

INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ



Número 01 - 2021

Rio de Janeiro

ISSN: 2596-3503

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 4, Número 1
Jan. / Jun. 2021

Editor-Chefe Prof. Dr. Sidney Guerra

Contato interfndufrj@gmail.com

Equipe editorial André Luiz Pereira Spineli
Lays Serpa Oliveira Silva
Marcelo José das Neves
Rodrigo Cortes Pujani

Conselho Editorial Internacional Prof. Dr. Carlos Mata Prates
Prof. Dr. Christian Sommer
Prof^a Dr^a Ena Rocío Carnero Arroyo
Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado
Prof^a Dr^a Laura Garcia Juan
Prof. Dr. Luis Miguel Macho
Prof^a Dr^a Luz Estrela Nagle
Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez
Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis
Prof^a Dr^a Sandra C. Negro
Prof. Dr. Walter Arévalo Ramirez

Conselho Editorial Nacional Prof. Dr. André Augusto Malcher Meira
Prof. Dr. André de Carvalho Ramos
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Prof^a Dr^a Fernanda Figueira Tonetto Braga
Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier
Prof^a Dr^a Flávia Piovesan
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Dr. José Carlos Buzanello
Prof. Dr. José Francisco Rezek
Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant
Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter
Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho
Prof^a Dr^a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha
Prof. Dr. Paulo Borba Casella
Prof. Dr. Paulo Edvandro da Costa Pinto
Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Prof. Dr. Rui Aurélio de Lacerda Badaró
Prof. Dr. Siddarta Legale
Prof. Dr. Sidney Guerra
Prof^a Dr^a Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeff
Prof^a Dr^a Vanessa Berner
Prof^a Dr^a Viviane Coelho de Sellos Knoerr
Prof. Dr. Wagner Menezes

INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 4, Número 1

Jan. / Jun. 2021

Sumário

Apresentação

Sidney Guerra

Página 3 - 5

A crise federativa brasileira pode ser explicada por constitucionalismo abusivo?

Davi Marques da Silva

Páginas 6 – 22

A educação inclusiva à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Isabella Branquinho Arantes

Páginas 23 – 67

Asilo, refúgio e outras formas de proteção internacional: relacionamento e diferenças conceituais

José Noronha Rodrigues

Páginas 68 – 119

**Educação em Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Interculturalidade:
a configuração de um Direito Público da humanidade como instrumento da paz**

Maria Creusa de Araújo Borges ; Ângelo José Menezes Silvino

Páginas 120 – 137

Lutas sociais e Direitos Humanos:

resistência à opressão e desobediência civil em Norberto Bobbio, Hannah Arendt e Henry Thoreau

André Luiz Valim Vieira

Páginas 138 – 156

**Obrigações positivas na Corte Europeia de Direitos Humanos:
perspectivas para a efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

Paula Uematsu Arruda

Páginas 157 – 175

**Proteção ambiental, comércio internacional justo e Direitos Humanos:
fair trade como mecanismo de proteção ambiental e dos Direitos Humanos**

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

Páginas 176 – 193

Violência policial no Brasil:

uma análise a partir do Caso Favela Nova Brasília na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Paulo Alves Santos

Páginas 194 – 217

APRESENTAÇÃO

Como tive a oportunidade de assentar em outro momento¹, uma nova configuração do direito internacional, que permitirá a identificação dos valores fundamentais da humanidade, ganha uma grande riqueza de contornos a partir da grande produção de convenções internacionais de direitos humanos que começa a ocorrer especialmente após o segundo pós-guerra, impulsionada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela criação das Nações Unidas e pelo surgimento dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. O valor da dignidade humana apresenta-se, a partir de então, como a pedra de toque da construção normativa subsequente. Isto porque ao pormenorizar o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto internacional de direitos civis e políticos e o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, reconheceram a dignidade inerente a todos os seres humanos, bem como direitos iguais e inalienáveis, contemplando-a como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesta esteira, a INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ - publica mais um número, com artigos que contemplam assuntos interessantes e atuais relacionados à temática.

Esta edição é aberta com os estudos de Davi Marques da Silva que aborda a distribuição federativa de recursos financeiros no Brasil e sua relação com a formulação e planejamento de políticas públicas no cumprimento da análise dos direitos fundamentais. O artigo intitulado **A CRISE FEDERATIVA PODE SER EXPLICADA POR UM CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO?** apresenta-se como resultado de levantamento e pesquisa bibliográfica que busca um corte transversal sobre o processo crescente de centralização de recursos e atribuição para definição de políticas públicas a favor do governo federal nos anos seguintes à promulgação da Constituição brasileira de 1988. Na sequência, Isabella Branquinho Arantes apresenta **A EDUCAÇÃO INCLUSIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**, onde analisa os julgados da Corte nesta matéria (educação inclusiva) a fim de compreender como os julgamentos podem repercutir internacionalmente em avanços nos sistemas educacionais vigentes.

José Noronha Rodrigues, professor na Universidade de Açores, trata do **ASILO, REFÚGIO E OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL:**

¹ GUERRA, Sidney. *Estado e direitos humanos em tempos de crise*. 2. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

RELACIONAMENTO E DIFERENÇAS CONCEITUAIS, e analisa os institutos numa perspectiva histórica, por forma a perceber o seu desenvolvimento na ordem jurídica internacional. Faz também uma abordagem conceitual ao “Direito de asilo” como instrumento universal ao serviço dos Direitos Humanos fundamentais do indivíduo. Em seguida, a professora Maria Creusa