOY, Gabriel Muyuy. Conflicto armado y desplazamiento forzado de los pueblos indígenas. In: BELLO, M. N. (org.) In: **Desplazamiento forzado: dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004.

MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desplazamiento forzado en Colombia 1995-1999: una aproximación empírica a las relaciones entre desplazamiento, conflicto armado y desarrollo In: Universidade Nacional da Colombia; Organização Internacional para as Migrações [OIM]; Rede de Solidariedade Social; Associação Colombiana de Universidades [Ascun]; CODEES; AFS. **El Desplazamiento forzado en Colombia: compromisos desde la universidad**. Bogotá: Universidade Nacional da Colombia, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS [ACNUR]. **Memorando de intención entre la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Gobierno de la República de Colombia, relativo al suministro de cooperación para el tratamiento del problema del desplazamiento forzado**, 28 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1530.pdf>>. Último acesso em: 3 out. 2008.

_____. _____. **Los desplazados internos em el mundo**. Ginebra: 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=169&id_sec=>. Último acesso em: jun. 2009.

_____. _____. **Apreciaciones del ACNUR sobre el cumplimiento de la sentencia**. 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3909.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

_____. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. **Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de la Comisión**. E/CN.4/1998/53/Add.2. 11 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0022.pdf>>. Último acesso em: 29 set. 2008.

_____. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL CRIMEN [UNODC]. **Informe del Monitoreo de Cultivos de Coca en Colombia**. UNODC, 19 jun. 2009. Disponível em: <<ftp://190.144.33.2/unodc/censo2008es.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

_____. _____. **Informe mundial sobre las drogas: 2009**. UNODC, 24 jun. 2009. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/Executive_summary_Spanish.pdf>. Último acesso em: jun. 2009.

PÉCAUT, Daniel. **Crónica de cuatro décadas de política colombiana**. Bogotá: Norma, 2006.

PRADA, Diego Otero. **Las cifras del conflicto colombiano**. Bogotá: Indepaz e Uniciencia, 2007.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Informe sobre Desarrollo Humano. Nova York: PNUD, 1994. Disponível: <<http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

PROTOCOL ADITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, AND RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS [Protocol II]. 8 junho 1977. Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/d67c3971bcff1c125641e0052b545>. Último acesso em: jun. 2009.

REVISTA MIGRACIONES FORZADAS. Entrevista con Walter Kälin. No. 23, out. 2005, pp. 4-6. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3999.pdf>>. Último acesso em: jun. 2009.

RUIZ, Henry Salgado. El Plan Colombia, una política de (in)seguridad humana para las poblaciones de Putumayo In: CODHES (org.). **El Desplazamiento forzado en Colombia**: compromisos desde la universidad. Bogotá: Servigraphic, 2002, p. 265.

NOTAS

1. No período compreendido entre 1984 e 1994, as Forças Armadas (incluindo a polícia) chegaram a figurar como responsáveis por 25% dos deslocamentos internos. Para mais informações, ver PRADA (2007, p. 131).
2. Nessas observações cabe ressaltar dois momentos importantes: o primeiro deles, o período crítico compreendido entre 1999 e 2001, quando a área cultivada por folha de coca girava em torno de 150.000 hectares. O segundo momento diz respeito ao relatório publicado pelo Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC, sigla em inglês) em 2009, o qual, pela primeira vez, afirma que, em 2008, a superfície mundial dedicada ao cultivo da coca diminuiu 8% devido a uma redução significativa na Colômbia, de 18%. Para mais informações, ver UNODC (2009).
3. Os departamentos constituem unidades federativas análogas aos estados no Brasil.
4. De 2002 a 2008, registrou-se o deslocamento de 52.000 indígenas. Em julho de 2008, a Organização Nacional Indígena da Colômbia (ONIC) alertou sobre a possibilidade de extinção de 32 povos indígenas em decorrência do conflito armado (CODHES, 2008, p. 3).
5. De acordo com o Censo de 1993, essas populações correspondiam a 3,34% da população colombiana.
6. Para citar alguns exemplos: Corebajú (Caquetá), Puinaves (Guaviare), Emberás (Alto Sinú, Chocó e Antioquia), Paeces, Yanacunas, Guambianos, entre outros em Cauca, Tules (Chocó), Kankuamos (Sierra Nevada), diferentes povos em Putumayo, awás (Nariño).
7. No caso das comunidades indígenas, esse excerto também revela alguns dos direitos garantidos não somente pela Constituição colombiana, como também pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Assim, o deslocamento forçado de comunidades indígenas implica diretamente a violação de direitos coletivos reconhecidos nacional e internacionalmente, por exemplo: i) direito ao território; ii) direito à autonomia; iii) direito à identidade cultural; e iv) direito à segurança e proteção por parte do Estado (JACANAMIJOY, 2004, p. 206).
8. O Artigo 12 do Decreto 2569 de 2000 entende por lar o grupo de pessoas (parentes ou não) que vive sob um mesmo teto, compartilhando alimentos e que afetados pelo deslocamento forçado pela violência. O conceito está, portanto, intimamente relacionado com aquele de “redes de apoio social” do indivíduo.
9. Mais do que a ausência do Estado, é a inoperância das instituições estatais (vazios do Estado), o que deixa espaço para que agentes privados defendam seus interesses sem que enfrentem qualquer resistência das instituições que são afirmadas como representativas dos interesses coletivos da região. Daí a importância de associar aos índices de presença institucional, o índice de impunidade: os municípios receptores apresentam, em média, 59% a mais de presença institucional do que os municípios expulsos. Além disso, apresentam índices médios de impunidade em torno de 33%. Ver MURCIA (2003, p. 71).
10. O capital social pode ser definido, grosso modo, como a medida combinada da disposição subjetiva a relacionar-se produtivamente com os demais.
11. Para citar outros: Artigo 24, sobre o direito à livre circulação; Artigo 40, sobre o direito à participação política, afetado pelo abandono de documentos de identidade no momento da fuga; Artigo 44, que trata dos direitos da criança (48% dos deslocados são menores de idade); Artigo 49, relativo ao dever do Estado de oferecer acesso à saúde e saneamento; Artigo 51, sobre o direito à moradia digna; Artigos 58 e 59, que garantem a propriedade privada; e o Artigo 64, sobre a propriedade da terra (estes três últimos serão abordados em maior profundidade a seguir).
12. É interessante observar que, na academia, esse interesse pelo deslocamento interno também surgiu tardiamente. O primeiro seminário de alcance nacional sobre o tema ocorreu somente em 1991. Essa iniciativa permitiu identificar as principais correntes teóricas interpretativas das origens e dos fluxos de deslocamento. É somente o seminário de 1997, entretanto, que marca uma evolução significativa na interpretação do deslocamento interno. De acordo com Murcia, “A partir desse e outros esforços, como o encontro organizado por CISP em Antioquia, o seminário de deslocamento, migrações internas e reestruturações territoriais (1999), a compilação de boletins CODHES Informa (1999) e o seminário internacional [sobre] deslocamento, conflito, paz e desenvolvimento, realizado em Bogotá, em maio de 2000, teve início um processo de construção de hipóteses que permitiu reconhecer no deslocamento uma estratégia de guerra dos atores armados que tem referentes políticos e econômicos” (2003, p. 29).
13. CONPES é a sigla que designa os documentos produzidos pela instituição de nome correspondente: Conselho Nacional de Política Econômica e Social.
14. Para consultar os elementos que devem ser apresentados pelos programas de prevenção, consultar os artigos 20 a 24 do Decreto 2569/2000.
15. Os Artigos 25, 27 e 28 definem os termos dentro dos quais se desenvolvem as políticas de retorno da população deslocada.
16. Trata-se de uma explicação parcial, uma vez

que o conflito armado atravessa, em finais da década de 1990, um período de recrudescimento, o que repercute diretamente sobre o problema do deslocamento forçado.

17. Com destaque para o Conselho Nacional, para o CNAIPDV – composto, entre outros, pela Presidência da República, Ministério da Fazenda e a Red de Solidaridad Social – e para governos locais nos níveis municipal e departamental.

18. Segundo os informes anexados à Sentença, 57% dos indivíduos registrados como deslocados não recebiam ajuda humanitária de emergência; e 80,5% não possuía acesso a programas de geração de renda que permitam sua subsistência digna e autônoma.

19. No tocante aos informes, a principal crítica da Corte Constitucional é de que estes reportam como avanços no processo de implementação das políticas o que, na realidade, constituem propósitos, planos e programas que ainda não foram desenvolvidos, além de corresponderem ao cumprimento parcial das obrigações legais e constitucionais destacadas na Sentença T-025.

20. Ver Lei 387, Decreto 2569 e algumas sentenças de tutela, como SU-1150/00, T-1635/00, ACU-1662/01, AC-4279/01.

21. Outra debilidade da política de atenção à população deslocada diz respeito ao tratamento psico-social oferecido à ela.

22. Walter Kálin assumiu a posição de Deng em setembro de 2004. Nessa época, o nome do

cargo havia sido modificado para Representante do Secretário Geral das Nações Unidas para os Direitos Humanos dos Deslocados Internos.

Em entrevista à *Revista Migraciones Forzadas*, Kálin afirma que “[A] mudança no título de meu mandato sugere que o conceito de direitos humanos dos deslocados internos é, ao menos em princípio, aceito pela comunidade internacional e indica um certo re-direcionamento do mandato, já que põe maior ênfase na proteção dos direitos humanos desse grupo.” Ver *Revista Migraciones Forzadas* (2005, p. 4).

23. É importante ressaltar que o documento não possui capacidade vinculante, de modo que deixa para os Estados a decisão de adotar ou não suas recomendações. Ver: Consejo Económico y Social de Las Naciones Unidas, 1998.

24. Como parte de sua linha de favorecer a descentralização territorial das políticas e a inclusão das populações mais vulneráveis nos processos de formulação e consulta acerca das políticas voltadas aos deslocados, o ACNUR abriu escritórios de representação também em Apartadó, Barrancabermeja, Barranquilla, Bucaramanga, Cúcuta, Quibdó, Mocoa, Pasto e Soacha.

25. Nesse sentido, foi reativado o Grupo Temático sobre o Deslocamento (TGD, sigle em inglês), o qual, sob a liderança ACNUR, visa à coordenação das agências da ONU para oferecer propostas de abordagem do tema do deslocamento interno em maior sintonia com as necessidades dessa população.

ABSTRACT

The objective of this article is to understand the interaction between the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the Colombian government in their attempts to mitigate forced internal displacement, as well as the main challenges faced in addressing this problem. This article focuses on the interpretation adopted by the forementioned actors, who link this displacement to the armed conflict the country that has endured for more than forty years. Although this issue has been discussed for decades, the formulation of national policies intended to mitigate its effects came late, in the mid-1990s. Similarly, the UNHCR began paying more attention only in the late 1990s. The article concludes that there is a significant disparity between the development of norms regarding the internally displaced and the execution of such norms. For example, there needs to be greater coordination between national and local organizations, and national and international organizations. With respect to the prevention of internal displacement and the evaluation of the impact of these policies, the challenge is even greater; as such efforts are in the beginning stages. The UNHCR has used the same criteria as the Colombian government in executing its tasks; these criteria should be rethought and redefined in light of the High Commissioner's experience.

KEYWORDS

Internally displaced persons – Colombia – UNHCR – Armed conflict – Humanitarian crisis.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es comprender la interacción entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el gobierno colombiano en los esfuerzos de mitigación del desplazamiento interno forzado, así como también los principales desafíos enfrentados en el enfoque del problema. Este artículo privilegia la lectura adoptada por los actores antes mencionetría entre el desarrollo normativo de atención a los desplazados observado en Colombia y la ejecución de tales normas. Por ejemplo, falta coordinación entre entidades nacionales y subnaciados, la cual vincula el desplazamiento al conflicto armado por el que atraviesa el país hace más de cuarenta años. Aunque se trate de un problema observado hace décadas, las formulaciones políticas nacionales con miras a su mitigación surgieron tardíamente, más precisamente, a mediados de la década de 1990. De la misma forma, la atención del ACNUR al problema no se intensificó hasta fines de esa misma década. El artículo concluye que existe una gran asimonaes, así como también entre las nacionales y las internacionales. En lo que atañe a la prevención del desplazamiento interno y a la evaluación del impacto de las políticas, el desafío es todavía mayor en la medida en que son embrionarios los esfuerzos en este sentido. Se sostiene que el ACNUR ha empleado los mismos criterios que el gobierno en la ejecución de sus tareas, cuando estos podrían ser repensados y redefinidos a la luz de la experiencia del Alto Comisionado.

PALABRAS CLAVE

Desplazados internos – Colombia – ACNUR – Conflicto armado – Crisis humanitaria.



JOSEPH AMON

Joseph Amon é diretor do Programa de Saúde e Direitos Humanos da *Human Rights Watch*. É mestre em medicina tropical e doutor em epidemiologia. Já pesquisou e exerceu atividades de advocacy em casos relacionados a ampla gama de doenças, sempre enfatizando o acesso de populações marginalizadas a cuidados médicos.

Email: amonj@hrw.org



KATHERINE TODRYS

Katherine Todrys é pesquisadora Robert L. Bernstein junto ao Programa de Saúde e Direitos Humanos da *Human Rights Watch*. Anteriormente, atuou como Conselheira para Direitos dos Pacientes do Programa Cidades do Milênio da Universidade de Columbia. Graduou-se pela Universidade de Harvard e doutorou-se pela Escola de Direito de Yale.

Email: todrysk@hrw.org

RESUMO

Embora o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabeleça o direito à saúde e à não discriminação, poucos países cumpriram com sua obrigação de oferecer tratamento de HIV para não cidadãos – incluindo refugiados, migrantes permanentes em situação irregular e migrantes transitórios. Dois países, África do Sul e Tailândia, ilustram como políticas e práticas governamentais discriminam não cidadãos negando-lhes o tratamento. Na África do Sul, ainda que indivíduos em situação irregular tenham direito a tratamento de saúde gratuito, incluindo a terapia antiretroviral, as instituições públicas de saúde frequentemente negam o tratamento antiretroviral àqueles que não são cidadãos sul-africanos. Na Tailândia, até mesmo entre migrantes regularizados, somente as mulheres grávidas têm direito à terapia antiretroviral. A fim de atender o Direito Internacional dos Direitos Humanos - que garante o fornecimento de um conjunto mínimo de serviços de saúde sem discriminação – os Estados do Sul Global e de todo o mundo devem disponibilizar drogas antiretrovirais e torná-las acessíveis aos migrantes nas mesmas condições que a seus cidadãos.

Original em Inglês. Traduzido por Elaini Silva.

Recebido em: janeiro de 2009. Aprovado em: junho de 2009.

PALAVRAS-CHAVE

Migrante – HIV/AIDS – Terapia antiretroviral – Direitos humanos – Direito à saúde.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ACESSO DE POPULAÇÕES MIGRANTES A TRATAMENTO ANTIRETROVIRAL NO SUL GLOBAL

Joseph Amon e Katherine Todrys

1. Introdução

A escala de migração global, definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2003) como o movimento de pessoas de uma área para outra por períodos variados de tempo², é grande e crescente. A Organização Internacional para Migração (OIM) (s.d.) estima que 192 milhões de pessoas em todo mundo (ou seja, 3% da população mundial) vivem longe do local onde nasceram.³

Em 2008, o Programa das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS, sigla em inglês) (2008a) estimou que 33 milhões de pessoas em todo mundo viviam com o vírus HIV. De acordo com a OMS, a migração frequentemente pode ter sérias consequências para a saúde dos migrantes, em razão de desafios envolvendo “discriminação, língua e barreiras culturais, situação legal e outras dificuldades socioeconômicas.” (OMS, 2003, p. 4, tradução livre). De fato, desde a emergência da epidemia do HIV na década de 1980, funcionários da saúde pública reconheceram que populações migrantes enfrentam risco de infecção pela infecção do HIV (WOLFFERS; VERGHIS; MARIN, 2003, p. 2019-2020).

UNAIDS, OIM e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2008, p. 1) notaram que fatores sociais, econômicos e políticos que afetam os trabalhadores migrantes internacionais nos países de origem e destino (incluindo separação dos cônjuges e normas culturais diferentes, condições de trabalho e de vida abaixo do padrão, e não familiaridade com a língua, juntamente com a falta de acesso a informações e serviços relacionados ao HIV) podem aumentar o risco da infecção pelo HIV. As pesquisas em saúde pública têm indicado reiteradamente a vulnerabilidade de migrantes e suas famílias ao HIV (HERNÁNDEZ-ROSETE; et al, 2008; WELZ; et al, 2007; FORD; CHAMRATHRITHIRONG, 2007;

Ver as notas deste texto a partir da página 186.

BANDYOPADHYAY; THOMAS, 2002; BROCKERHOFF; BIDDLECOM, 1999) e, além disso, estudos recentes demonstraram as necessidades particulares de populações móveis e os impactos de mudanças nas práticas sociais e culturais sobre sua saúde (BANATI, 2007, p. 210-214). A Declaração de Compromisso das Nações Unidas sobre HIV/AIDS estabelece expressamente que os governos do mundo devem se comprometer a “desenvolver e iniciar a implementação de estratégias nacionais, regionais e internacionais para facilitar o acesso de migrantes e trabalhadores móveis a programas de prevenção do HIV/AIDS.” (para. 50, tradução livre).

Há muito tempo já se reconheceu que as rotas de trânsito facilitam a dispersão de população e a disseminação de doenças. Estradas nacionais como o Quadrilátero Dourado na Índia foram chamadas de “canal do vírus” (WALDMAN, 2005); e, desde o início da epidemia, a autoestrada M1, que liga o Egito à África do Sul, ficou conhecida como a “estrada da AIDS.” *Outdoors* ao longo das principais rotas de trânsito e nas fronteiras em toda África austral trazem mensagens relacionadas à AIDS e aconselham indivíduos em trânsito a usar camisinhas. A principal estrada que liga Abidjan, na Costa do Marfim, a Lagos, na Nigéria, percorrida por 47 milhões de pessoas por ano, também expõe mensagens de conscientização sobre a AIDS e é o foco de uma campanha de conscientização em trânsito sobre HIV/AIDS (IRIN PLUS NEWS, 2008b).

Apesar do antigo reconhecimento da relação entre migração e vulnerabilidade à infecção por HIV, doadores e Estados não têm conseguido garantir que migrantes tenham acesso ao tratamento do HIV. Embora governos tenham se comprometido a fornecer “acesso universal” (DECLARAÇÃO POLÍTICA SOBRE HIV/AIDS, 2006, para. 20) ao tratamento do HIV e tenham obrigações específicas, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, de garantir que o tratamento do HIV (especificamente, a terapia antiretroviral) seja fornecido a migrantes como parte do seu dever de implementar o direito à saúde sem discriminação, o seu acesso à terapia antiretroviral continua precário.

A Assembléia Mundial da Saúde da OMS (2008) pediu a seus membros que promovam políticas de saúde que levem em consideração os migrantes e o acesso equitativo à prevenção de doenças e aos cuidados para migrantes, documentem e compartilhem informações sobre melhores práticas de atendimento das necessidades relacionadas à saúde dos migrantes e cooperem com outros países envolvidos no processo migratório em temas relacionados à saúde dos migrantes. Poucos Estados, no entanto, reconheceram expressamente a terapia antiretroviral como parte do conjunto mínimo de serviços de saúde oferecido sem discriminação, tanto para cidadãos como para migrantes, dentro de suas fronteiras.

O desenvolvimento de sistemas de tratamento do HIV é necessário para se alcançar acesso universal ao tratamento do HIV e atender às necessidades da significativa e crescente população mundial de migrantes, em especial no Sul Global. A expansão do tratamento do HIV no Sul Global tem sido irregular. Enquanto, anteriormente, migrantes HIV positivo não conseguiam ter acesso à assistência em países de origem e destino de baixa ou média renda, recentemente, governos nacionais de alguns países do Sul Global, com o apoio de doadores internacionais, conseguiram fornecer, pela primeira vez, tal tratamento a baixo custo ou mesmo gratuitamente (GARRET, 2007).

Além de recursos desiguais entre vários países no Sul Global, o acesso desigual a recursos de doadores e a utilização destes deram margem ao surgimento de grande disparidade entre países de baixa e média renda no que se refere à sua capacidade de oferecer tratamento antiretroviral, uma disparidade que poderá persistir. Atualmente, 15 países em todo mundo detêm o status de “países foco” junto ao Plano de Emergência da Presidência dos Estados Unidos da América (EUA) de Socorro à AIDS (PEPFAR, sigla em inglês), o que permite que recebam recursos especiais destinados ao tratamento de HIV (EUA, 200-). O dinheiro proveniente do Fundo Global de Combate à AIDS, Tuberculose e Malária também é distribuído desigualmente (mais de 1/5 dos recursos gastos até 2007 foram direcionados para apenas quatro países) (GARRET, 2007). Para complicar ainda mais a situação, em alguns países de baixa e média renda a corrupção é um fenômeno comum e porções significativas de doações nunca chegam a alcançar seus alvos; nos demais países, guerra, liderança franca e falta de infraestrutura em saúde impedem o acesso aos medicamentos para tratamento.

Dadas a escala global e a frequência da migração em todo mundo, o fornecimento de terapias antiretrovirais numa estratégia racional de saúde pública para prevenção e tratamento do HIV/AIDS não pode ser marcado pela discriminação contra não cidadãos. Da perspectiva da prevenção, negar tal tratamento para migrantes servirá apenas para perpetuar a transmissão e frustrar os esforços para controlar a epidemia de HIV/AIDS. Da perspectiva de tratamento dos já infectados, interrupções no tratamento podem conduzir à doença, ao desenvolvimento de resistência à medicação e à morte – o que, no final das contas, pode implicar, para os programas de saúde pública, custos mais altos de bem-estar social (BURNS; FENTON, 2006).

Deve-se notar que esse tipo de acesso frágil ao tratamento e de discriminação também existe em países de alta renda. A *Human Rights Watch* (HRW) (2009) analisou exemplos de migração Sul-Norte e os desafios decorrentes que migrantes enfrentam para ter acesso à terapia antiretroviral em suas novas residências no exterior. Este artigo examina o acesso de migrantes à terapia antiretroviral em dois países de renda média (África do Sul e Tailândia) no contexto do Direito Internacional e apresenta algumas recomendações para se atingir o acesso universal ao tratamento de HIV para todos.

2. Populações

Três amplas categorias de migrantes podem ser definidas em vista do objetivo deste artigo: refugiados, migrantes de longo prazo e migrantes de curto prazo.

2.1 Refugiados

Um refugiado é definido como uma pessoa que:

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em

consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (CONVENÇÃO SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1954, art. 1(A)(2), tradução livre; PROTOCOLO RELATIVO AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1967).

O Direito Internacional concede proteção especial aos refugiados. De acordo com a CONVENÇÃO SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS de 1951 e o PROTOCOLO de 1966 concede-se aos refugiados tratamento, no mínimo, tão favorável quanto àquele destinado aos seus próprios nacionais com relação a diversos direitos, dentre os quais se incluem a assistência pública e a seguridade social (cobrindo doenças, maternidade e outras contingências compreendidas pela seguridade social na regulação nacional). (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS - ACNUR, 2006, p. 28-9). Com exceção do direito à educação pública, os direitos nesta Convenção são limitados aos refugiados legalmente residentes no país que os recebe. Esta disposição já gerou desacordo sobre a inclusão ou não dos solicitantes de asilo (CHOLEWINSKI, 2000, p. 710-712). Indivíduos cujo pedido de concessão de status de refugiado aguarda uma decisão – solicitantes de asilo – tem uma proteção especial de acordo com o direito internacional também (ACNUR, 2006, p. 28-9), ainda que tal proteção não inclua especificamente o direito aos serviços de saúde.

As agências das Nações Unidas apóiam o acesso de refugiados ao tratamento antiretroviral. O ACNUR (2008, p. 5, tradução livre) considera que garantir um objetivo estratégico o “acesso à assistência e tratamento efetivos, de qualidade e no momento adequado, incluindo acesso à terapia antiretroviral, [aos refugiados] em nível similar àquele das populações locais”. De fato, entre os grupos abordados neste artigo, refugiados recebem o acesso mais amplo a tratamento antiretroviral gratuito.

2.2 Migrantes a longo prazo em situação irregular

Migrante a longo prazo é definido, de forma não oficial, como a “pessoa que se desloca para um país diferente de sua residência habitual por um período de no mínimo um ano (12 meses), de forma que o país de destino efetivamente se torna seu novo país de residência habitual” (AGÊNCIA DE PROTEÇÃO À SAÚDE, 2006, p. 5, tradução livre). Este grupo pode incluir indivíduos que, mesmo não tendo sido bem-sucedidos em suas solicitações de asilo, decidiram continuar no país, pessoas que entraram no país com um visto válido e lá permanecerem por período superior àquele autorizado sem obter uma extensão do prazo de validade do visto ou indivíduos que entraram ilegalmente em um determinado país, permanecendo no local sem *status*. Leis e políticas governamentais relativas a serviços de saúde (em especial, tratamentos antiretrovirais) para migrantes a longo prazo em situação irregular são sempre restritivas.

2.3 Populações migrantes a curto prazo

Um migrante a curto prazo pode ser definido como uma “pessoa que se desloca para um país diferente de sua residência habitual por período entre 3 meses (no mínimo)

e um ano” (AGÊNCIA DE PROTEÇÃO À SAÚDE, 2006, p. 5, tradução livre). Estas populações – também definidas como “pessoas que se deslocam de um local para outro temporariamente, de forma sazonal ou permanentemente por várias razões voluntárias e/ou involuntárias” (UNAIDS, 2001, p. 3, tradução livre) – enfrentam desafios específicos para ter acesso a tratamentos. A UNAIDS e a OIM (2001, p. 10) indicaram que os indivíduos são, cada vez mais, bi ou multi-locais.

A migração pode ser um caminho circular, mas certos países também podem ser utilizados como ponto de partida no processo de migração (JACOBSEN, 2007, p. 206-208). Populações migrantes a curto prazo enfrentam muitos dos mesmos desafios que migrantes a longo prazo em situação irregular, o que inclui a falta de acesso a medicamentos gratuitos ou de baixo custo; porém, também enfrentam desafios específicos, como diferentes regimes de tratamento em cada localidade, sistemas de prescrição diversos, falta de continuidade no tratamento e desconformidade com as diretrizes para tratamento antiretroviral que são elaboradas para populações fixas.

3. Dois Estudos de Países no Sul Global

Apesar do reconhecimento internacional da vulnerabilidade das populações migrantes e da proteção específica dos direitos humanos, a experiência de acesso de migrantes a tratamento de HIV é bastante variada. A África do Sul e a Tailândia constituem dois exemplos diferentes e instrutivos de direitos de migrantes e são representativos da realidade do acesso a tratamentos antiretroviral no Sul Global.

3.1 *África do Sul*

A África do Sul é o país onde se localiza o maior número de indivíduos infectados com HIV no mundo - número estimado em 5,7 milhões de pessoas em 2007 (UNAIDS, 2008a, p. 40). O fornecimento de tratamento antiretroviral para indivíduos que dele necessitem é uma questão de interesse nacional urgente e central.

A migração entre os membros da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC, sigla em inglês) é frequente e 46% dos sul-africanos vivem em comunidades rurais onde é comum a migração circular em razão de trabalho (WELZ; et al, 2007, p. 1471). A prevalência do HIV em toda a região é alta. Um estudo sobre o tema em KwaZulu-Natal, África do Sul, onde a migração é comum, concluiu que a prevalência do HIV entre mulheres migrantes entre 25 e 29 anos de idade é de 63% (WELZ; et al, 2007, p. 1469).

A própria identificação do número de migrantes na África do Sul, no entanto, é uma questão controversa. As estimativas variam muito e chegam a 6 milhões de migrantes não cidadãos no país em 2008 (ÁFRICA DO SUL, 2008?, p. 1), comparado a uma população total de 47 milhões (FIDH, 2008, p. 8). Muitos desses migrantes vêm de outros países que fazem parte da SADC, em especial de Zimbábue, Moçambique e Lesoto. Como resultado da crise política e econômica no vizinho Zimbábue, especialmente, migrantes foram para a África do Sul em grande número: estima-se que, pelo menos, de 1 a 1,5 milhão de zimbabuenses tenham fugido para a África do Sul desde 2005 (HRW, 2008, p. 23), deixando o país com um acesso

extremamente inadequado a tratamento antiretroviral e aos serviços de saúde geral (HRW, 2006). Cada vez mais, migrantes de todo o continente e do mundo chegam à África do Sul (FIDH, 2008, p. 11).

A Constituição sul-africana reconhece uma série ampla de direitos a indivíduos em situação irregular, dentre os quais se incluem o acesso a tratamento básico de saúde e de emergência e a terapia antiretroviral (ÁFRICA DO SUL, 2007). Solicitantes de asilo e refugiados têm direito a tratamento gratuito se forem considerados indigentes, avaliação que seguirá a mesma análise financeira aplicada a cidadãos sul-africanos. O Departamento de Saúde emitiu um memorando para esclarecer que tais direitos são igualmente aplicáveis tendo o paciente documentação ou não.

Uma pesquisa da HRW (2008, p. 43) e relatórios da mídia e de ONGs, no entanto, descrevem um abismo entre as políticas sul-africanas inclusivas e a realidade do acesso de refugiados, solicitantes de asilo e especialmente migrantes sem documentação a tratamento de saúde. Algumas clínicas públicas requerem um documento de identificação sul-africano antes da concessão do tratamento da saúde, negando atendimento àqueles que não apresentem documentação apropriada (IRIN PLUS NEWS, 2008a). Solicitantes de asilo têm tido dificuldades recorrentes para ter acesso a tratamento antiretroviral (CONSORTIUM FOR REFUGEES AND MIGRANTS IN SOUTH AFRICA - CORMSA, 2008; PROJETO DE LEI SOBRE AIDS; et al, 2008). Organizações de direitos humanos e jornalistas têm relatado que migrantes em busca de assistência de saúde enfrentam abuso verbal, tratamento abaixo do padrão, falta de sensibilidade dos funcionários, tempos de espera estranhamente longos e recusa clara de tratamento a migrantes (FIDH, 2008, p. 31). De outros são cobradas, ilegalmente, taxas proibitivas pelo tratamento ou por medicação; ou ainda são informados que devem possuir um cartão de cidadania sul-africana, para receber serviços básicos de saúde. Zimbabuenses sem documentação que precisam de tratamento de saúde têm lotado instituições de caridade sul-africanas e igrejas (HRW, 2008, p. 36) e são expulsos das clínicas do governo quando não podem apresentar seus documentos de cidadania. Mineradores bassutos infectados com HIV e tuberculose resistente a múltiplas drogas (MDR-TB, sigla em inglês) têm sido deportados ou deixados na fronteira de seu país de origem sem qualquer tipo de tratamento ou indicação às instituições locais de saúde para tratamento (SMART, 2008).

O porta-voz do ACNUR e dos Médicos sem Fronteiras (MSF) confirmaram, em julho de 2008, que observaram casos de discriminação contra estrangeiros e recusa de tratamento de HIV por funcionários do sistema de saúde que desconheciam a lei (PALITZA, 2008). Uma pesquisa recente realizada pela Universidade de Witwatersrand demonstrou que não cidadãos que necessitavam de tratamento antiretroviral enfrentavam mais desafios para ter acesso às drogas do que cidadãos sul-africanos. Funcionários de hospitais que discriminam migrantes, seja por abuso verbal ou físico, seja pela recusa de tratamento, raramente são responsabilizados. As vítimas de tais abusos frequentemente não conhecem seus direitos relacionados à saúde, visto que hospitais públicos não empregam tradutores nem fornecem material educacional linguisticamente apropriado. Por isso, raramente apresentam reclamações formais. Esta pesquisa ainda sugere que as políticas do Departamento Nacional de Saúde não são uniformemente aplicadas em instituições públicas; e que, enquanto

cidadãos são dirigidos a instituições do governo para tratamento antiretroviral, não cidadãos são frequentemente indicados pelas clínicas públicas locais a ONGs para receber o tratamento. Esta prática levou à criação de um sistema de saúde duplo, o público e o não governamental, que fornece tratamento antiretroviral para cidadãos e não cidadãos por vias diversas (VEAREY, 2008b).

ONGs na África do Sul dedicaram muitas horas advogando em favor de refugiados e solicitantes de asilo aos quais o setor público negou tratamento, escrevendo cartas e acompanhando pacientes para garantir que eles fossem tratados de acordo com a lei. Mesmo nos casos em que esses pacientes conseguem, no fim, ser diagnosticados e receber o tratamento de HIV, esses diagnósticos e tratamentos podem ser tardios, devido às fracassadas tentativas anteriores e ao tempo gasto em busca de defesa. Migrantes provenientes de países com uma taxa de incidência de HIV menor do que a da África do Sul, como a Somália, podem não ter informações sobre o vírus e materiais nas línguas apropriadas são raros. Além disso, os pesquisadores indicaram que os médicos sul-africanos não são treinados para tratar migrantes que têm um protocolo de tratamento antiretroviral diferente em seus países de origem; e muitos acreditam, erroneamente, que a mudança do protocolo causará resistência aos medicamentos ou mesmo o fracasso do tratamento.

Condições precárias de vida e frequentes deslocamentos internos forçados constituem um desafio a mais no acesso de migrantes na África do Sul a exame e tratamento do HIV. Milhares de zimbabuenses sem documentação vivem ao ar livre em regiões próximas à fronteira, sem acesso a abrigo, alimentação, água limpa ou saneamento. Outros milhares vivem em locais apertados e no chão de igrejas nos centros das cidades. Insegurança alimentar e fome aumentam o desafio do tratamento antiretroviral. Prisões frequentes, detenções e deportações criam um clima de medo no qual muitos migrantes, especialmente perto da fronteira com o Zimbábue, recusam-se a procurar serviços de saúde com medo de serem presos no local. Para pessoas procurando diagnóstico de HIV e profilaxia após estupro, hospitais públicos apresentam um risco peculiar, como muitos seguem uma política de chamar a polícia após o tratamento. Junto com altas taxas de violência xenofóbica contra estrangeiros, estes fatores limitam seriamente que a África do Sul implemente sua política de fornecimento progressivo de tratamento antiretroviral a migrantes. O exemplo da África do Sul ressalta a importância do respeito aos direitos humanos dos migrantes para um protocolo de tratamento de HIV funcionar como previsto.

3.2 Tailândia

Em 2004, a Tailândia abrigava 1,25 milhões de migrantes cadastrados e, pelo menos, a mesma quantia de migrantes não cadastrados (OIM, 2007?). Grande parcela desses migrantes eram provenientes de Mianmar. De fato, estima-se que exista entre 2 e 6 milhões de migrantes birmaneses na Tailândia (YANG, 2007, p. 488-489). Os migrantes vão de Mianmar para a Tailândia por razões associadas à devastação econômica em seu país de origem, às oportunidades econômicas na Tailândia ou ainda ao conflito e perseguição pela junta militar. O sistema de saúde de Mianmar também é extremamente insuficiente para atender às necessidades da população, e décadas de

governo militar repressivo, guerra civil, corrupção, falta de investimento, isolamento e sistemáticas violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário tornaram o sistema de saúde de Mianmar incapaz de responder efetivamente a doenças infecciosas endêmicas e emergentes (STOVER; et al, 2007, p. 1).

O governo tailandês desenvolveu um programa para cadastrar e regularizar a situação de migrantes. Em 2004, o Ministério do Trabalho tailandês havia cadastrado 1.280.000 migrantes, dos quais 814.000 também haviam entrado com pedido de autorização para trabalhar (YANG, 2007, p. 506). O cadastro permite que migrantes tenham acesso ao sistema básico de saúde por meio do plano nacional de saúde (YANG, 2007, p. 507). De fato, o Ministério de Saúde Pública notou que nos locais onde migrantes são cadastrados e autorizados a trabalhar, eles têm direito a serviços básicos de saúde, o que inclui tratamento, controle de doenças, promoção da saúde e reabilitação, obtenção de *check-ups* regulares e inscrição no plano nacional de saúde, que envolve o pagamento de um valor fixo como parte do custo destes serviços, enquanto o valor restante é custeado pelo próprio governo (YANG, 2007, p. 520-521).

O tratamento antiretroviral, no entanto, não é, em geral, considerado parte do pacote básico compreendido pelo cadastro, exceto para mulheres grávidas (IRIN PlusNews, 2007, PHYSICIANS FOR HUMAN RIGHTS - PHR, 2004, p. 45). Medicamentos antiretrovirais são distribuídos para tailandeses por meio de um programa diferente daquele dos migrantes cadastrados, barrando efetivamente o acesso de não tailandeses ao tratamento (PHR, 2004, p. 45-46).

Além disso, o cadastro é problemático para migrantes em razão das altas taxas a ele relacionadas, da impossibilidade de cobrá-las dos empregadores após sua realização e da proibição de deixarem a província na qual se cadastraram (YANG, 2007, p. 507-511). O fato de as condições de elegibilidade serem modificadas anualmente, as restrições decorrentes da falta de cobertura de categorias típicas de trabalho migrante e o vínculo entre cadastramento e local de emprego impedem que muitos tenham acesso ao programa (PHR, 2004, p. 2). Ademais, enquanto os próprios migrantes têm direito a possuir seu cadastro, permissão de trabalho e documentos de seguro de saúde, empregadores frequentemente retêm esses documentos e cópias são insuficientes para que os migrantes obtenham tratamento efetivo (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005). Muitos postos de saúde tailandeses não oferecem nenhum tipo de assistência a migrantes não cadastrados (YANG, 2007, p. 522).

Um relatório elaborado em 2004 pela PHR sobre migrantes birmaneses na Tailândia expressou preocupação com relação ao “compromisso [do governo] com a proteção dos direitos humanos e a prevenção, a assistência e o tratamento do HIV/AIDS para migrantes e populações tribais montanhesas.” (2004, p. 1, tradução livre). O grupo demandou suporte e tratamento de HIV para migrantes nas mesmas condições em que são oferecidos para cidadãos tailandeses, visto que, entre outras barreiras,

o acesso ao sistema de saúde para birmaneses e populações tribais montanhesas é severamente limitado pela ameaça de prisão e deportação, cárcere privado, confisco de documentos legais, discriminação, falta de recursos financeiros, falta de informação e/ou barreiras linguísticas (PHR, 2004, p. 3, tradução livre).

De fato, essa população é essencialmente forçada a viver e morrer mais cedo, de AIDS, em razão de uma recusa discriminatória de tratamento (PHR, 2004, p. 4). Também a organização MSF (2007) pediu ao governo tailandês a melhoria do acesso dos trabalhadores migrantes ao sistema de saúde, indicando o abismo entre as amplas políticas governamentais de saúde e a prática em algumas províncias onde poucos migrantes recebem cuidados básicos.

Além das barreiras legais ao sistema gratuito discutidas acima, desafios práticos inibem o tratamento de migrantes HIV positivo na Tailândia. A consciência e a utilização de todos os direitos relacionados aos cuidados médicos são baixas mesmo entre migrantes credenciados (YANG, 2007, p. 521). Ademais, entrevistas com migrantes demonstram que restrições financeiras (que, aliadas aos custos de tratamento, incluem os custos de transporte aos postos de saúde e da perda de um dia de trabalho), medo da polícia, trabalho difícil e problemas de comunicação são fatores que interferem no acesso ao tratamento antiretroviral (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005). Alguns estudos também concluíram que “o custo da medicação e dos serviços de assistência constituem um grande obstáculo na tentativa de se seguir o tratamento antiretroviral” a longo prazo, visto que a medicação deve ser seguida por toda a vida e o custo impediria que migrantes pudessem atender outras necessidades, como alimentação (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005)². Outros estudos ainda demonstraram que migrantes na Tailândia têm sido discriminados quando buscam tratamento, o que inclui desde grosserias à recusa expressa de acesso a tratamento, passando por atendimento abaixo do padrão (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005).

O protocolo de tratamento antiretroviral também pode prejudicar o acesso de migrantes a ele. O protocolo mais utilizado na Tailândia compreende medicações a cada 12 horas, o que é difícil para migrantes que trabalham muitas horas e não poderiam parar de trabalhar para tomar os remédios ou poderiam ser demitidos se sua infecção pelo HIV fosse descoberta (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005). Um médico em um hospital tailandês afirmou que mesmo quando não se nega unilateralmente tratamento a migrantes, estes não preenchem antecipadamente os requisitos para seguimento do protocolo (SAETHER; et al, 2007, p. 1004-1005). Critérios não médicos para acesso a tratamento antiretroviral como “aderência antecipada” tem sido utilizados para restringir o acesso de migrantes e outras populações de pacientes “indesejáveis,” incluindo usuários de drogas³.

4. Direito Internacional

O Direito Internacional estabelece o direito básico de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde. Este direito, junto com o direito à não discriminação, implica um direito de acesso a um conjunto mínimo de serviços de saúde, o que inclui o tratamento antiretroviral, sem discriminações com base na cidadania da pessoa.⁴

4.1 Direito de Desfrutar do Nível de Saúde mais Elevado Possível

Todos os indivíduos têm o direito de desfrutar do nível de saúde mais elevado possível, um direito que foi consagrado em tratados regionais e internacionais.

De acordo com a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (DUDH), “[t]oda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.” (art. XXV(1)). O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (ICESCR, sigla em inglês) também garante o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde, e requer que os Estados partes tomem a iniciativa, individualmente ou por meio de cooperação internacional, de implementar progressivamente tal direito por meio de prevenção, tratamento e controle de doenças epidêmicas, bem como da criação de condições de assegurar a assistência médica e a atenção a todos (ICESCR, art. 12). A “concretização progressiva” requer dos Estados partes uma “obrigação específica e contínua de se buscar tão rápida e efetivamente quanto possível a concretização integral d[esse direito]” (ONU. COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS - CNUDESC, 2000, paras. 30-31, tradução livre). De acordo com a OMS e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH),

ao considerar o nível de implementação desse direito especificamente em um Estado, são levados em consideração a disponibilidade de recursos num determinado momento e o contexto em desenvolvimento. Não obstante, nenhum Estado pode justificar a não observância de suas obrigações por falta de recursos. Os Estados devem garantir o direito à saúde no limite de seus recursos, ainda que estes sejam restritos (ACNUDH; OMS, 2008, p. 5, tradução livre).

O conceito de recursos disponíveis busca incluir a assistência disponibilizada pela comunidade internacional (CHOLEWINSKI, 2000, p. 714-719).

O direito à saúde é garantido ainda por outros tratados e compromissos internacionais em direitos humanos. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CDC) prevê que:

Os Estados Partes reconhecem à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reabilitação. Os Estados Partes zelam pela garantia de que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a tais serviços de saúde. (Artigo 24:1).

De fato, os Estados Partes devem adotar as medidas apropriadas, entre outras coisas, para “assegurar a assistência médica e os cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários” (CDC, art. 24(2)(b)). O direito à saúde também encontra respaldo na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e, por fim, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O direito à saúde foi proclamado pela Comissão de

Direitos Humanos, pela Declaração de Viena e pelo Programa de Ação de 1993, bem como por outros instrumentos internacionais (CNUDESC, 2000, para. 2). Ademais, os governos se comprometeram por meio da Declaração de Compromisso das Nações Unidas sobre HIV/AIDS a “promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao nível mais elevado possível de saúde física e mental” (para. 37, tradução livre) e,

de forma urgente, despende todos os esforços para: oferecer, de forma progressiva e sustentável, o mais elevado nível de tratamento de HIV/AIDS, incluindo a prevenção e o tratamento de infecções oportunistas e o uso efetivo de terapia antiretroviral de qualidade controlada de forma cuidadosa e monitorada para aumentar a aderência ao tratamento e a efetividade deste e para reduzir o risco de desenvolver resistências (DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO SOBRE HIV/AIDS, para. 55, tradução livre).

Tratados regionais também se referem ao direito à saúde. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos garante o direito à saúde e obriga os Estados Partes a “adotar as medidas necessárias para proteger o direito de seus povos e garantir que eles recebam cuidados médicos quando estão doentes.” (art. 16, tradução livre). Além disso, a Carta Africana dos Direitos das Crianças estabelece o direito de toda criança à melhor saúde possível e obriga os Estados Partes a buscar a implementação de tal direito, incluindo a disponibilização “de assistência médica e cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários” (Art. 14:2, (b), tradução livre). O Artigo 10 da Carta Social Europeia de 1961 também reconhece o direito à saúde, como o faz o Artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988.

4.2 Princípios de Igualdade e Não Discriminação

O Direito Internacional também estabelece os princípios básicos de não discriminação e igualdade. A DUDH proclama que

[t]oda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (DUDH, art. II).

Ademais, de acordo com a referida declaração, “[t]odos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei” (DUDH, art. VII). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR, sigla em inglês) faz eco à proclamação da DUDH contra a discriminação, obrigando os Estados Partes a reconhecer os direitos nele garantidos sem distinção de qualquer natureza, incluindo as baseadas em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (art. 2(1)). O ICCPR também indica a igualdade de todas as pessoas perante a lei e

demanda que a lei proíba toda forma de discriminação e garanta a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra discriminações por qualquer que seja o motivo, incluindo os acima citados (ICCPR, art. 26). O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU), o órgão de monitoramento do ICCPR, determinou que a não discriminação, a igualdade perante a lei e a proteção igualitária são os princípios básicos da proteção dos direitos humanos (CDHNU, 1994b, para. 1).

Além disso, seguindo tal princípio, o Comitê (1994b, para. 1) observou que, em geral, os direitos garantidos pelo Pacto são aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade ou falta desta. De fato,

“a regra geral é que cada um desses direitos do Pacto deve ser garantido sem discriminação entre cidadãos e estrangeiros. Estrangeiros recebem o benefício da regra geral de não discriminação com respeito aos direitos garantidos no Pacto, como disposto em seu artigo 2. Esta garantia é aplicável da mesma forma a estrangeiros e cidadãos” (CDHNU, 1994a, para. 2, tradução livre).

Salvo poucas exceções, e incluindo a cláusula de não discriminação, os direitos previstos no Pacto são aplicáveis tanto a nacionais quanto a não nacionais (CHOLEWINSKI, 2000, p. 714-719). O Comitê notou que o Pacto permite que Estados façam distinções entre cidadãos e não cidadãos com respeito a direitos políticos expressamente concedidos aos cidadãos (como o voto) e à liberdade de circulação (isto é, os não cidadãos não têm um direito geral de entrar em um determinado país, mas, quando tenham permissão para fazê-lo, devem desfrutar dos demais direitos previstos pelo ICCPR) (ACNUDH, 2006, p. 8). O princípio geral de não discriminação também foi proclamado por outros documentos internacionais, dentre os quais se incluem a CDC (art. 2(1)) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ainda que esta convenção não disponha de uma disposição expressa que indique sua aplicação a não cidadãos.

Tratados regionais confirmam o princípio internacional básico de não discriminação. A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos garante o direito à igualdade perante a lei e à igual proteção da lei (art. 3), e a Carta Africana sobre os Direitos das Crianças proíbe a discriminação (art. 3). A Convenção Européia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estabelece que os direitos e liberdades garantidos na Convenção sejam assegurados sem discriminação de qualquer natureza, incluindo sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, associação com minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (art. 14).

As opiniões divergem quanto à aplicabilidade do amplo dispositivo de não discriminação do Artigo 2(2) do ICESCR a não nacionais. Ao criar igualdade substantiva, o Artigo 26 do ICCPR certamente dá alguns direitos socioeconômicos a não nacionais, e o Comitê de Direitos Humanos considerou discriminações não justificáveis contra não nacionais no que se refere ao direito à pensão uma ofensa a tal dispositivo (ACNUDH, 2006, p. 9). Não obstante, garante-se aos não cidadãos um núcleo mínimo de direitos econômicos e sociais de acordo com

a Convenção sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como discutido mais detalhadamente abaixo.

Ademais, deve-se observar que a distinção entre grupos não é em si própria proibida pelo dispositivo que prevê a não discriminação. De fato, algumas distinções entre grupos têm sido consideradas permitidas nos termos da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, se forem previstas em lei e estritamente proporcionais ao objetivo legítimo que se propõem a alcançar; e, conforme o ICCPR, se forem baseadas em critérios razoáveis e objetivos (CHOLEWINSKI, 2000, p. 714-19). O ACNUDH (2006, p. 7) observou ainda que, ao considerar a discriminação contra não cidadãos, deve-se levar em consideração o interesse do Estado em certos direitos, os diferentes tipos de não cidadãos e sua relação com o Estado e, finalmente, se a razão do Estado para tratar diferentemente cidadãos e não cidadão (ou mesmo entre os próprios não cidadãos) é legítima e proporcional. O ACNUDH também notou que

[t]oda pessoa deveria, em virtude de sua essencial condição humana, desfrutar de direitos humanos. Distinções excepcionais, como, por exemplo, entre cidadãos e não cidadãos, podem ser implementadas apenas se servirem a um objetivo legítimo do Estado e forem proporcionais ao alcance de tal objetivo. (ACNUDH, 2006, p. 5, tradução livre).

4.3 Não Discriminação em Saúde

Diversos órgãos internacionais e regionais, considerando o direito acima mencionado de desfrutar o nível mais elevado possível de saúde e o princípio da não discriminação, têm tratado especificamente da proibição da discriminação na concessão de serviços de saúde.

De acordo com o CNUDESC (2000), o órgão de monitoramento do ICESCR, os Estados devem garantir um conjunto mínimo de obrigações como parte do direito à saúde, o qual compreenderia: o acesso não discriminatório a postos de atendimento, em especial para grupos vulneráveis e marginalizados; o fornecimento de medicamentos essenciais; a garantia da distribuição equitativa de todos os serviços, bens e instalações de saúde; a adoção e a implementação de uma estratégia nacional de saúde pública e de um plano de ação com prazos e referenciais claros; e adoção de medidas de prevenção, tratamento e controle de doenças endêmicas e epidêmicas. Enquanto o Comitê comenta a natureza progressiva do direito à saúde, também indica que os Estados devem imediatamente adotar medidas para concretizá-lo e garantir seu exercício sem discriminação de qualquer natureza (CNUDESC, 2000, para. 30). O direito à saúde é, desta forma, fundamentalmente ligado ao direito à não discriminação. De fato, o Comitê declarou que

[O] Pacto proíbe qualquer discriminação no acesso aos cuidados de saúde, em virtude de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, deficiência mental ou física, situação de saúde (incluindo o HIV/AIDS), orientação sexual ou situação civil, política social ou

de qualquer outra natureza [...]. No que se refere ao direito à saúde, o acesso igualitário a serviços e cuidados de saúde foi enfatizado. Os Estados têm uma obrigação especial de fornecer para aqueles que não têm meios suficientes o seguro de saúde e os aparatos para tratamento necessários; e de evitar qualquer discriminação baseadas em razões internacionalmente proibidas na concessão de serviços e cuidados de saúde, em especial no que se refere às obrigações centrais relacionados ao direito à saúde [...]. (CNUDESC, 2000, paras. 18-19, tradução livre).

No que se refere especificamente aos migrantes, o Comitê observa que “os Estados têm a obrigação de respeitar o direito à saúde, *inter alia*, não negando ou limitando o acesso igualitário de toda pessoa a serviços de saúde preventivos, paliativos ou de cura” (2000, para. 34). Assim, a proibição da discriminação contra não cidadãos no recebimento de assistência da saúde e a recomendação para se eliminar a discriminação emergem das conclusões do Comitê.

Outros órgãos abordaram a obrigação de não discriminar não cidadãos na concessão de serviços de saúde essenciais. Embora os dispositivos anti-discriminação presentes na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em geral não sejam aplicáveis a não cidadãos, em 2004, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CNUEDR, o órgão de monitoramento do tratado) (2004, para. 2) lembrou os Estados de suas obrigações perante não cidadãos. O Comitê observou que nenhuma distinção permitida com base na cidadania deveria “diminuir, de forma alguma, a importância dos direitos e liberdades reconhecidos e enunciados, em especial, na DUDH e no ICCPR.” (2004, para. 2). Recordou, ainda, que, enquanto alguns direitos,

como o direito à participação em eleições, a votar e a se candidatar, podem ser restritos aos cidadãos, os direitos humanos, em princípio, devem ser desfrutados por todas as pessoas. Os Estados Partes têm a obrigação de garantir a igualdade entre cidadãos e não cidadãos no exercício desses direitos na medida estabelecida pelo Direito Internacional (CNUEDR, 2004, para. 3).

Para tanto, o Comitê solicitou que os Estados Partes adotem medidas, incluindo a remoção de impedimentos ao exercício de direitos econômicos, sociais e culturais por não cidadãos, em especial na área de educação, moradia, emprego e saúde (2004, para. 29), e as que garantiriam a observância pelos Estados Partes do direito dos não cidadãos a um nível adequado de saúde física e mental, evitando, *inter alia*, a recusa ou a limitação de seu acesso a serviços de saúde preventivos, de tratamento e paliativos (2004, para. 36).

O Comitê sobre os Direitos da Criança (CNUDC) abordou especificamente a relação entre HIV/AIDS e os direitos descritos na Convenção, determinando que o direito à não discriminação deveria ser uma das “diretrizes na consideração do HIV/AIDS em todos os níveis de prevenção, tratamento, cuidados e assistência” (2003, para. 5, tradução livre). O Comitê (2003, paras. 7/9) expressou sua preocupação com o papel que a discriminação desempenha no aumento da epidemia do HIV/

AIDS e na identificação das vítimas. Com relação aos serviços relacionados ao HIV, o Comitê demanda que

os Estados Partes devem garantir que os serviços são prestados na maior medida possível para toda criança que vive dentro de suas fronteiras sem discriminação e que eles levem suficientemente em consideração as diferenças em gênero, idade e contextos social, econômico, cultural e político no qual as crianças vivem. (CNUDC, 2003, para. 21, tradução livre).

Embora, de acordo com a convenção, os Estados tenham a obrigação de garantir o acesso igualitário e sem discriminação das crianças a tratamento e cuidados, inclusive os antiretrovirais, eles também devem dedicar atenção especial a fatores sociais que limitam tal acesso de toda criança a tratamento e assistência (CNUDC, 2003, para. 28).

Por meio da Declaração de Compromisso sobre HIV/AIDS de 2001, os governos se comprometeram a editar e aplicar a legislação que elimina a discriminação contra pessoas vivendo com HIV/AIDS e membros de grupos vulneráveis no acesso a serviços de saúde, inclusive o tratamento e a assistência para HIV/AIDS (para. 58). O ACNUDH observou ainda que

[O]s estados devem evitar padrões diferentes de tratamento para cidadãos e não cidadãos que possam levar ao exercício desigual de direitos econômicos, sociais e culturais. Os governos devem adotar medidas progressivas na medida dos recursos que lhes são disponíveis para proteger os direitos de toda pessoa a (independentemente de sua cidadania): seguridade social; adequado padrão de vida, o que inclui alimentação, vestuário e habitação adequados, bem como a melhora contínua das condições de vida; o usufruto do mais elevado nível de saúde física e mental possível; e educação. (ACNUDH, 2006, p. 25-26, tradução livre).

Além disso, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes, que entrou em vigor recentemente, garante expressamente os direitos dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias à assistência de saúde de emergência, prestando-lhe cuidados médicos “necessários para a preservação de sua vida ou evitar dano irreparável a sua saúde” na mesma base que em se faz para os nacionais, sem consideração da regularidade de sua situação (art. 28). Com relação a outros serviços de saúde, a Convenção garante que os trabalhadores migrantes devem ter um tratamento igual ao dos nacionais no acesso a serviços sociais e de saúde, se os requisitos para participação nestes programas forem preenchidos (art. 43(1)(6)).

5. Perspectivas futuras

O fornecimento de tratamento antiretroviral para migrantes requer um esforço baseado em dois eixos por parte dos Estados do Sul Global e entre os doadores e ONGs: eliminação da discriminação baseada na nacionalidade na concessão do tratamento antiretroviral; e criação de mecanismos transfronteiriços de tratamento que levem em consideração as condições dos migrantes.

5.1 *Discriminação baseada na Cidadania na Concessão de Tratamento Antiretroviral*

Como acima observado, o CNUDESC reconheceu a obrigação dos Estados Partes de conceder um núcleo mínimo de direitos, dentre os quais estariam incluídos o acesso não discriminatório a postos de atendimento de saúde, em especial para grupos vulneráveis e marginalizados, o fornecimento de medicamentos essenciais, a garantia da distribuição equitativa de instalações, bens e serviços de saúde; a adoção e a implementação de um plano nacional de saúde pública e de um plano de ação com referenciais claros e prazos definidos; e a adoção de medidas para prevenir, tratar e controlar doenças epidêmicas e endêmicas (CNUDESC, 2000). Ademais, de acordo com o Comitê, os estados têm a obrigação imediata de eliminar a discriminação no acesso ao serviço de saúde e adotar medidas concretas para a plena concretização do direito à saúde.

A obrigação fundamental de prestar assistência à saúde, expressamente indicada pelo Comitê, compreende o acesso aos medicamentos do tratamento antiretroviral inclusos na Lista de Medicamentos Essenciais da OMS⁵. Algumas fontes defendem que os medicamentos essenciais, enquanto parte do núcleo mínimo do direito à saúde, estão sujeitos à concretização imediata em vez da progressiva. O Relator Especial das Nações Unidas para o Direito de Toda Pessoa a Desfrutar o Mais Elevado Nível Possível de Saúde Física e Mental observou que o acesso a medicamentos essenciais é parte “fundamental” do direito à saúde (HUNT, 2006, p. 10-11). Os Estados têm o dever de disponibilizar medicamentos existentes em seu território e garantir que eles sejam acessíveis, ou seja, que estejam presentes em todo o território, sejam economicamente viáveis para todos e disponíveis sem nenhum tipo proibido de discriminação, bem como as informações sobre tais medicamentos devem ser disponibilizadas para pacientes e profissionais da saúde. Os Estados também devem garantir que eles sejam culturalmente aceitáveis (HUNT, 2006, p. 13). De fato, conforme o Relator Especial,

os Estados têm a obrigação imediata de impedir a discriminação e também de disponibilizar alguns medicamentos (conhecidos como “medicamentos essenciais”) ao longo de toda sua jurisdição. Essas obrigações fundamentais de efeito imediato não estão sujeitas à concretização gradual. (HUNT, 2006, p. 14, tradução livre).

Assim,

em resumo, o direito à saúde compreende acesso a medicamentos essenciais e não essenciais. Ao passo que os Estados podem concretizar gradualmente o acesso a medicamentos não essenciais, tem a obrigação fundamental e de efeito imediato de disponibilizar medicamentos essenciais ao longo de toda sua jurisdição. (HUNT, 2006, p. 15, tradução livre).

Os governos nacionais, como os da África do Sul e da Tailândia, precisam disponibilizar tratamento antiretroviral essencial igualmente para não cidadãos e

cidadãos, de forma a honrar seu compromisso de não discriminação nos serviços básicos de saúde, o qual abrange medicamentos essenciais. Estes tratamentos devem ser fornecidos nos mesmos termos e sem discriminação com base em cidadania ou status de residência. Encontra-se compreendido na obrigação dos Estados de oferecer tratamento antiretroviral gratuito ou a baixo custo sem distinção com base em cidadania o dever de oferecer tratamento antiretroviral para evitar a transmissão de mãe para filho para migrantes HIV positivo grávidas.

Além disso, a posição dos doadores internacionais enquanto fonte dos financiamentos dos programas de tratamento antiretroviral os coloca numa posição privilegiada para influenciar as políticas estatais na distribuição de medicamentos financiados. Doadores internacionais deveriam influenciar os formadores das políticas nacionais, de forma a garantir que os critérios nacionais de elegibilidade não sejam discriminatórios e que as contribuições do doador não sejam utilizadas de maneira discriminatória. Eles também deveriam condicionar o financiamento de antiretrovirais para a população geral à disponibilização igualitária de tais medicamentos entre cidadãos e não cidadãos, inclusive aqueles que estão em situação irregular e em situação não documentada. O financiamento adequado de tratamento antiretroviral para não cidadãos é essencial também para o sucesso de qualquer política oficial de acesso.

5.2 Mecanismos Transfronteiriços e que Levam em Consideração as Necessidades Específicas dos Migrantes

Os migrantes, em especial os em trânsito e a curto prazo, demandam atenção especial dos governos nacionais e da comunidade internacional na criação de mecanismos que possibilitem a continuidade do tratamento. Indivíduos que se deslocam frequentemente e precisam de tratamento antiretroviral enfrentam diversos desafios, como observado acima. Os sistemas transfronteiriços de tratamento de tuberculose desenvolvidos entre México e EUA constituem um exemplo de como disponibilizar tratamento para indivíduos que costumam se deslocar (HARLOW, 1999, p. 1581). No que se refere ao HIV, Estados vizinhos poderiam trabalhar juntos para padronizar passaportes de saúde ou cartões de informação utilizáveis pelos indivíduos nos dois lados da fronteira, de forma a tornar a informação consistente e as autoridades de saúde de diversas localidades sejam capazes de reconhecer as informações do paciente relativas sua situação, estágio do tratamento e próximos passos. Em seguida, os Estados poderiam discutir com vizinhos com os quais compartilham rotas de migração protocolos de tratamento recomendados, de forma a padronizá-los e garantir que os pacientes possam ir de uma clínica em um lado da fronteira para outra do outro sem problemas. Ademais, ainda que difícil, os Estados poderiam considerar a possibilidade de trabalhar juntos para elaborar um registro ou uma base de dados estatística para coletar informações sobre os pacientes em formato acessível e confidencial. Além disso, as clínicas junto a rotas fronteiriças poderiam oferecer tradutores com domínio das línguas faladas pelos migrantes da área.

Organizações internacionais e doadores poderiam auxiliar os Estados na criação de cada elemento do programa de tratamento transfronteiriço. A UNAIDS demandou

um “protocolo regional para a padronização do tratamento de HIV, bem como um sistema regional e os meios para garantir tal tratamento a indivíduo[s] afetado[s].” (2008a, p. 6, tradução livre). Junto com governos estatais, organizações internacionais e doadores podem ter um papel importante na garantia de que os passaportes de saúde, os protocolos de tratamento e as diretrizes de tratamento antiretroviral já implementadas por governos sejam ajustadas de forma a ser uniformizadas na região transfronteiriça. Tais atores podem também ter um papel crucial no estabelecimento de um registro ou base de dados internacional para coleta de informações confidenciais sobre os pacientes em formato acessível.

Além disso, fontes internacionais poderiam instrumentalizar a contratação de tradutores para clínicas para auxiliar o aconselhamento de migrantes, oferecer transporte dos campos de migrantes para as clínicas e dar assistência alimentar ou outros suplementos para os regimes de tratamento antiretroviral, de forma a melhorar a saúde dos migrantes. Dar informações no formato mais acessível aos migrantes (seja por meio de uma linha direta, panfletos ou aconselhamento oral) em localidades próximas a rotas comuns de migrantes e no destino seguinte destes pode auxiliá-los a ter acesso a estes serviços. A UNAIDS (2008a, p. 6) também recomendou o desenvolvimento de centros de recepção em cada país com informações para migrantes e serviços, incluindo a indicação de serviços de saúde.

6. Conclusão

A UNAIDS clamou por medidas para garantir que os

[p]aíses de origem, trânsito e destino tenham programas conjuntos/tripartite de acesso à saúde em andamento para atender todos os pontos e momentos possíveis do continuum do deslocamento de trabalhadores migrantes/cidadãos, inclusos o momento anterior à partida, a própria migração, o período inicial de adaptação, a adaptação bem-sucedida, a migração de volta e a reintegração na comunidade original. (UNAIDS; OIM, 2001, p. v/39, tradução livre).

Os direitos aos cuidados da saúde e à igualdade e não discriminação criam um compromisso dos Estados de oferecer um conjunto básico de serviços de saúde nos mesmos termos que o fazem a seus cidadãos, até mesmo para aqueles em situação irregular. Esta afirmação de melhores práticas e os requisitos do Direito Internacional, no entanto, não têm sido observados na prática. Como resultado, milhões de indivíduos não têm acesso ao tratamento de HIV de que necessitam e sofrem o risco de ter complicações desnecessárias e morte prematura.

Tanto os benefícios de permitir que migrantes tenham logo acesso ao tratamento e obtenham medicação para doenças tratáveis quanto às consequências de não dar este tratamento são consideráveis. Estudos têm demonstrado que imigrantes tendem a ter um estado de saúde melhor do que os locais quando de sua chegada (McDONALD; KENNEDY, 2004, p. 1613-1627). No entanto, a falta de uma situação legal, o medo da identificação e as restrições legais ao tratamento levam à subutilização dos serviços de saúde e atrasos na busca de ajuda. Este artigo sugere um modo de se aumentar

o acesso de não cidadãos a tratamento antiretroviral em países do Sul Global, incluindo tanto migrantes a longo prazo quanto a curto prazo e refugiados. Apenas com esforços globais coordenados da parte dos Estados, organizações internacionais e doadores; o direito dos migrantes a cuidados com sua saúde, em especial, tratamento antiretroviral, será integralmente concretizado. Ações programáticas e legislativas para eliminar a discriminação com base na cidadania e a melhora do acesso de migrantes a tratamento antiretroviral é decorrente não apenas de considerações de saúde pública, mas também e imediatamente do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa, 4 Dez. 1996. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>>. Último acesso em: 29 jan. 2008.
- . Revenue Directive by Department of Health to all Provincial Health Managers and HIV/AIDS Directorates, 19 set. 2007.
- . Parliament. Background Research Report Compiled by the Research Unit for the Task Team of Members of Parliament Probing Violence and Attacks on Foreign Nationals. [2008?]. Disponível em: <http://www.parliament.gov.za/content/BACKGROUND_RESEARCH_REPORT.pdf>. Último acesso em: 12 jan. 2008.
- AIDS LAW PROJECT (ALP) et al. Vulnerable Groups: Refugees, Asylum Seekers, and Undocumented Persons - the Health Situation of Vulnerable Groups in South Africa. 4 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.pmg.org.za/files/docs/080326sanac.pdf>>. Último acesso em: 29 jan. 2008.
- BANATI, P. Risk Amplification: HIV in Migrant Communities. *Development Southern Africa*, v. 24, n. 1, p. 205-223, 2007.
- BANDYOPADHYAY, M.; THOMAS, J. Women Migrant Workers' Vulnerability to HIV Infection in Hong Kong. *AIDS Care*, v. 14, n. 4, p. 509-521, 2002.
- BROCKERHOFF, M.; BIDDLECOM, A. E. Migration, Sexual Behavior and the Risk of HIV in Kenya. *The International Migration Review*, v. 33, n. 128, p. 833-856, 1999.
- BURNS, E.; FENTON, K. A. Access to HIV Care Among Migrant Africans in Britain. What Are the Issues? *Psychlogy, Health & Medicine*, v. 11, n. 1, p. 117-125, 2006.
- CHOLEWINSKI, R. Economic and Social Rights of Refugees and Asylum Seekers in Europe. *Georgetown Immigration Law Journal*, v. 14, p. 709-755, 2000.
- CONSELHO EUROPEU. Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. 4 nov. 1950. [213 U.N.T.S. 222].
- CONSORTIUM FOR REFUGEES AND MIGRANTS IN SOUTH AFRICA [CORMSA]. Protecting Refugees, Asylum Seekers, and Immigrants in South Africa. 2008. Disponível em: <<http://www.cormsa.org.za/wp-content/uploads/2008/06/cormsa08-final.pdf>>. Último acesso em: 7 Dec. 2008.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). The United States President's Emergency Plan for AIDS Relief: Countries. [200-]. Disponível em: <<https://www.pepfar.gov/countries/index.htm>>. Último acesso em: 21 Jan. 2009.
- FEDERATION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME [FIDH]. Surplus People? Undocumented and Other Vulnerable Migrants in South Africa. 2008. Disponível em: <<http://www.fidh.org/spip.php?article5166>>. Último acesso em: 7 dez. 2008.
- FORD, K.; CHAMRATHRITHIRONG, A. Sexual Partners and Condom Use of Migrant Workers in Thailand. *AIDS and Behavior*, v. 11, n. 6, p. 905-914, 2007.
- GARRET, L. The Challenge of Global Health. *Foreign Affairs*, New York, v. 86, n. 1, 2007.
- HARLOW, T. Notes from the Field: TB Net Tracking Network Provides Continuity of Care for Mobile TB Patients. *American Journal of Public Health*, v. 89, n. 10, p. 1581- 1582, 1999.
- HEALTH PROTECTION AGENCY. Migrant Health: Infectious Diseases in Non-UK Born Populations in England, Wales, and Northern Ireland: A Baseline Report - 2006. Londres. 2006. Disponível em: <http://www.hpa.org.uk/web/HPAwebFile/HPAweb_C/1201767922096>. Último acesso em: 7 dez. 2008.
- HERNÁNDEZ-ROSETE, D. et al. Migration and Ruralization of AIDS. *Rev. Saúde Pública*, v. 42, n. 1, p. 131-138, 2008.
- HUMAN RIGHTS WATCH [HRW]. No Bright Future: Government Failures, Human Rights Abuses and Squandered Progress in the Fight against AIDS in Zimbabwe, v. 18, n. 5(A), 2006. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/zimbabwe0706webwcover.pdf>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- . Deadly Denial: Barriers to HIV/AIDS Treatment for People Who Use Drugs in Thailand, v. 19, n. 17(C), 2007. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/thailand1107.pdf>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- . Neighbors in Need: Zimbabweans Seeking Refuge in South Africa. 2008. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/southafrica0608_1.pdf>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- . Access to Antiretroviral Therapy for Migrant Populations. 2009. [no prelo].
- HUNT, Paul. Report of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Health. U.N. Doc. A/61/338. 13 set. 2006.
- IRIN PLUSNEWS. Thailand: Burmese Migrants Excluded from AIDS Treatment. 15 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=64389>>. Último acesso em: 8 dez. 2008.
- . South Africa-Zimbabwe: No Documents? No Treatment. 28 Mar. 2008a. Disponível em: <<http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=77493>>. Último acesso em: 7 dez. 2008.
- . West Africa: A Life-Changing Highway. 17 set. 2008b. Disponível em: <<http://www.plusnews.org/Report.aspx?ReportId=80439>>. Último acesso em: 7 dez. 2008.
- JACOBSEN, K. Migration within Africa: The View from South Africa. *The Fletcher Forum of World Affairs Journal*, v. 31, p. 203-212, 2007.

JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS (UNAIDS).

- Population Mobility and AIDS: UNAIDS Technical Update. UNAIDS Best Practice Collection, Genebra, Fev. 2001. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC513-PopMob-TU_en.pdf>. Último acesso em: 7 dez.
- _____. IOM. Migrants' Right to Health. UNAIDS Best Practice Collection, Genebra, Mar. 2001. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/jc519-migrantsrighttohealth_en.pdf>. Último acesso em: 7 dez. 200
- _____. Report on the Global AIDS Epidemic. 2008a. Disponível em: <<http://www.unaids.org/en/KnowledgeCentre/HIVData/GlobalReport/2008/default.asp>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- _____. RST-ESA Position Paper: HIV in the Context of Zimbabwean Migrant Populations. 28 jul. 2008b.
- McDONALD, J. T.; KENNEDY, S. Insights into the 'Healthy Immigrant Effect': Health Status and Health Service Use of Immigrants to Canada. *Social Science & Medicine*, v. 59, n. 8, p. 1613-1627, 2004.
- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES. Migrant Workers Deserve Better Access to Health Care. Sai Wan. 17 dez. 2007. Disponível em: <http://www.msf.org.hk/public/contents/news?ha=&wc=0&hb=&hc=&revision_id=28029&item_id=26843>. Último acesso em: 8 dez. 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Declaração Universal de Direitos Humanos. G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at 71. 10 dez. 1948.
- _____. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. U.N. Doc. 189 U.N.T.S. 150. 28 jul. 1951.
- _____. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. G.A. Res. 2106 (XX), anexo, 20 U.N. GAOR Supp. (No. 14) at 47, U.N. Doc. A/6014, 1966. 21 dez. 1965. [660 U.N.T.S. 195].
- _____. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316, 1966. 16 dez. 1966a. [999 U.N.T.S. 171].
- _____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316, 1966. 16 dez. 1966b. [993 U.N.T.S. 3].
- _____. Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados. U.N. Doc. 606 U.N.T.S. 267. 16 dez. 1966c.
- _____. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 1979.
- _____. Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC). G.A. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49, 1989. 20 nov. 1989.
- _____. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias. G.A. Res. 45/158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at 262, U.N. Doc. A/45/49, 1990. 18 dez. 1990.
- _____. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS [CDHNU]. General Comment 15: The Position of Aliens Under the Covenant. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, twenty-seventh session. 1994a.

- _____. _____. General Comment 18: Non-discrimination. UN Doc. HRI\GEN\1\ Rev.1, thirty-seventh session. 1994b.
- _____. COMITÊ SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS [CNUDESC]. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health: Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/2000/4. 2000.
- _____. Declaração de Compromisso das Nações Unidas sobre HIV/AIDS. G.A. Res. S-26/2, U.N. Doc. A/RES/S-26/2. 2 ago. 2001.
- _____. COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA [CNUDC]. General Comment No. 3: HIV/AIDS and the Rights of the Children. 2003. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.3.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.3.En?OpenDocument)>. Último acesso em: 8 dez. 2008.
- _____. COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL [CNUERD]. General Recommendation No. 30: Discrimination Against Non Citizens. 2004. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument>>. Último acesso em: 8 dez. 2008.
- _____. Declaração Política das Nações Unidas sobre HIV/AIDS., G.A. Res. 60/262, U.N. Doc. A/RES/60/262. 15 jun. 2006. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/Report/2006/20060615_HLM_PoliticalDeclaration_ARES60262_en.pdf>. Último acesso em: 29 jan. 2009.
- _____. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A/RES/61/106. 13 dez. 2006.
- _____. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. [ACNUDH]. The Rights of Non-Citizens. Nova Iork and Genebra: 2006. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/noncitizensen.pdf>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- _____.; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN [UN-INSTRAW]; SOUTH AFRICAN INSTITUTE OF INTERNATIONAL AFFAIRS [SAIIA]. Gender, Remittances and Development: Preliminary Findings from Selected SADC Countries. 2007. Disponível em: <<http://www.un-instraw.org/en/downloads/final-reports/index.php>>. Último acesso em: 7 Dec. 2008.
- _____.; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE [OMS]. The Right to Health: Fact Sheet No. 31. Geneva: 2008. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- _____. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. UNHCR's Strategic Plan for HIV and AIDS: 2008-2012. 1 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/488495642.pdf>>. Último acesso em: 7 Dec. 2008.
- ORGANIZAÇÃO DA UNIÃO AFRICANA. Carta Africana (Banjul) de Direitos Humanos e dos Povos. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5. 27 jun. 1981. [I.L.M., v. 21, p. 58, 1982].
- _____. Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança. OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49. 1990.

- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO (OIM); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS [UNAIDS]. Policy Brief: HIV and International Labor Migration. 2008. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/jc1513a_policybrief_en.pdf>. Último acesso em: 14 Jul. 2009.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO [OIM]. About Migration. [200-]. Disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/en/pid/3>>. Último acesso em: 7 Dez. 2008.
- . [2007?]. Incorporating Migrant Populations in Thailand's National Census 2010. Disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/facilitating-migration/migrant-integration/pid/2025>>. Último acesso em: 12 jan. 2008.
- PALITZA, K. South Africa: Refugees Denied Access to Health Care. Inter-Press Service, Durban, 1 jul. 2008. Disponível em: <<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=43029>>. Último acesso em: 14 jul. 2009.
- PHYSICIANS FOR HUMAN RIGHTS. No Status: Migration, Trafficking & Exploitation of Women in Thailand. Boston: 2004. Disponível em: <<http://physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/report-2004-july-nostatus.pdf>>. Último acesso em: 8 dez. 2008.
- SAETHER, S. T. et al. Migrants' Access to Antiretroviral Therapy in Thailand. *Tropical Medicine and International Health*, v. 12, n. 8, p. 999-1008, 2007.
- SMART, T. Migrants with MDR-TB in Southern Africa Being Dumped Off at Borders Without Referrals to Care. *Aidsmap*, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.aidsmap.com/en/news/F776AAFE-AB53-42B7-81BA-85C3E6426171.asp>>. Último acesso em: 7 Dec. 2008.
- SOUTEYRAND, Y.P. Free Care at Point of Service Delivery: A Key Component for Reaching Universal Access to HIV/AIDS Treatment in Developing Countries. *AIDS*, v. 22 Suppl. 1, p. S161-168, 2008.
- STOVER, E. et al. The Gathering Storm: Infectious Diseases and Human Rights in Burma. 2007. Disponível em: <http://www.soros.org/initiatives/bpsai/articles_publications/publications/storm_20070628>. Último acesso em: 14 Jul. 2009.
- VEAREY, J. Q & A: Denying Antiretrovirals to Migrants Hurts Us All. Inter-Press Service, Johannesburg, 15 Jul. 2008a. Disponível em: <<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=43191>>. Último acesso em: 14 Jul. 2009.
- . The Right to Health: Assessing Non-Citizen Access to Antiretroviral Treatment in Inner-City Johannesburg. *AAAO Newsletter*, 29 Maio 2008b.
- WALDMAN, A. On India's Roads, Cargo and a Deadly Passenger, *New York Times*, Nova Iork, 6 Dec. 2005.
- WELZ, T. et al. Continued Very High Prevalence of HIV Infection in Rural KwaZulu-Natal, South Africa: A Population-Based Longitudinal Study. *AIDS*, v. 21, n. 11, p. 1467-1472, 2007.
- WOLFFERS, F.; VERGHIS, S.; MARIN, M. Migration, Human Rights, and Health. *The Lancet*, v. 362, p. 2019-2020, 2003.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION [WHO]. International Migration, Health & Human Rights. Health & Human Rights Publication Series, n. 4, Dez. 2003.

Disponível em: <<http://www.who.int/hhr/activities/en/FINAL-Migrants-English-June04.pdf>>. Último acesso em: 7 dez. 2008.

———. WHO Model List of Essential Medicines: 15th List. March 2007. Disponível em: <http://www.who.int/medicines/publications/08_ENGLISH_indexFINAL_EML15.pdf>. Access on 8 dez. 2008.

———. Sixty-First World Health Assembly. Health of Migrants: Agenda Item 11.9. 24 maio de 2008.

YANG, F. Life and Death Away from the Golden Land: The Plight of Burmese Migrant Workers in Thailand. *University of Hawaii Asian-Pacific Law & Policy Journal*, v. 8, p. 485-535, 2007.

NOTAS

1. Deve se atentar, no entanto, para o fato de que não há uma definição consensuada internacionalmente de “migrante” (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS [UNAIDS]; International Organization for Migration [IOM], 2001, p. 1).

2. De fato, o acesso gratuito ao tratamento de HIV/AIDS no local de prestação do serviço foi considerado pela OMS como parte integrante do acesso universal (SOUTEYRAND; et al, 2008).

3. Para uma discussão das barreiras que os usuários de drogas enfrentam na Tailândia para ter acesso ao exame, ao cuidado e ao tratamento do HIV, v. HRW (2007).

4. De acordo com o Direito Internacional, os Estados têm o direito de controlar suas fronteiras e decidir quem aceitar ou deportar, seguindo procedimentos

adequados e observando princípios de não discriminação, proibição do tratamento inumano, respeito à vida familiar e outros direitos humanos e proteções do direito dos refugiados (CDHNU, 1994a, para. 5). O direito dos não cidadãos à não discriminação em direitos fundamentais discutidos nestes documento (como aqueles relacionados à saúde) não interferem no direito básico reconhecido por outras fontes do Direito Internacional que uma nação tem de controlar suas fronteiras.

5. A lista de medicamentos essenciais da OMS (2007) inclui os antiretrovirais como medicamentos essenciais para o tratamento e a prevenção do HIV em três classes (inibidores nucleosídeos/nucleotídeos da transcriptase reversa; inibidores não nucleosídeos da transcriptase reversa; e inibidores de proteases).

ABSTRACT

While international human rights law establishes the right to health and non-discrimination, few countries have realized their obligations to provide HIV treatment to non-citizens—including refugees, long-term migrants with irregular status, and short-term migrants. Two countries, South Africa and Thailand, provide useful illustrations of how government policies and practices discriminate against non-citizens and deny them care. In South Africa, although individuals with irregular status are afforded a right to free health care including antiretroviral therapy (ART), non-South African citizens are frequently denied ART at public health care institutions. In Thailand, even among registered migrants, only pregnant women are entitled to ART. In order to meet international human rights law—which requires the provision of a core minimum of health services without discrimination—states in the Global South and worldwide must make essential ART drugs available and accessible to migrants on the same terms as citizens.

KEYWORDS

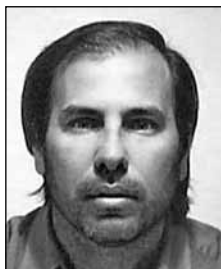
Migrant – HIV/AIDS. Antiretroviral therapy – Human rights – Right to health.

RESUMEN

Mientras que el derecho internacional de los derechos humanos establece el derecho a la salud y a la no discriminación, pocos países dan cumplimiento con sus obligaciones de proporcionar tratamiento contra el VIH a los no ciudadanos, incluyendo a los refugiados, los migrantes permanentes en situación irregular y migrantes temporarios. Dos países, Sudáfrica y Tailandia, dan ejemplos útiles de cómo las políticas públicas y sus prácticas discriminan a los no ciudadanos y se les niega atención médica. Aunque en Sudáfrica los individuos con estatus migratorio irregular gozan del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, incluyendo el tratamiento antirretroviral (TAR), a los no ciudadanos sudafricanos se les niega frecuentemente el TAR en las instituciones de salud pública. En Tailandia, incluso entre los migrantes regulares, sólo las mujeres embarazadas tienen derecho al TAR. A fin de cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos -que requieren de la provisión de un mínimo básico de servicios de salud sin discriminación- los estados en el sur global y en todo el mundo deben garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos esenciales para el TAR para los migrantes en las mismas condiciones que para los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE

Migrantes – VIH/SIDA – Terapia antirretroviral – Derechos humanos – Derecho a la salud.



PAPLO CERIANI CERNADAS

Advogado (Universidade de Buenos Aires). Doutorando em Direitos Fundamentais, Universidade de Valência. Especialista Jurídico sobre Migrações Internacionais e Pessoas em Movimento Transnacional (Universidade Européia de Madrid). Professor do Mestrado em Direitos Humanos, Universidade Nacional de Lanús (UNLa). Pesquisador do Centro de Direitos Humanos (UNLa), onde coordena estudo sobre infância, migração e direitos humanos, financiado pela UNICEF. Desde 2000 integra o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), que representa

no Comitê Diretor do *Migrants Rights International* (MRI) e onde foi Diretor do Programa de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Coordenador da Clínica Jurídica de Direitos de Imigrantes e Refugiados (CELS-CAREF-UBA). Consultor em migrações e direitos humanos do Programa para as Américas da Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH). Integrante do Instituto de Direitos Humanos, Universidade de Valência, e do Observatório do Sistema Penal e dos Direitos Humanos, Universidade de Barcelona. Integrante do Instituto Universitário de Direitos Humanos, Universidade de Valência, e do Observatório do Sistema Penal e dos Direitos Humanos, Universidade de Barcelona. Coordenador legal do projeto *Justice Without Borders* (2009-2010), financiado pela Open Society Initiative for West África (OSIWA), sobre direitos humanos e acesso à justiça em casos de deportação de migrantes africanos de território europeu. Tem escrito diversos trabalhos e ministrado inúmeros seminários e cursos sobre direitos humanos, majoritariamente sobre direitos de migrantes. Co-editor (junto com Ricardo Fava) do livro *“Políticas Migratorias y Derechos Humanos”*, Universidade Nacional de Lanús, Província de Buenos Aires, 2009.

E-mail: pablo.ceriani@uv.es; pceriani@unla.edu.ar

RESUMO

Os instrumentos normativos adotados pela União Européia (UE) para garantir a livre circulação entre os territórios de seus Estados-membros estão estreitamente ligados ao controle de suas fronteiras nacionais. Nos últimos dez anos foram criados diversos mecanismos para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para a comunidade européia, cujo modelo migratório caracteriza-se por sua visão instrumental que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão-de-obra que seu mercado de trabalho necessita. A partir disso, derivam-se normas que reconhecem direitos conforme a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Nesse contexto, o artigo analisará, com um enfoque de direitos humanos, o que se supõe ser um “avanço” radical do processo de exteriorização, do ponto de vista físico, simbólico, político e também jurídico: as operações criadas para impedir a migração de pessoas em “cayucos” ou “pateras” para a Europa a partir das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal e Mauritânia.

Este trabalho, de janeiro de 2009, é uma versão atualizada da pesquisa de doutorado do mesmo autor (inédito).

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: janeiro de 2009. Aprovado em: junho de 2009

PALAVRAS-CHAVE

Controle Migratório – União Européia – Direitos Humanos – Extraterritorialidade – África.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

CONTROLE MIGRATÓRIO EUROPEU EM TERRITÓRIO AFRICANO: A OMISSÃO DO CARÁTER EXTRATERRITORIAL DAS OBRIGAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Pablo Ceriani Cernadas

1. Introdução

Os Acordos de Schengen e outros instrumentos normativos adotados pela União Européia (UE) para garantir a livre circulação no território de seus Estados-membros estão estreitamente ligados à outra face desse processo: o controle das fronteiras exteriores. Nos últimos dez anos vêm sendo criados diversos mecanismos voltados para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para o território dos países da comunidade européia. As normas comuns relativas à obtenção de visto, a responsabilidade dos transportadores e as operações conjuntas de retorno de migrantes (UE. - CONSELHO EUROPEU, Regulamento nº. 574/1999; Diretriz nº. 51/2001 e Decisão 573/2004a), ou os sistemas de informação e vigilância nas fronteiras (Sistema de Informação Schengen – SIS e a Agência Européia para a Gestão e Cooperação Operativa nas Fronteiras Exteriores - FRONTEX¹) são alguns desses dispositivos. Entre as prioridades fixadas pelo Programa de Haia para o quinquênio 2005-2010, foi incluído o reforço da política de controle fronteiriço e a chamada “luta contra a imigração ilegal”².

Junto com as lógicas de controle, segurança e medo (GIL ARAUJO, 2002; SOLANES, 2005), o modelo da UE para a questão migratória também se caracteriza por uma visão instrumental: uma óptica unilateral e limitada que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão de obra que o mercado de trabalho necessita (DE LUCAS, 2002, p. 32). A partir disso se derivam normas que diferenciam direitos segundo a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Essa desigualdade supõe uma exclusão de tal magnitude que foi associada a uma lógica de apartheid (BALIBAR, 2003, p. 191-192). A diretriz sobre reagrupação

Ver as notas deste texto a partir da página 212.

familiar é um fiel exemplo dessa desigualdade de direitos, ao limitar – fixando dois pesos e duas medidas – o direito à vida familiar de imigrantes de fora da UE (UE. CONSELHO EUROPEU, Diretriz nº. 86/2003)³. Mais recentemente, a diretriz de retorno de pessoas em situação migratória irregular (UE. PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO EUROPEU, Diretriz nº. 115/2008) supõe um claro retrocesso nos padrões de direitos humanos, particularmente no que se refere à expulsão do país, à privação de liberdade, à detenção de crianças e às garantias de devido processo (DE LUCAS, 2009).

Aos mecanismos de vigilância, de obtenção de visto e à agência FRONTEX, acrescentaram-se novos instrumentos para aumentar a eficácia do controle migratório: acordos bilaterais de readmissão firmados pela Espanha e Itália com países africanos; iniciativas euroafricanas sobre migração e desenvolvimento; a política europeia de vizinhança (PEV); o sistema de identificação digital EURODAC; o reforço de barreiras fronteiriças terrestres (Ceuta e Melilla); desde 2007, as ações da European Patrol Network (EPN) no Mediterrâneo e no Atlântico; a criação das Equipes de Intervenção Rápida nas Fronteiras (RABIT); e etc.⁴. Alguns desses programas foram moldando o processo de externalização do controle migratório⁵.

Neste contexto, o presente trabalho analisará, com enfoque nos direitos humanos, o que se supõem ser um “avanço” radical desse processo de externalização, tanto do ponto de vista físico, como simbólico, político e também jurídico. Referimo-nos às operações criadas para impedir a migração de pessoas em “cayucos” ou “pateras” das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal ou Mauritânia, para a Europa⁶. As ações consistem em interceptar as embarcações e “devolver” as pessoas que viajam nesses frágeis barcos ao lugar de onde saíram ou para outro país que os admita, segundo acordos existentes com as autoridades europeias⁷. Dos múltiplos planos nos quais essas iniciativas interferem, aqui nos interessa especialmente suas implicações jurídicas, concretamente em relação aos direitos das pessoas que se trasladam nessas embarcações e as obrigações dos Estados que intervêm nessas ações.

Nesse sentido, é necessário identificar os motivos pelos quais as autoridades europeias que elaboram e executam essas operações devam assumir a responsabilidade que todo Estado tem com relação a qualquer pessoa “sob sua jurisdição”, dever que excede o marco territorial de um país. Ou seja, a aplicação extraterritorial das obrigações de direitos humanos. Em seguida, examinaremos quais são os direitos que estão em jogo – em risco – com estas medidas de interceptação e devolução em território africano. O direito à vida, à integridade física, ao asilo, à liberdade de circulação, assim como as garantias do devido processo, não estão sendo devidamente consideradas durante essas operações. Nas reflexões finais abordaremos como esses mecanismos de controle supõem um novo desafio para um debate postergado: o alcance e o significado do direito à livre circulação, o qual contemplaria tanto o direito a sair do país (de origem) como o direito a entrar em outro.

2. Conceito de “pessoas sob a jurisdição” de um Estado

Antes de entrar na análise dos direitos em jogo nessas operações de controle migratório, é oportuno fazer alguns comentários sobre um princípio jurídico: a noção

da “jurisdição” estatal nos tratados internacionais de direitos humanos. Como é sabido, as obrigações assumidas pelos Estados nesses tratados devem ser asseguradas a todas as pessoas que se encontram “sob sua jurisdição”.

A esse respeito, é preciso destacar em primeiro lugar que o termo “jurisdição” não tem o mesmo significado que “território” de um Estado. Por isso, as obrigações de direitos humanos não se referem unicamente às ações que realizadas dentro de seu território, mas alude à responsabilidade do Estado pela violação dos direitos de uma pessoa mediante qualquer conduta que seus agentes efetuem no exercício de suas funções, sem prejuízo do lugar onde isso ocorra. Nesse sentido, a extinta Comissão Européia de Direitos Humanos declarou que o dever de assegurar os direitos humanos contidos na Convenção Européia a todas as pessoas dentro da jurisdição do Estado não está limitado ao território do Estado-membro, mas estende-se a todas as pessoas sob sua autoridade e responsabilidade, tanto se a autoridade é exercida dentro do território quanto fora dele. Por este motivo, os agentes autorizados não somente permanecem sob sua jurisdição quando prestam funções no exterior, mas aplicam essa jurisdição a toda pessoa sobre a qual exercem sua autoridade. Se seus atos ou omissões afetam os direitos dessas pessoas, então pode ver-se comprometida a responsabilidade do Estado⁸.

Seguindo este mesmo critério, para a Comissão de Direitos Humanos da ONU, atual Conselho de Direitos Humanos (ONU-CDH), o conceito “indivíduos sujeitos à sua jurisdição” não se refere ao lugar onde ocorre a violação dos direitos, mas à relação entre a pessoa e o Estado, também responsável pelas violações de direitos cometidas por seus agentes no território de outro Estado, seja com a aquiescência deste ou não. Para o CDH, de acordo com o artigo 5.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), nenhum dos elementos do Pacto pode ser entendido no sentido de permitir que um Estado cometa no território de outro violações de direitos proibidas em seu próprio solo (ONU-CDH, 1981, §12.2, 12.3). A uma conclusão similar chegou a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU-CDESC; 2003, §31) e o Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁹. A partir desse padrão, se evidencia que o nexo que a jurisdição do Estado estabelece (em matéria de direitos humanos) não é o território, mas a relação entre um indivíduo e os representantes deste Estado (GIL-BAZO, 2006, p. 593-595). O conceito de “jurisdição” ressalta o controle efetivo que uma autoridade estatal tem sobre uma pessoa, sem prejuízo de estar ou não situada dentro do território de seu Estado (ONU-CDH, 2004a, § 10; DE SCHUTTER, 2005, p. 10; RIJPM; CREMONA, 2007, p. 17).

Ao aplicar estes padrões ao caso em questão, não há dúvidas sobre o controle que os representantes europeus exercem em suas operações em território africano. A presença de uma ou várias pessoas do governo do Senegal ou da Mauritânia nos barcos e patrulhas européias não implica em transferência de autoridade. Em todo o caso, a jurisdição (e a responsabilidade) será compartilhada, segundo as autoridades que intervêm em cada ação, mas não é possível negar o papel determinante que exercem as autoridades européias na vigilância e localização dos cayucos e sua posterior interceptação e devolução.

As informações existentes corroboram essa afirmação. Ao menos pelos dados disponíveis, alguns pesquisadores destacaram que certos acordos bilaterais têm sido

mantidos em segredo (CARRERA, 2007, p. 22; MIR, 2007, p. 4), contrariando os princípios de legalidade, tipicidade e publicidade do direito. O caso das ações implementadas pela Espanha é bem ilustrativo. Os recursos destinados a essas operações avaliam nitidamente a implicação formal da Espanha, tanto material como humana e, principalmente, política. Tal como indica a Associação Pró-Direitos Humanos da Andaluzia (ADDH),

a Espanha destinou quatro embarcações da Guarda Civil [...] para vigiar as águas da Mauritânia e do Senegal [...]. Somente em três países africanos (Mauritânia, Senegal e Cabo Verde) há um total de 64 funcionários, 14 embarcações, dois aviões e dois helicópteros [...] e nas embarcações espanholas que se encontram na Mauritânia e no Senegal viajam policiais africanos, mas somente de forma puramente testemunhal [...] De fato, em cada patrulha viajam oito guardas civis e dois oficiais mauritanos ou senegaleses (APDHA, 2008, p. 40-41).

Cabe acrescentar que a jurisdição também se verifica nesses casos em razão da bandeira dos barcos que realizam a interceptação dos cayucos (WEINZIERL, 2007, p. 40-42).

Essa circunstância fica ainda mais contundente pelas próprias medidas do Estado espanhol. Assim, na decisão do governo pela qual se cria uma autoridade administrativa encarregada de centralizar as iniciativas de controle migratório para as Ilhas Canárias¹⁰, faz-se constar que as ações em águas africanas constituem a aplicação de uma política pública espanhola (e também, européia), ao afirmar:

as atuações efetuadas pelo Governo nos países de origem dos fluxos migratórios, mediante a realização de operações policiais conjuntas com meios terrestres, aéreos e navais [...], constituem a ferramenta básica para fazer frente à imigração ilegal por via marítima e a isso obedece o planejamento de operações que, sob o amparo de Projetos e Mecanismos de Reação Rápida (MRR) subvencionadas por programas de UE, pretendem fundamentalmente frear a saída de embarcações das costas da Mauritânia [...] e do Senegal (operação Gorel²). Nesses projetos bilaterais, além de figurarem meios marítimos e aéreos da Guarda Civil, participam outros do Corpo Nacional de Polícia e do DAVA (Departamento Adjunto de Vigilância Aduaneira)¹³. (ILHAS CANARIAS, Ordem Presidencial PRE/3108, 2006).

É importante considerar um aspecto sobre o qual voltaremos a tratar na próxima seção: o princípio de *não devolução* não deixa de valer pelo fato das forças de segurança de um Estado atuarem por “convite” de outro (em cujo território ocorrem os fatos), tampouco porque a atuação do primeiro se realiza com o consentimento do segundo Estado (expresso, por exemplo, em um acordo bilateral) (BORELLI, 2005, p. 39-68, p. 57-58). Igualmente, cabe reafirmar que nesse caso, mesmo quando existe tal consentimento, a iniciativa, os recursos econômicos, os barcos que efetuam o patrulhamento, o recentemente implementado satélite para monitorar as pateras que partem da costa africana¹⁴ e, definitivamente, a decisão e o interesse político, respondem aos objetivos do controle migratório dos Estados da UE.

Em resumo, nas operações de devolução realizadas em águas africanas podemos observar com nitidez a reflexão que Gondek faz no sentido de que, no atual contexto, marcado pela globalização e pelo aumento de atividades estatais fora de suas fronteiras, a aplicação extraterritorial dos pactos de direitos humanos se tornou cada vez mais relevante (GONDEK, 2005, p. 351). Os princípios ligados ao conceito de “jurisdição” dos tratados de direitos humanos avalizam expressamente sua aplicação nessas circunstâncias. Portanto, a seguir, observaremos quais são alguns dos direitos fundamentais em jogo (ou melhor, em perigo, ou que já foram violados, dependendo do caso) no marco das operações de controle migratório criadas e implementadas por autoridades européias em águas e terras africanas.

3. Controle migratório, direito à vida e à integridade física

3.1. O princípio da “não devolução”: desatenção a um dos princípios fundamentais do direito internacional

Um dos questionamentos mais sérios que se pode fazer às operações de controle migratório realizadas por autoridades européias em territórios de países africanos é o relativo ao princípio de *não devolução*. Esse princípio, reconhecido de forma expressa e implícita em diversos tratados¹⁵, constitui uma obrigação absoluta e irrevogável, uma norma imperativa do direito internacional consuetudinário (*Jus Cogens*)¹⁶, e como tal não pode ser afetada de forma alguma (por ação ou omissão). Conforme a Corte Internacional de Justiça, seu descumprimento não afeta, mas fortalece esse caráter (ALLAIN, 2001, p. 540-541).

A garantia da *não devolução* proíbe que uma pessoa seja remetida de um Estado para outro quando existam indícios que revelem que ela possa sofrer um prejuízo a sua vida ou integridade física no lugar de destino. Para determinar quando estão presentes esses indícios, é imprescindível a realização de um exame individualizado que permita essa verificação. Não obstante, segundo todas as fontes de informação (oficiais ou de outro caráter) possíveis que possam identificar os mecanismos de interceptação e devolução em águas e costas africanas, não há dados que provem a existência de algum tipo de processo pelo qual, de forma individual, sejam examinadas as circunstâncias de cada pessoa que é coativamente devolvida. Assim, é impossível assegurar que, como resultado dessa devolução ao país do qual saiu (não necessariamente seu país de origem¹⁷), sua integridade física ou sua vida não sofrerá danos.

O princípio de *não devolução* não se aplica unicamente a casos de solicitantes de asilo, mas, ao estar intimamente ligado à proteção do direito à vida e à integridade física, vale para qualquer pessoa que, pelo motivo que for, possa ver esses direitos básicos atingidos caso seja remetida a seu país de origem. Esse princípio também não tem limitações geográficas e deve ser respeitado pelas autoridades de um Estado onde estejam exercendo sua jurisdição, independente do território no qual os atos sejam executados¹⁸. Não somente vale extraterritorialmente, como também é irrelevante a caracterização formal do ato dessa transferência (extradição de acusados de delito, expulsão de imigrantes, devolução etc.) (BORELLI, 2005, p. 64).

Essa posição foi expressamente assumida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em caso que apresenta semelhanças com os atuais controles em costas africanas. No chamado “Caso dos Haitianos”, fazendo referência às medidas de interdição e devolução realizadas por autoridades americanas em águas internacionais e em águas (e costas) da República do Haiti, o fim era impedir a saída de pessoas desse país com destino aos Estados Unidos e outros países. Os EUA alegaram que não se podia aplicar o princípio de *não devolução*, uma vez que as ações aconteciam fora de seu território. A CIDH rechaçou esta posição e indicou que compartilhava da opinião do ACNUR, que esse princípio “não reconhece limitações geográficas”¹⁹.

Por outro lado, é preciso considerar que o princípio de *não devolução* pode ser infringido de maneira indireta. Isto é, não só quando um Estado devolve uma pessoa a outro no qual ela possa correr perigo de vida ou a dados à sua integridade física, mas também quando esse segundo Estado reenvia a pessoa a um terceiro (seu país de nacionalidade), no qual se violam esses direitos. Portanto, a obrigação jurídica de um Estado que remeta uma pessoa a outro país (do qual não é nacional) contempla também o dever de avaliar se o Estado receptor respeitará o princípio de *não devolução*. Caso contrário, ambos os Estados serão responsáveis pela violação deste princípio, através do chamado “indirect removal” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 115).

Diversos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se nesse sentido, fixando um importante padrão. O Comitê contra a Tortura em caso contra a Suécia pela expulsão de um estrangeiro, por uma presumida violação do princípio de *não devolução*, impugnou a atuação do Estado por entender que as autoridades migratórias, ao resolver pela expulsão da pessoa (iraquiano) para a Jordânia, se abstiveram de avaliar o risco de que autoridades jordanianas pudessem deportá-la de volta ao Iraque (COMITÉ CONTRA A TORTURA, 1998, § 6.5 y 7). No âmbito europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) também considerou a hipótese de devolução indireta, embora no caso concreto tenha concluído que não havia violação, já que o Estado intermediário era parte da Convenção Européia e, por conseguinte, não podia violar a proibição do artigo 3^{19,20}.

Nas ações de controle migratório que estamos analisando, não existe informação alguma que permita afirmar que autoridades de países como Senegal, Mauritânia ou Gâmbia cumpriram devidamente a proibição de *não devolução* depois que as pessoas interceptadas foram devolvidas por autoridades européias. Mas o relevante é a ausência de informação que confirme o desenvolvimento de indagações sobre esses aspectos durante procedimentos de retenção e devolução. Organizações sociais espanholas evidenciaram esta situação²¹.

As iniciativas da própria UE confirmam essa ausência. Em dezembro de 2006, a Comissão Européia expressou ser necessário avaliar a possibilidade de estender as obrigações de proteção internacional dos Estados, como o princípio de *não devolução*, às situações em que os barcos de um Estado executem medidas de interceptação. Em particular, disse a Comissão, seria apropriado analisar as circunstâncias em que um Estado estaria obrigado a assumir responsabilidade de examinar uma solicitação

de asilo, como resultado da aplicação do direito internacional de refugiados, durante as operações que estão ocorrendo em águas de outros Estados ou em águas internacionais (Comissão Européia, 2006, §36). As palavras da Comissão são suficientemente claras: deveriam analisar se não estariam obrigados a respeitar suas obrigações internacionais no contexto das políticas e medidas que executam em águas africanas com o objetivo de prevenir a migração irregular. A resposta é bem simples e não requer uma indagação muito profunda. As normas internacionais, os padrões e os princípios básicos do direito internacional dos direitos humanos (como o de *não devolução*), indicam com toda a nitidez que os Estados devem cumprir seus deveres, sem exceção, em qualquer circunstância e lugar em que uma pessoa se encontre sob sua jurisdição.

Esse cenário dá margem a seguinte reflexão: se as fronteiras são “a condição absolutamente não democrática ou discriminatória das instituições democráticas” (BALIBAR, 2003, p. 176), nesse espaço de fronteira difusa, ambígua e movediça, chega-se a um extremo no qual não são aplicados os direitos básicos que as normas reconhecem para as próprias fronteiras (ao analisar as garantias – ausentes – nessas operações, veremos como essa percepção de “zona de não direito” se consolida). Por isso, se ao contrário da posição que assumimos até agora entendêssemos que a responsabilidade por uma eventual violação do princípio de *não devolução* corresponderia ao Estado africano em cujo território ocorreu os fatos, caberia perguntar se responsabilidade também não seria dos Estados europeus que participaram das ações, pois ofereceram a assistência necessária para sua realização e tiveram controle (político, operacional, material e financeiro) sobre essas iniciativas.

3.2. *O direito à vida e as morte de migrantes no mar*

Ano após ano, nas águas do Atlântico e do Mediterrâneo, ocorrem milhares de falecimentos de pessoas que buscam migrar da África para a Europa. É difícil saber com certeza a totalidade de pessoas que perdem a vida durante a tentativa de migrar para outro país, e é igualmente ou ainda mais complexo pronunciar-se – juridicamente – sobre a responsabilidade dos Estados nessas circunstâncias. Evidentemente, essa dificuldade se desvanece quando é demonstrada uma relação causal entre certas condutas e tal desenlace, como poderia ser nos casos em que as mortes ocorreram durante as operações de devolução ou expulsão, com as pessoas sob custódia de autoridades públicas. Entretanto, no que diz respeito aos que morreram no trajeto marítimo, a questão é mais complicada. Nesse ponto, deve-se distinguir a responsabilidade penal e a responsabilidade relativa aos direitos humanos. Os obstáculos que podemos encontrar na determinação de pessoas responsáveis do ponto de vista penal não nos impede de realizar algumas reflexões de uma perspectiva humanitária, centrada no comportamento dos Estados. Assim, como nos demais direitos fundamentais, os Estados devem respeitar e satisfazer o direito à vida. No contexto das políticas de controle migratório, a obrigação de respeitar traduz-se no dever de abster-se de adotar qualquer tipo de medida que possa redundar, direta ou indiretamente, na violação deste direito.

Diante disso, cabe destacar que existem numerosos informes que indicam

duas conexões diretamente relevantes para esta análise. De um lado, políticas migratórias européias cada vez mais restritivas e o aumento da migração irregular e das redes de tráfico de pessoas (delito cujas vítimas principais são as pessoas, não os Estados). Por outro, o aumento e a diversidade dos mecanismos de controle da migração irregular no Mediterrâneo e da costa atlântica marroquina, com a partida de cayucos com migrantes mais ao sul (Mauritânia, Senegal), o que aumenta notavelmente não apenas a distância a ser percorrida, mas também a periculosidade da viagem²². Essa vinculação entre o endurecimento das políticas migratórias, o controle maior da migração irregular e o aumento do número de pessoas mortas no mar exige, ao menos, uma reflexão sobre a responsabilidade dos Estados europeus por adotar medidas que contribuem (junto a outros fatores, claro) para a perda da vida de milhares de pessoas.

Por outro lado, a obrigação de satisfazer os direitos humanos contém o dever de estabelecer as políticas e medidas necessárias para que as pessoas possam gozar efetivamente desses direitos. Nesse sentido, poderíamos dizer que, na medida em que entre os objetivos anunciados pela Agência FRONTEX e pelos Estados que patrulham as águas internacionais, africanas e européias, para impedir a migração irregular está o de prevenir a morte de migrantes ou reduzir o risco dessas viagens, suas ações constituem uma forma de tentar garantir o direito à vida. Isso não seria errôneo. De todo modo, deve-se dizer que, de um lado, o resgate no mar constitui uma obrigação do direito internacional (CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DO MAR, art. 98.1; CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE BUSCA E SALVAMENTO MARÍTIMOS, §. 2.1.10; EMENDA DE 2004 à Convenção Internacional para a Segurança da Vida Humana no Mar; e ACNUR e ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL - OMI, 2006) e de outro, que a finalidade central e prioritária da presença de barcos e aviões nessas zonas diz respeito à segurança e, dentro dela, ao controle migratório. Os resultados, as ações e os recursos seriam outros se o objetivo prioritário fosse, de maneira irrefutável, o de assegurar o direito à vida²³. Por sua vez, essa obrigação inclui também o dever de investigar seriamente circunstâncias como essas, em que ocorrem milhares de mortes anuais e, conseqüentemente, modificar as políticas e os mecanismos que possam aprofundar a garantia e a proteção desse direito.

A migração, mesmo irregular (ou melhor, especialmente a irregular), é uma decisão extrema que se dirige, precisamente, a tentar exercer de maneira efetiva o direito à vida em condições dignas, assim como o direito à livre circulação e o direito de sair do país²⁴. A privação dos componentes (direitos) que são interdependentes do direito à vida (saúde, trabalho, habitação), do direito a um padrão de vida adequado, é justamente uma das principais causas da migração que se realiza por vias irregulares, de forma mais vulnerável e arriscada. Por isso, com mais razão ainda, é que os Estados deveriam abster-se de continuar com políticas que podem aumentar esses riscos e vulnerabilidades, provocando a morte de milhares de pessoas que buscam uma vida mais digna para si e para sua família. Estamos diante das circunstâncias e conseqüências mais extremas da hierarquização da mobilidade global (BAUMAN, 1999, p. 93-123). Como afirma De Lucas, o direito à circulação não pode ser “um destino fatal, uma empresa perigosa e degradante que aparece como a única opção

para [...] escapar da miséria, da ausência de liberdade, de oportunidades de vida” (DE LUCAS, 2006, p. 40).

4. Intercepção e devolução de migrantes: impacto sobre o direito à liberdade de circulação

O controle migratório no norte ocidental africano também supõe um desafio no plano da liberdade pessoal das pessoas migrantes que são devolvidas, em dois níveis: (1) na detenção imediatamente posterior à intercepção; e (2) no estabelecimento de uma pena pela tentativa de migrar de maneira irregular.

(1) No que diz respeito às ações de intercepção, uma das consequências pode ser a privação da liberdade ao retornar à costa. A Espanha e outros países da União Européia contribuíram (material e politicamente) para a criação de Centros de Detenção de pessoas migrantes em países como Marrocos ou Mauritânia. Esses centros, como destaca Naïr, são um novo fenômeno que se está generalizando fora do território europeu, na execução da política de contenção e filtro atribuída pela UE aos países vizinhos. Caracterizam-se, acrescenta ele, pela indeterminação do estatuto jurídico da pessoa, do prazo de detenção e a ausência de estatísticas e informações básicas sobre esses centros²⁵.

Organizações não governamentais e meios de comunicação descreveram em diversas ocasiões que, depois da detenção de barcos ou de cayucos próximos à costa desses países, as pessoas foram detidas nesse tipo de centro (APDH, 2007, p. 19-20). Em alguns casos, a situação foi mais grave. Em fevereiro de 2007, diante da costa da Mauritânia, foi detido o barco *Marine I* com 372 pessoas (300 da Índia e Paquistão e o resto de países como Mianmar, Sri Lanka, Serra Leoa e Libéria). As autoridades espanholas, no porto de Nuadibú, depois de um acordo com a Mauritânia, dividiram as pessoas conforme o destino que lhes dariam²⁶. Vinte e três pessoas ficaram ali, privadas de sua liberdade. Segundo a informação difundida (não desmentida pelos governos), essas pessoas estiveram detidas em um “galpão de peixes” durante mais de dois meses. É imaginável que as condições de detenção destes lugares não poderiam cumprir os requisitos exigidos por normas e princípios fundamentais (como o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão da ONU, cf. ONU-AG, Resolução 43/173, 1988). Por sua vez, e contradizendo padrões internacionais²⁷, durante esse período não interveio nenhuma autoridade judicial (mauritana ou espanhola) para revisar a legalidade dessas detenções administrativas ou as condições de detenção.

Diante disso, e como a detenção dessas pessoas havia sido imposta depois da intervenção de autoridades espanholas, e que esse galpão teria sido custodiado por agentes de segurança de nacionalidade espanhola, o Centro Espanhol de Ajuda ao Refugiado, Médicos do Mundo e a Anistia Internacional denunciaram o Estado espanhol à justiça pela violação do direito à liberdade, à integridade física e à tutela judicial efetiva²⁸. A Audiência Nacional (2007a²⁹) negou a demanda, alegando que não houvera uma violação de direitos humanos e que a jurisdição dos fatos correspondia ao Estado mauritano. Esta argumentação chama a atenção porque, segundo os documentos apresentados no processo judicial pelo Estado (um acordo

entre Mauritânia e Espanha), as forças de segurança de ambos os países estariam encarregadas das operações realizadas³⁰. A sentença também destacou que a intervenção espanhola se havia limitado a cumprir com obrigações humanitárias e de salvamento. Embora isso seja, em parte, verdade, a sentença desconhece o marco político e normativo da presença do Estado nessas águas, cujo fim primário não é de caráter humanitário, mas de controle migratório e “luta contra a imigração ilegal”.

(2) Esse cenário de controle da migração da África para a Europa também repercutiu na mudança legislativa (e de sua aplicação) em países africanos, em prejuízo do direito à liberdade pessoal dos que migram ou tentam fazê-lo. A esse respeito, o Relator Especial da ONU sobre Direitos dos Migrantes afirmou que as políticas da UE – mesmo quando a diminuição da migração irregular possa ser um objetivo legítimo – contribuíram para a criminalização da migração irregular, tratando-a como um delito penal (ONU. Conselho de Direitos Humanos, 2008, § 19). Com efeito, nos últimos anos, países como Marrocos ou Senegal modificaram suas leis ou práticas de controle migratório, estabelecendo penas de prisão para quem emigrar de forma irregular. Assim, a Lei migratória 02-03 (aprovada no Marrocos em 2003) impôs sanções de multa e de prisão de 1 a 6 meses (art. 50) às pessoas que saírem ilegalmente do território marroquino e àquelas que entram no país através de lugares diferentes dos estabelecidos para esse propósito.

Os pesquisadores marroquinos concordam sobre as causas dessas mudanças. Para Khachani (2006, pp.48-50), essa norma parece uma resposta às pressões externas em relação à segurança, inscrevendo-se numa situação regional e internacional que prioriza a segurança em detrimento dos direitos humanos e coloca o Marrocos no lugar determinado pela UE, garantindo o controle migratório da região. A função atribuída pela UE ao Marrocos, segundo Belguendouz (2002, p. 42), é a de ser um “cinturão de segurança ou cordão sanitário” da Europa. Ao elaborar-se o projeto que depois se tornaria lei, Khachani afirma que tratou-se de uma “capitulação” aos interesses espanhóis e europeus, uma resposta à “chantagem” e à “pressão”, que “schengeniza” a política marroquina e criminaliza os imigrantes para o Marrocos e a UE (BELGUENDOZ, 2003, p. 33-35).

Outro aspecto que agrava a regressividade e a dimensão da mudança é que dez anos antes da nova lei o Marrocos havia feito um importante gesto no sentido oposto. Em junho de 2003, ratificou, ao contrário de todos os Estados da UE, a Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e suas Famílias, cujo texto, segundo o Comitê que verifica seu cumprimento, impede a sanção da migração irregular com penas privativas de liberdade³¹.

Desde 2006, essa mudança na política marroquina tem sido verificada progressivamente em outros países da costa ocidental africana. Nesse sentido, foi enfatizado que a Espanha teria convencido Senegal e Mauritânia para que detenham potenciais emigrantes em suas respectivas costas e readmitam aqueles que conseguiram entrar de forma irregular (neste caso, mediante acordos de readmissão). Consequentemente, o Senegal havia divulgado sua intenção de prender 15 mil pessoas preparadas para partir para as Ilhas Canárias, sendo que 116 pessoas já teriam sido condenadas a dois anos de prisão (SPIJKERBOER, 2007, p. 130). Os meios de comunicação noticiaram casos similares, tanto no Senegal³², como na Argélia³³.

Dessa maneira, a pressão européia para controlar e a sancionar a irregularidade migratória, contribuiu para o uso progressivo do termo “emigração ilegal”. Assim, estariam apoiando uma tendência que criminaliza o exercício do direito fundamental de sair de um país e, em muitos casos, as próprias vítimas de um delito. A esse respeito, Bauman apresenta o paradoxo deste cenário, no qual o mundo “racional” enfrenta o desafio de ter que negar ao próximo (em situação de total vulnerabilidade) o direito à livre circulação, direito que é exaltado “como o êxito máximo do mundo globalizado” (BAUMAN, 1999, p. 102). Nesse sentido, cabe destacar que no “caso dos haitianos” citado anteriormente, a CIDH concluiu “que o ato de interceptar os haitianos em embarcações em alto mar constitui uma violação do direito à liberdade...”³⁴. Ou seja, que o direito à liberdade não é ilegítimamente restringido apenas a privação da liberdade, mas também pelo mero ato de interceptação.

5. O direito ao asilo: devoluções sem possibilidade de solicitar proteção internacional

As interceptações que as autoridades de países europeus realizam na costa ou nas águas de Estados africanos (por exemplo, a Guarda Civil espanhola que patrulha o rio Cassamance, ao sul do Senegal) são efetuadas sem um procedimento que, de maneira individual, estabeleça as medidas e as decisões a serem adotadas em relação a cada uma das pessoas que se encontrem nos cayucos. Disso poderiam se derivar possíveis prejuízos para quem estivesse em busca de asilo. Já indicamos que a própria Comissão Européia (2006, § 10) indagou sobre a necessidade de adoção de medidas que verifique se alguma dessas pessoas requereria proteção internacional.

Atualmente, o eventual trâmite para examinar se uma das pessoas interceptadas precisaria asilo seria realizado, uma vez finalizada a operação na qual intervêm as forças de segurança dos países europeus ou da agência FRONTEX, por funcionários dos respectivos países africanos, segundo a norma e os procedimentos aplicáveis em cada caso. Cabe destacar que em vários desses países não há legislação nem procedimentos oficiais para o reconhecimento do status de refugiado (CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME, 2008; ANISTIA INTERNACIONAL, 2008).

O problema que nos interessa ressaltar aqui é que, no marco desses procedimentos de interceptação e devolução projetados e executados por autoridades européias, não é possível invocar o direito de asilo e solicitar que se inicie um procedimento para analisar uma petição. Se essa interceptação fosse feita alguns quilômetros mais ao norte (em águas internacionais ou européias), tudo indica que as autoridades encarregadas do controle se veriam obrigadas a iniciar um processo para determinar a concessão do status de refugiado ou de alguma outra classe de proteção. Mas mais ao sul, essa obrigação desaparece. A esse respeito, o Relator Especial das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Migrantes destacou a novidade e gravidade dessas ações e a importância de que

os Estados tomem medidas para que os casos das pessoas interceptadas e resgatadas no mar sejam tramitados com caráter individual e que se conceda a cada uma delas as devidas

garantias judiciais, e que as pessoas que reclamarem proteção internacional possam ter acesso ao procedimento nacional para a concessão de asilo (ONU. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2008, § 38-40).

O direito internacional de refugiados não parece legitimar essas práticas, nem sequer em casos nos quais as intercepções não se realizem como política de controle migratório, mas como uma ação de salvamento no mar. A Organização Marítima Internacional (2001, Annex, §5) definiu que qualquer medida que adotada nessas ocasiões deve estar em conformidade com o direito internacional marítimo, assim como com os outros instrumentos internacionais, como a Convenção de 1951 sobre o Estatuto para os Refugiados. Por sua vez, o ACNUR afirmou que as

medidas de intercepção não devem resultar como a negação do acesso à proteção internacional aos solicitantes de asilo e refugiados, ou que os que necessitem de proteção internacional sejam devolvidos, direta ou indiretamente, às fronteiras de territórios onde sua vida ou liberdade estejam ameaçada por motivos previstos na Convenção, ou quando a pessoa possa invocar outros motivos de proteção com base no direito internacional. As pessoas interceptadas que se considere a necessidade de proteção internacional, devem ter acesso a soluções duradouras (ACNUR, 2003, §IV)³⁵.

Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que as faculdades de um Estado para controlar as tentativas de violação das restrições impostas pela norma migratória não podem redundar na privação do asilo garantido às pessoas em diversos tratados³⁶. A CIDH, ao avaliar práticas significativamente similares às operações européias em território africano, determinou que os controles efetuados por autoridades americanas em águas haitianas violaram o direito de asilo protegido pela Declaração Americana, quando não facilitaram um procedimento que pudesse determinar a necessidade de tal proteção³⁷.

Apesar desses antecedentes e do fato de que a própria União Européia e seus Estados-membros tenham consciência das obrigações que lhes cabe nessas circunstâncias, a prática de intercepção vigente no norte africano há alguns anos parece dar razão às críticas que identificam este processo de externalização como uma tentativa de satisfazer os objetivos de controle e seleção da imigração, deixando para outros Estados o eventual cumprimento das obrigações de direitos humanos.

6. A ausência de garantias processuais nos controles europeus na África

A execução de medidas de devolução contrárias aos princípios fundamentais do devido processo e aos componentes mínimos do direito à tutela judicial efetiva desenvolve-se, com particular intensidade e envergadura, nos controles realizados na costa do norte africano. É na “frente sul”, como explica Naïr (2006, P. 60-65), que as políticas de “luta contra a imigração ilegal” são levadas adiante pela Espanha, Itália e outros países europeus e, como “subcontratados”, alguns Estados africanos. Nessas operações não há procedimento algum que disponha – e justifique – uma medida

de devolução (isto é, uma “sanção” por uma suposta infração das regulamentações sobre entrada e saída do país correspondente).

Não há procedimento formal. São “atos concretos ilegais” [*vías de hecho*, no original em espanhol] que são proibidos pelos padrões internacionais, que supõem a detenção coativa de uma pessoa e, conforme o lugar dos fatos (mar, costa), seu traslado. É certo que as medidas de devolução (em caso de tentativa de entrada irregular) são executadas seja com base em acordos bilaterais ou convênios de alcance global sobre o tema, seja de maneira *ad hoc* para a resolução de alguma situação particular (como o pacto realizado entre Espanha e Mauritânia no caso do barco *Marine I*). Entretanto, esses acordos não contemplam em seu conteúdo as garantias processuais. Por outro lado, também é preciso enfatizar seu caráter “secreto” (CARRERA, 2006, p. 21-22, 25-28). Estas ações parecem ajustar-se ao que Mezzadra (2005, p. 107) alude em relação à “irrupção de critérios administrativos em âmbitos de relevância constitucional, com a carga de incerteza e arbitrariedade que estes procedimentos comportam”.

A falta de consideração com as garantias exigidas pelos tratados de direitos humanos, ainda considerando a jurisprudência restritiva do TEDH em relação às garantias processuais aplicáveis a processos de controle migratório³⁸, se estende às próprias normas da UE. Com efeito, o artigo 13.3 do chamado “Código de Fronteiras Schengen” estipula que as pessoas impedidas de entrar têm o direito de apelar da decisão e devem receber – por escrito – instruções de como obter as informações necessárias para esse fim (UE. PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO EUROPEU. Regulamento nº. 562/2006).

No caso citado sobre a interdição de balseiros haitianos na costa do Haiti e nas águas do Caribe por parte dos Estados Unidos, a CIDH concluiu que essas operações constituíram uma violação do direito ao acesso a tribunais de justiça em defesa de seus direitos³⁹ e descartou a defesa do governo norte-americano que argumentava que tais operações tinham o intuito de reduzir as mortes no mar⁴⁰.

No atual contexto de controle da migração para o sul da Europa, estabeleceu-se uma espécie de barreira virtual nas costas e águas africanas que, ao afastar materialmente as fronteiras exteriores da UE, não são sequer aplicadas as escassas garantias estabelecidas pela legislação desses Estados. Se a norma dos países da UE pode ter inconsistências no que tange ao devido processo e à provisão de um recurso efetivo contra medidas de expulsão ou devolução de migrantes, nessas latitudes vai-se ainda mais longe (geográfica e juridicamente) ao omitir, inclusive, a aplicação dessas poucas garantias (assistência jurídica gratuita, ato administrativo ou, ao menos, um trâmite!). Embora os controles fronteiriços e seus mecanismos coercitivos tenham se estendido centenas de quilômetros para o sul, essa externalização não foi completa, já que as garantias fundamentais foram também “esquecidas” do outro lado, em território europeu. Junto a elas, ficou o princípio de universalidade dos direitos humanos e o caráter extraterritorial de suas obrigações.

Por outro lado, esse tipo de operação põe em risco o princípio internacional que proíbe as expulsões coletivas, reconhecido no Protocolo 4 da Convenção Européia de Direitos Humanos (art. 4), na Convenção Americana (art. 22.9), na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 12.5) e na Carta de Direitos Fundamentais

da União Européia (art. 19.1). Segundo definição dada pelo Tribunal Europeu em diferentes sentenças sobre essa mesma questão, a expulsão coletiva é uma medida que obriga alguns estrangeiros, enquanto grupo, a abandonar um país, mas somente nos casos em que tal medida tenha sido tomada como resultado de um exame sensato e objetivo da situação particular de cada indivíduo. Para o TEDH, do fato de que um determinado número de estrangeiros receba uma decisão similar não se conclui que haja uma expulsão coletiva, pois a cada um deve ser garantida a oportunidade de apresentar de forma individual seus argumentos contra a expulsão perante as autoridades competentes⁴¹.

Essa proibição está inseparavelmente associada ao direito a um devido processo e à tutela judicial, uma vez que sua finalidade é, precisamente, que uma pessoa só possa ser deportada de um país como consequência de um processo legal referido a sua situação particular e com base nos fatos e nas provas pontuais apresentadas em cada caso. Esse processo incluiria a possibilidade de conhecer as razões de tal decisão, as provas e o direito de questionar a ordem através de um recurso efetivo. Por essa razão, a proibição atua como uma garantia contra a arbitrariedade e habilita o questionamento de tal medida quando considerada ilegítima, a partir de um processo com as devidas garantias.

Para notar se, em um caso concreto, essa proibição está sendo respeitada, não somente deveria existir um exame razoável, objetivo e individual de cada medida de repatriação, como também deveriam ser contempladas as circunstâncias nas quais a execução da decisão esteve inserida, segundo os critérios fixados pelo TEDH⁴². Nos controles em águas e costas africanas, não haveria evidência alguma de que se esteja avaliando individualmente a situação de cada pessoa. Assim, esse princípio que vem sendo expressamente custodiado pelo Tribunal Europeu e por organismos equivalentes nos âmbitos americano e africano⁴³, está sendo submetido hoje a uma grave ameaça por parte de políticas de controle migratório que, em certas circunstâncias, priorizam a “eficácia” e “agilidade” desse controle frente a direitos e garantias fundamentais de milhares de pessoas.

Como consequência, essas múltiplas restrições a direitos e garantias denotam também um tratamento discriminatório. Ao serem considerados “imigrantes ilegais” e não pessoas, são privados de um nível mínimo de proteção. Sem prejuízo caso fosse de fato à devolução a seu país o resultado último de um caso, nada legitima a eliminação desses direitos básicos. Ante a uma mera infração administrativa, recebem tratamento diferenciado com base em seu status migratório e, definitivamente, embora de maneira oculta, implícita, em sua identidade. Assim, o resultado é uma degradação profunda da noção de pessoa como titular de direitos humanos. Por trás desses mecanismos, ou em sua justificação, as políticas e práticas estão carregadas de expressões como “ordem pública, luta, combate, emergência, crise, invasão, ameaça”, como se pudessem fundamentar (como em Estado de exceção) a anulação das garantias, mesmo quando isso não é permitido nem sequer nessas circunstâncias. Diante dessa mensagem de emergência, desordem e insegurança, a resposta que prima é a policial (DE LUCAS, 1994, p. 156) e, como vimos, sem garantias que orientem inclusive as políticas de “punição” de uma sociedade democrática.

Esse tratamento ajusta-se à doutrina do “direito penal de exceção”, na qual,

segundo Ferrajoli, um dos elementos que moldam esse tratamento excepcional é que a infração se configura mais a partir de um determinado status do que de um fato, isto é, da subjetividade de uma pessoa ou de um grupo social em detrimento a sua conduta. Por essa razão, nessas circunstâncias, a política – que parte do esquema amigo/inimigo – se define como uma “luta contra...” (FERRAJOLI, 1995, p. 820-822). No mesmo sentido, no campo da política de controle migratório e da limitação de direitos que esta impõe, Zamora (2005, p. 60-61) entende que a dicotomia imigrante bom/imigrante suspeito se constrói a partir de um processo de “produção social da emergência”, da qual se derivariam as tentativas de justificação de uma política baseada em medidas excepcionais.

A Diretriz de Retorno aprovada pela UE constitui o último e mais claro exemplo de negação das garantias mais elementares às pessoas que são interceptadas na tentativa de entrar por vias não regulares em território europeu (CERIANI CERNADAS, 2009b). O notável é que o problema não está somente nos direitos que ela restringe e nas poucas garantias que reconhece, mas que a mesma diretriz – em seu art. 2 – estabelece que essas garantias limitadas poderiam “não” se aplicar quando tratar de pessoas interceptadas ao tentar cruzar irregularmente as fronteiras exteriores da UE.

7. Reflexões finais: controle migratório, direitos humanos e o direito à livre circulação

O atual contexto político e econômico internacional, seu impacto na situação dentro de cada país e particularmente sobre os intensos fluxos migratórios que ocorrem dentro e entre as diversas regiões do planeta, assim como as múltiplas dificuldades enfrentadas por aquelas pessoas que buscam entrar ou residir em outro país e exercer ali seus direitos, tem ampliado o debate sobre o direito à livre circulação. Os obstáculos ao exercício da liberdade de circulação e movimento são de grande envergadura e estão intimamente conectados a questões como as desigualdades entre países e regiões, a manutenção de noções restritivas da soberania estatal e cidadania e, definitivamente, a negação da universalidade dos direitos fundamentais.

Segundo Carens, a cidadania e a política de controle fronteiriço atuam como dispositivos de estratificação e nos remetem às críticas que o liberalismo fez sobre as instituições feudais, nas quais o nascimento era o fundamento de privilégios ou misérias (hoje, o lugar de origem – a nacionalidade – determina em boa medida os direitos, oportunidades e necessidades de cada pessoa). Se as práticas do “antigo regime” eram contrárias à liberdade e à igualdade da pessoa, em que medida se justificam as atuais? (CARENS, 1992, p. 26). Por isso, um grande número de autores destaca a necessidade e o dever de revisar o alcance do direito à livre circulação, seja em reconhecimento ao direito de “imigrar” (DE LUCAS, 2006, p. 37-44; AGUELO, CHUECA SANCHO, 2004, p. 291-292), para modificar as políticas de entrada de estrangeiros e o grau de “abertura ou porosidade” das fronteiras (BENHABIB, 2005, p. 151-156; WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49), em razão das violações de direitos humanos nos controles fronteiriços, ou ainda pelas desigualdades estruturais do modelo atual em escala global (PÉCOUD, 2007, p. 10-11).

O referente normativo comum sobre o direito à livre circulação – o artigo 13 da Declaração Universal, é total ou parcialmente ignorado pelas políticas estatais, sendo associado unicamente ao direito de emigrar, e não ao de imigrar. Não obstante, diante das progressivas restrições impostas pelas políticas de controle migratório, e mais ainda com seu processo de externalização, como mostra no caso analisado nestas páginas, essa posição tornou-se tão contraditória quanto paradoxal. Há sessenta anos, o direito de sair de seu país e regressar para ele tinha muito a ver com a firme pressão exercida pelos países “ocidentais”. Mesmo tempos depois, no Ato adotado na Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa de Helsinque (1975)⁴⁴, o direito de emigrar foi a principal preocupação dos países “ocidentais”, que enfatizaram a necessidade de tornar efetivo esse direito através de diferentes medidas, especialmente garantindo a reunificação familiar (HANNUM, 1987, p. 48). Sem dúvida, uma interpretação do direito à livre circulação (e à vida familiar) substancialmente diferente do critério atual de diversos Estados europeus e da própria UE.

Antagonicamente, as medidas de controle nas costas e águas africanas pressupõem, na prática, a impossibilidade de milhares de pessoas de sair de seus países pela, praticamente, única via que têm disponível. Além disso, em alguns casos, só o fato de tentar sair pode significar a detenção (sem as garantias básicas) e a posterior submissão a um juízo penal pelo delito de “emigração ilegal”, ou como cúmplice do crime de tráfico de pessoas. Outros milhares perdem a vida nessa tentativa. As circunstâncias que descrevem essa situação – controles militares, serviços de inteligência, detenções, criminalização, mortes – se aproximam cada vez mais de realidades que pareciam superadas, sendo acertada a expressão de Sassen (2006), sobre um *Berlin Wall on Water* [Muro de Berlim sobre Águas, tradução livre].

Ao lado da impossibilidade de sair do país por vias formais, a política dos Estados europeus, da UE (FRONTEX) e a colaboração (subvencionada) de países africanos levaram a que tampouco se possa exercer esse direito de maneira irregular. Note-se a esse respeito que historicamente a relevância desse direito esteve precisamente ligada a necessidade de proteção especial nos casos em que um Estado impunha obstáculos à saída do país por canais regulares e, por conseguinte, as pessoas se viam obrigadas a recorrer a meios alternativos. Nas circunstâncias atuais, os controles migratórios em países de origem e trânsito, junto com as restrições à entrada, praticamente impedem que, de uma maneira ou de outra, uma pessoa exerça esse direito. Nas operações em águas africanas, o direito de sair é seriamente ameaçado (WEINZIERL, 2007, p. 47-50).

Igualmente, frente ao reconhecimento formal do direito de sair de um país, quando os Estados implementam políticas que restringem ou proíbem diretamente a entrada de imigrantes em seu território, alegam que não há um “direito de entrar” em outro país. A esse respeito, enfatizam que enquanto os Estados, respaldados pelo princípio de soberania, continuarem a controlar livremente suas fronteiras (embora com pouca eficácia), enfrentarão “uma crise moral: a emigração é amplamente considerada uma questão de direitos humanos (asilo, não recusa), enquanto que a imigração é considerada uma questão de soberania nacional (entrada, residência). Mas se as pessoas são livres para deixar seu país, para onde podem ir?” (WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49).

O cenário atual, por conseguinte, caracteriza-se por uma profunda iniquidade. Por um lado, as pessoas que são nacionais dos Estados mais desenvolvidos economicamente – em sua maioria, receptores de fluxos migratórios de outras regiões – encontram poucos obstáculos para exercer o direito à livre circulação, em todos os seus componentes: o direito de sair de seu país e seu lógico correlato, o direito de entrar em outro. Assim, o direito à mobilidade parece estar disponível unicamente para aqueles que têm determinada nacionalidade ou, em outros países, para os – poucos – que têm certo nível econômico ou outros privilégios. Outras pessoas poderão, depois de superar inúmeros obstáculos, sair de seu país e entrar em outro e ali residir, graças a vínculos familiares na sociedade de acolhida, ou pelas necessidades e conveniências do mercado de trabalho. No entanto, a ampla maioria das pessoas está privada desse direito, em um ou ambos os sentidos. Essa situação é legitimada, embora aqueles que se vêem privados da mobilidade sejam particularmente as pessoas em cuja situação esse direito representaria uma das poucas – senão últimas – oportunidades para gozar de outros direitos básicos, como à saúde, à alimentação, à integridade física, etc.⁴⁵.

As circunstâncias são ainda mais complexas se incorporadas outras variáveis nesta análise. Há mais de duas décadas, Hannum (1987, p. 34-40) descreveu alguns debates dos anos 70, nos quais se discutia a legitimidade dos países em vias de desenvolvimento em impor restrições ao direito de sair do país, com o objetivo de evitar a chamada “fuga de cérebros” e contribuir para o desenvolvimento dessas sociedades. É paradoxal que, hoje em dia, sejam os países de recepção de migrantes que imponham esses obstáculos, embora não precisamente às pessoas com maior formação acadêmica, mas àqueles que sofrem diferentes mecanismos de exclusão e privação de direitos em seus lugares de origem. Dessa maneira, essa “fuga” é aceita ou promovida⁴⁶ (sem prejuízo de impacto no país de procedência), enquanto se restringe fortemente a saída daqueles que não se beneficiam de um desenvolvimento desigual e excludente.

Na conjuntura atual, em especial no direito internacional, existe uma disputa colocada em termos claros: de um lado, o exercício discricionário da soberania estatal e, do outro, o direito de migrar e os direitos dos migrantes. As faculdades dos Estados em relação à admissão de migrantes, que em décadas anteriores quase não encontravam objeção alguma, hoje estão sendo questionadas permanentemente. O direito internacional dos direitos humanos não está fora desse debate, mas ao contrário, é um fator particularmente relevante para inclinar a balança no sentido do reconhecimento do direito de migrar (mas tampouco negaria o outro extremo). Princípios centrais do direito internacional dos direitos humanos, como o de não discriminação, progressividade, pro homine, universalidade e dinamismo têm um papel determinante. A reafirmação e o aprofundamento desses princípios é, talvez, a tarefa mais importante, não somente dentro dos Estados, mas também na esfera internacional.

No entanto, as políticas e os mecanismos de controle migratório, como os que efetuam os Estados e organismos europeus em território africano, não só evitam o debate sobre o direito à livre circulação (causando um impacto negativo sobre esse direito), como supõem um risco preocupante à proteção de diversos direitos

fundamentais. Na medida em que essas operações constituem um claro exercício da jurisdição de cada um dos Estados europeus envolvidos nessas ações, é iniludível que – de maneira extraterritorial – seja analisada a responsabilidade que lhes compete em matéria de direitos humanos, sem prejuízo a responsabilidade atribuível aos Estados africanos. Estas páginas tiveram como principal objetivo contribuir para divulgar essa realidade, refletir sobre suas implicações e propor os debates necessários para um enfoque integral (centrado nos direitos humanos) do complexo fenômeno da migração internacional, suas causas e consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA EFE. Interceptado en Senegal un cayuco con 138 personas rumbo a Canarias. *El Día*, Dakar, 27 mar. 2007.
- AGUELO, P.; CHUECA SANCHO, A. El novísimo derecho humano a inmigrar. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, n. 5, p. 291-292, 2004.
- ALGUIEN DELATÓ a la expedición de Cheik. *El País*, Ziguinchor, 12 set. 2006a.
- ALLAIN, J. The *jus cogens* nature of *non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 4, n. 13, p. 533-558, 2001.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS [ACNUR]. *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International framework and recommendations for a comprehensive approach*. EC/50/SC/CPR.17. Genebra: 9 jun. 2000.
- _____. Comitê Executivo. *Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción*, n. 97 (LIV), 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>>. Último Acesso em: maio, 2009.
- _____.; ORGANIZAÇÃO MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. *Salvamento en el mar: guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados*. Genebra: ACNUR; OMI, 2006. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4495.pdf>>. Último acesso em: maio, 2009.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Mauritânia*: “nadie quiere tener nada que ver con nosotros”: Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa: AFR 38/001/2008. 2008. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR38/001/2008/en/ad888d90-46c2-11dd-9dcb-1bbf1ead8744/afr380012008eng.html>>. Último acesso em: maio, 2009.
- ARGELIA ENCARCELA a 65 ‘sin papeles’ que intentaron emigrar a España. *El País*, Madrid, 22 nov. 2006b.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía [APDHA]. *Derechos Humanos en Frontera Sur 2007*. 2008. Disponível em: <http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=486&Itemid=45>. Último acesso em: maio, 2009.

- BALIBAR, E. **Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?: las fronteras, el Estado y el pueblo.** Madri: Tecnos, 2003.
- BAUMAN, Z. **La globalización: consecuencias humanas.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BELGUENDOUZ, A. Marruecos frontera con España: ¿socio o gendarme de Europa en África del Norte? In: PIMENTEL SILES, M. (coord.). **Procesos migratorios, economía y personas.** Almería: Caja Rural Intermediterránea, n.1, 2002, p. 33-74. (Colección Mediterráneo Económico).
- . **Le Maroc non Africain Gendarme de l'Europe? Alerte au projet de loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières!** Rabat: Inter Graph, 2003.
- BENHABIB, S. **Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos.** Barcelona: Gedisa, 2005.
- BORELLI, S. Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the 'war on terror'. **International Review of the Red Cross.** Ginebra, n. 857, p. 39-68, 2005.
- CARENS, J. Migration and morality: a liberal egalitarian perspective. In: BARRY, B.; GOODIN, R. (eds.). **Free movement: ethical issues in transnational migration of people and money.** Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1992, p. 25-47.
- CARRERA, S. The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands. **CEPS Working Document.** Bruxelas, n. 261, 2007. Disponível em: <http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1482>. Último acesso em: maio, 2009.
- CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. Nairobi, 27 jul. 1981.
- CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>. Último acesso em: maio, 2009.
- CERIANI CERNADAS, P. **El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad.** Tese de Doutorado - Universitat de València. Valência, jun. 2008. 203p.
- . Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. In: CERIANI, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos.** Universidad Nacional de Lanús, 2009a. [no prelo].
- . La directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos.** Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n. 5, 2009b, [s/p]. [no prelo].
- COMISSÃO AFRICANA PARA OS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. **Comunicação n. 71/92:** Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia. Decisão. 20ª Sessão, 21-31, out. 1997a.
- . **Comunicação n. 159/96:** Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres v. Angola. Decisão. 11 nov. 1997b.

- COMISION ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO [CEAR]. **Crisis Marine I:** Violación del derecho de asilo de solicitantes de Sri Lanka. Nota de prensa. Madri: 27 março, 2007.
- COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Becker v. Dinamarca.** Decisão. 03 out. 1975.
- . **Alibaks e outros v. Holanda.** Decisão. 16 dez. 1988.
- . **Stocké v. República Federal da Alemanha.** Decisão. 12 out. 2005.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. **Caso 10.675:** Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1997.
- COMITÉ CONTRA A TORTURA. **Comunicación No 88/1997:** Suécia. 16 nov. 1998.
- COMITÉ DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E SEUS FAMILIARES. **Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención:** Observaciones finales del Comité [...]: México. CMW/C/MEX/CO/1. Genebra, 8 dez. 2006.
- CONFERÊNCIA SOBRE SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA. **Ata final.** Helsinque: 1 ago. 1975.
- CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME. **La protection des refugies au Maroc.** Rabat: 2008.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José: 22 nov. 1969.
- CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Genebra: 10 dez. 1984
- CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRATÓRIOS E SUAS FAMILIAS. Genebra: 18 dez. 1990.
- CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. Montego Bay: 1982.
- CONVENÇÃO SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS. 28 jul. 1951.
- CONVÊNIO EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS. 4 nov. 1950.
- CONVÊNIO INTERNACIONAL SOBRE BUSCA E SALVAMENTO MARÍTIMOS. 1979.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. **Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana.** Medidas Provisórias. Decisão. 18 ago. 2000.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA [CIJ]. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.** Advisory Opinion. 9 jul. 2004.
- CRAWFORD, J. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado:** Introducción, texto y comentarios. Madri: Dykinson, 2004.
- CUTTITA, P. The changes in the fight against illegal immigration in the Euro-

- Mediterranean area and in Euro-Mediterranean relations. **Challenge Liberty & Security Working Paper n. 8**. 2006. Disponível em: <<http://www.libertysecurity.org/article1293.html>>. Último acesso em: maio, 2009.
- DE LUCAS, J. **El desafío de las fronteras, Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madri: Temas de Hoy, 1994.
- . Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración. In: DE LUCAS, J.; TORRES, F. (eds.). **Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos?** Madri: Talasa, 2002, p. 23-48.
- . El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. In: Mariño Menéndez, F. (coord.). **Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones**. Madri: Catarata, 2006, p. 29-56.
- . La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política. In: CERIANI CERNADAS, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. [no prelo].
- DE SCHUTTER, O. Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights. **CRIDHO Working Paper n. 04**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 2005. (Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme).
- EMENDA DE 2004 ao Convênio Internacional para a Segurança da Vida Humana no Mar, 1974, emendado.
- ESPAÑA. Audiência Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dez. 2007a.
- . Guarda Civil. Notas de Prensa. [s.f.]. Disponível em: <<http://www.guardiacivil.es/prensa/notas>>. Último acesso em: maio, 2009.
- . Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 out. 2007b.
- . Ministério do Interior. Balance de la lucha contra la inmigración ilegal. 2008.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1995.
- FRONTERA SUR: nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa. Barcelona: Virus Editorial, 2008.
- GIL ARAUJO, S. Extranjeros bajo sospecha: lucha contra el terrorismo y política migratoria en EE UU y la UE. In: **De Nueva York a Kabul**. Barcelona: Icaria-CIP, Anuario, 2002, p. 127-144.
- GIL-BAZO, M. The practices of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension: the Safe Third Country concept revisited. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 18, p. 571-600, 2006.
- GONDEK, M. Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization? **Netherlands International Law Review**, Amsterdã, n. 3, p. 349-388, 2005.
- HANNUM, H. **The right to leave and return in International Law and practice**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.
- ILHAS CANARIAS. **Orden Presidencial PRE/3108**. 10 out. 2006.

- JOHN, A. **Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right? A comparative analysis of family reunification under domestic law and jurisprudence, international and regional instruments, ECHR caselaw and the EU 2003 family reunification Directive**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Centro de Direitos Humanos, 2004.
- KHACHANI, M. **La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito**. Barcelona: Fundación CIDOB, 2006.
- LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In: FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.). **Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 78-177.
- MARROCOS. Lei migratória 02-03 de 1 novembre 2003, relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières.
- MEZZADRA, S. **Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización**. Madri: Traficantes de Sueños, 2005.
- MIR, M. **Managing the EU's external frontiers: Lessons to be learned from FRONTEX's action in the Canary Islands**. Bruxelas: Challenge Liberty & Security, 2007. Disponível em: <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Managing_EU_s_External_Frontiers.pdf>. Último acesso em: maio, 2009.
- NAÏR, S. **Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles**. Barcelona: Bronce-Planeta, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral [ONU-AG]. **Resolução 43/173: Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão**. 1988.
- . Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [ONU-CDESC]. **Observaciones Finales: Israel**. 2003.
- . Comitê de Direitos Humanos [ONU-CDH]. **Comunicação n. 52/1979: Uruguai. Caso López Burgos**. Decisão. 29 jul. 1981.
- . ———. **Comentário Geral n. 31: A índole da obrigação jurídica geral imposta**. 2004a.
- . Conselho de Direitos Humanos. **Informe do Relator Especial sobre os direitos humanos dos migrantes**. Genebra: 2008.
- ORGANIZAÇÃO MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. **Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea**. MSC/Circ.896/Rev.1. 2001.
- PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 19 dez. 1966.
- PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. Introduction: the migration without borders scenario. In: PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. (eds.). **Migration without borders: essays on the free movement of people**. Genebra: UNESCO; Berhahn Books, 2007, p. 1-30.
- RIJPM, J.; CREMONA, M. **The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law**. European University Institute LAW Working Paper 1/07. 2007.

- SASSEN, S. **Migration policy: from control to governance**. 2006. Disponível em: <www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/militarising_borders_3735.jsp>. Último acesso em: jan, 2009.
- SOLANES, A. La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madri, n. 713, p. 81-100, 2005.
- SPIJKERBOER, T. The Human costs of border control. **European Journal of Migration and Law**, n. 9, p. 127-139, 2007.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS [TEDH]. **Amuur v. França**. Decisão. 25 jun 1996a.
- . **Chahal v. Reino Unido**. Decisão. 15 nov. 1996b.
- . **Andric v. Suecia**. Decisão de Admissibilidade. 23 fev. 1999.
- . **T.I. v. Reino Unido**. Decisão de Inadmissibilidade. 07 mar. 2000.
- . **Conka v. Bélgica**. Decisão. 05 fev. 2002.
- UNIÃO EUROPÉIA [UE]. **Towards a common European Union immigration policy**. [s.f.]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm>. Último acesso em: maio, 2009.
- . Comissão Europeia. **Programa de Haia. Comunicação da Comissão: COM/2005/0184**. Bruxelas: 10 de maio, 2005.
- . ————. **Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders**. Communication from the Commission: COM (2006) 733 final. Bruxelas: 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0733:FIN:ES:PDF>>. Último acesso em: maio, 2009.
- . CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 574**, 12 de março de 1999.
- . ————. **Diretriz n. 51**, 28 de junho de 2001.
- . ————. **Diretriz n. 86**, 22 de setembro de 2003.
- . ————. **Decisão 573**, 29 de abril de 2004a.
- . ————. **Regulamento n. 2007**, 26 de outubro de 2004b.
- . ————. PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento n. 562/2006**. Código comunitário de normas para o cruzamento de pessoas pelas fronteiras. 15 mar. 2006.
- . ————. ————. **Diretriz n. 115**. 16 dez. 2008.
- WEINZIERL, R. **The Demands of Human and EU fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders**. Berlim: German Institute for Human Rights, 2007.
- WIHTOL DE WENDEN, C. **¿Hay que abrir las fronteras?**. Barcelona: Bellaterra - La biblioteca del ciudadano, 2000.
- ZAMORA, J. Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madri, n. 713, p. 53-66, 2005.

NOTAS

1. Criada pelo Regulamento N.º 2007/2004 do Conselho Europeu, de 26 out. 2004.
2. É incompreensível que os organismos da UE continuem aludindo formalmente o conceito de imigração “ilegal” dadas as inúmeras críticas feitas a este termo, tal como o enfoque da complexidade do fenómeno migratório em termos de “luta” (UE. COMISSÃO EUROPEIA, 2005). Em igual sentido o faz o governo espanhol (ESPAÑA. Ministerio del Interior, 2008).
3. A esse respeito, ver JOHN (2004).
4. Para maiores informações sobre os diferentes programas e mecanismos de controle migratório projetados pela UE (s. d.).
5. Uma análise detalhada sobre o processo de externalização do controle migratório pode ser encontrada nos diferentes trabalhos compilados em FRONTERA SUR (2008).
6. Nos últimos anos aumentou consideravelmente o número de migrantes desses países para território europeu. Em boa medida, o traslado dos pontos de partida para o sul e para as costas do Atlântico se vincula ao aumento dos mecanismos de controle europeu no Mediterrâneo.
7. Segundo FRONTEX, durante operação chamada Hera II (2006), foram interceptados 57 cayucos, com um total de 3887 pessoas (“illegal immigrants”, segundo terminologia oficial), e, em 2008, foram interceptadas e devolvidas 5443 pessoas.
8. UE. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Stocké v. República Federal da Alemanha*, Decisão. 12 out. 2005, §166.
9. CIJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. 2004. §102-113.
10. Orden Presidencial da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (ILHAS CANÁRIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).
11. Não podemos evitar mencionar o paradoxo histórico do nome atribuído a esta operação (“Gorée”): A ilha de Gorée, diante de Dakar, foi durante séculos um dos principais pontos de partida do tráfico de escravos da África para a América (por este motivo, declarada Patrimônio da Humanidade pela UNESCO). Por isso, chama a atenção que o nome de um lugar que simboliza o traslado pela força de milhões de pessoas (um crime contra a humanidade), seja agora invocado para – também de maneira coativa e por barcos europeus – “frear a saída de embarcações”.
12. A informação difundida pela Guarda Civil sobre suas operações em águas africanas também é demonstrativa sobre a “autoridade” que exercem sobre as pessoas interceptadas e devolvidas. A respeito, ver Guardia Civil Española (s.d)
13. O Programa Sea Horse Network, financiado pela UE e pelo Estado espanhol, iniciou em janeiro de 2009 um controle por satélite de cayucos em águas do Atlântico.
14. Entre os ratificados pela Espanha, cabe mencionar: CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (art. 33), CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (art. 3), CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES (art. 3), PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (art. 7).
15. Ver, entre outros, TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Chahal v. Reino Unido*. Decisão 15/11/1996b, § 80.
16. Deve-se destacar que nessas embarcações não são transportadas somente pessoas originárias dos países onde atuam as patrulhas europeias (ou seja, senegaleses, mauritanos, etc.), mas também milhares de migrantes provenientes de outros países da África subsaariana (Sudão, Congo, Chade, Guiné Conacri, etc.), ou inclusive da Ásia (Mianmar, Paquistão, Sri Lanka, entre outros).
17. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) também fixou expressamente a vigência da obrigação de não devolução em casos nos quais Estados atuem em território de outro (ACNUR, 2000, §19, 22, 23).
18. CIDH, caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997, § 157.
19. TEDH, caso T.I. v. Reino Unido. Decisão de Inadmissibilidade. 07/03/2000, § 15.
20. Para uma análise do caso e da devolução indireta, ver DE SCHUTTER (2005, p. 28).
21. Para a APDHA (2007, p. 19), neste tipo de repatriações em massa, os procedimentos não avaliam caso a caso se “existirem suficientes garantias de que a repatriação seja ao verdadeiro país de origem, ou que não sofrerão maus tratos ou torturas, ou que não serão abandonados no deserto, como já ocorreu em numerosíssimas ocasiões”, e denuncia que muitas pessoas devolvidas ao Senegal foram torturadas, multadas ou encarceradas.
22. Entre outros, ver: SPIJKERBOER (2007, p. 127-139); CUTTITA (2006, p. 4-5); KHACHANI (2006, p. 27-30).
23. Essas ações de “resgate” não representam, em muitas ocasiões, uma política integral e coerente para garantir o direito à vida e outros direitos fundamentais, se depois – como vimos – se devolve a

pessoa interceptada sem sequer se indagar sobre as consequências do ato à sua integridade física ou se sua vida poderia correr perigo.

24. Sobre o direito de sair do país, seu conteúdo e alcance, ver HANNUM (1987).

25. Com uma simples mudança de posição de uma palavra, Naïr (2006, p. 153) os chama de maneira adequada à realidade: são “Centros de Internamento *Ilegais* para Estrangeiros”, e não “Centros de Internamento para Estrangeiros *Ilegais*”.

26. Ver em detalhe em COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) (2007).

27. Entre eles, a CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (art. 5.3) e o PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (art. 9.3).

28. Poucas semanas depois estas pessoas foram transferidas para o Centro de Internamento de Migrantes, construído na mesma cidade de Nuadibú (com a cooperação espanhola e da UE) (APDHA, 2007, p. 19). Embora isso tenha implicado em uma “melhora” das condições de detenção, não redundou em uma intervenção judicial (CEAR, 2007).

29. Audiência Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Seção 5ª. N. 01584/2007. 12 dez 2007a.

30. Ao contrário, o Tribunal Supremo reconheceu sua jurisdição para o julgamento de delitos contra os estrangeiros cometidos fora de águas espanholas, através do traslado em cayucos da África. É forçoso deduzir que, se a justiça pode intervir em supostos delitos contra as pessoas migrantes, cometidos fora do território espanhol e no marco de políticas de controle da migração irregular, também terá jurisdição para assegurar os direitos e garantias das vítimas de tais delitos (ESPANHA. Tribunal Supremo, Sala II de lo Penal nº. 788/2007, Sala II do Penal, 8/10/2007).

31. O Comitê recomendou ao Estado mexicano que ajuste a legislação migratória ao disposto na Convenção de 1990 e outros tratados internacionais, o que inclui o dever de eliminar “como delito punido com privação de liberdade a entrada irregular de uma pessoa em seu território”; (Comitê de Proteção dos DIREITOS de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares, 2006, § 15).

32. A AGÊNCIA EFE informou que depois que FRONTEX interceptou um cayuco com 138 pessoas, seus ocupantes foram detidos na delegacia de polícia de Dakar e poderiam ser julgados por um tribunal por violação da lei sobre “emigração ilegal”. El País destacou que o Procurador Geral de Senegal havia revelado a decisão do Ministro de Justiça de reforçar o castigo aos emigrantes. Assim, as pessoas que pagaram para viajar em cayuco não seriam consideradas “vítimas” de tráfico, mas autoras do delito (ALGUIEN DELATÓ, 2006).

33. Segundo El País, “Um tribunal... condenou ...

65 argelinos que tentaram emigrar para Espanha a dos meses de prisão (...) foram aprisionados... por uma patrulha quando navegavam rumo às costas espanholas. Com esta primeira condenação à prisão de aspirantes a emigrar, as autoridades de Argélia tentam dissuadir os jovens de emigrar irregularmente...”; (ARGELIA ENCARCELA, 2006).

34. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe nº. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §169.

35. Para uma análise mais detalhada sobre as medidas das autoridades do barco que efetua a interceptação, a fim de garantir o direito ao asilo, ver ACNUR e OMI, 2006.

36. TEDH, Amuur v. França. Decisão. 25/06/1996a, § 43.

37. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §163.

38. A esse respeito, ver CERIANI CERNADAS (2009).

39. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §180.

40. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §53.

41. Vejam os seguintes casos: TEDH. Andric v. Suécia, decisão de admissibilidade. 23/02/1999; TEDH. Conka v. Bélgica Decisão. 05/02/2002, COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Becker v. Dinamarca. Decisão. 03/10/1975; e COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS Humanos. Alibaks e outros v. Holanda. Decisão. 16/12/1988.

42. TEDH, Conka v. Bélgica. Decisão. 05/02/2002, §61-63.

43. CIDH. Caso Haitianos e Dominicanos de Origen Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias, Decisão. 18/08/2000; COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Comunicação nº. 71/92. Reencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zâmbia. Decisão. ? de outubro de 1997a e COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Comunicação nº. 159/96. Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres v. Angola Decisão 11/11/1997.

44. Ver, em particular, a seção “Human Contact”.

45. DE LUCAS (2006, p. 40) afirma que o direito à circulação não pode ser “uma opção reservada a uns poucos, os ricos e famosos (um privilégio) ...”.

46. Neste sentido, além da regulamentação de diferentes países sobre as categorias migratórias, cabe mencionar a Proposta de Diretriz atualmente em debate na UE, “relativa às condições de entrada e residência de nacionais de terceiros países para fins de emprego altamente qualificado”.

ABSTRACT

The legal instruments adopted by the European Union (EU) to ensure free movement within the territory of the Member States are closely linked to the control of the external borders. Over the past ten years, EU member states have created various mechanisms to prevent, control, and punish irregular immigration to the European community, whose migration model is characterized by an instrumental vision that cheapens the value of fundamental rights and reduces the low-skilled labor migration needed by the labor market. From there, EU states derive laws that recognize rights according to the person's nationality and immigration status. In this context, this paper will analyze, with a focus on human rights and from physical, symbolic, political, and legal points of view, what is supposedly a radical "advance" of this process of externalization: the operations created to impede migration of people in "canoes" or "boats" to Europe from the coasts of countries like Morocco, Algeria, Senegal or Mauritania.

KEYWORDS

Migration Control – European Union – Human Rights – Extraterritoriality – Africa.

RESUMEN

Los instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros están estrechamente ligados al control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea, cuyo modelo migratorio se caracteriza por su visión instrumental que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo. De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un "avance" radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico: los operativos creados para impedir la migración de personas en "cayucos" o "pateras" hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania.

PALABRAS CLAVE

Control Migratorio – Unión Europea – Derechos Humanos – Extraterritorialidad – África.

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Origem, sentido e futuro dos
direitos humanos: Reflexões para
uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN
Direitos sociais, econômicos
e culturais e direitos civis e
políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA E A.
SCOTT DUPREE
Reflexões acerca da sociedade
civil e dos direitos humanos

JEREMY SARKIN
O advento das ações movidas no
Sul para reparação por abusos
dos direitos humanos

VINODH JAICHAND
Estratégias de litígio de interesse
público para o avanço dos direitos
humanos em sistemas domésticos
de direito

PAUL CHEVIGNY
A repressão nos Estados Unidos
após o atentado de 11 de
setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO
Apenas os Estados-membros
podem fazer a ONU funcionar
Cinco questões no campo dos
direitos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY
Declaração e Objetivos de
Desenvolvimento do Milênio:
Oportunidades para os direitos
humanos

FATEH AZZAM
Os direitos humanos na
implementação dos
Objetivos de Desenvolvimento do
Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE
Direito à educação e educação
para os direitos humanos

JOSÉ REINALDO DE
LIMA LOPES
O direito ao reconhecimento para
gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE E J.C. NWOBKE
Implementação do direito ao
desenvolvimento

STEVEN FREELAND
Direitos humanos, meio ambiente
e conflitos: Enfrentando os
crimes ambientais

FIONA MACAULAY
Parcerias entre Estado e
sociedade civil para promover a
segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH
Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH
Linhas de trabalho em direitos
econômicos, sociais e culturais:
Instrumentos e aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN
Comércio e direitos humanos:
rumo à coerência

CARLOS M. CORREA
O Acordo TRIPS e o acesso a
medicamentos nos países em
desenvolvimento

BERNARDO SORJ
Segurança, segurança humana e
América Latina

ALBERTO BOVINO
A atividade probatória perante
a Corte Interamericana de
Direitos Humanos

NICO HORN
Eddie Mabo e a Namíbia:
Reforma agrária e direitos pré-
coloniais à posse da terra

NLERUM S. OKOGBULE
O acesso à justiça e a proteção
aos direitos humanos na Nigéria:
Problemas e perspectivas

MARÍA JOSÉ GUEMBE
Reabertura dos processos pelos
crimes da ditadura militar
argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA
Direitos humanos e
justiciabilidade: Pesquisa no
Tribunal de Justiça do Rio de
Janeiro

LOUISE ARBOUR
Plano de ação apresentado pela
Alta Comissária das Nações
Unidas para os Direitos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE
O desafio da mensuração nos
direitos humanos

MARIO MELO
Últimos avanços na justiciabili-
dade dos direitos indígenas no
Sistema Interamericano de Direi-
tos Humanos

ISABELA FIGUEROA
Povos indígenas versus

petrolíferas: Controle
constitucional na resistência

ROBERT ARCHER
Os pontos positivos de diferentes
tradições: O que se pode ganhar e
o que se pode perder combinando
direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN
Releitura do desenvolvimento e
dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ
Breves considerações sobre os
mecanismos de participação para
ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBKE
Empresas farmacêuticas e acesso
a medicamentos nos países em
desenvolvimento: O caminho a
seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN
Os programas sociais sob a ótica
dos direitos humanos: O caso da
Bolsa Família do governo Lula
no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA
E LEO ZWAAK
Comparação esquemática dos
sistemas regionais e direitos
humanos: Uma atualização

RESENHA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN
Luzes e sombras do novo
Conselho de Direitos Humanos
das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ
O papel das vítimas nos
procedimentos perante o
Tribunal Penal Internacional:
seus direitos e as primeiras
decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA
O direito à identidade cultural
dos povos indígenas e das
minorias nacionais: um olhar a
partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE
Grandes promessas, pequenas
realizações: justiça transicional
na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD
Fortalecendo o
policimento democrático
e a responsabilização na
Commonwealth do Pacífico

IGNACIO CANO
Políticas de segurança pública
no Brasil: tentativas de

modernização e democratização versus a guerra contra o crime

TOM FARER

Rumo a uma ordem legal internacional efetiva: da coexistência ao consenso?

RESENHA

SUR 6

UPENDRA BAXI

O Estado de Direito na Índia

OSCAR VILHENA VIEIRA

A desigualdade e a subversão do Estado de Direito

RODRIGO UPRIMNY YEPES

A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos

LAURA C. PAUTASSI

Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas

GERT JONKER E RIKA SWANZEN

Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais da África do Sul

SERGIO BRANCO

A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação

THOMAS W. POGGE

Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais

SUR 7

LUCIA NADER

O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Justiça transicional

TARA URS

Vozes do Camboja: formas locais de responsabilização por atrocidades sistêmicas

CECILY ROSE E FRANCIS M. SSEKANDI

A procura da justiça transicional e os valores tradicionais africanos: um choque de civilizações – o caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Verdade e reconciliação para

as “gerações roubadas”: revisitando a história da Austrália

ELIZABETH SALMÓN G.

O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos

ENTREVISTA COM JUAN MÉNDEZ

Por Glenda Mezarobba

SUR 8

MARTÍN ABREGÚ

Direitos humanos para todos: da luta contra o autoritarismo à construção de uma democracia inclusiva – um olhar a partir da Região Andina e do Cone Sul

AMITA DHANDA

Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências

LAURA DAVIS MATTAR

Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos

JAMES L. CAVALLARO E

STEPHANIE ERIN BREWER

O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano

Direito à saúde e acesso a medicamentos

PAUL HUNT E RAJAT KHOSLA

Acesso a medicamentos como um direito humano

THOMAS POGGE

Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre

JORGE CONTESSE E DOMINGO

LOVERA PARMO

Acesso a tratamento médico para pessoas vivendo com HIV/AIDS: êxitos sem vitória no Chile

GABRIELA COSTA CHAVES, MARCELA FOGAÇA VIEIRA E RENATA REIS

Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil

SUR 9

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

REBECCA SAUNDERS

Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

Sessenta anos da Declaração Universal de Direitos Humanos

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas – um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

EITAN FELNER

Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

KATHERINE SHORT

Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

ANTHONY ROMERO

Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da *American Civil Liberties Union* (ACLU)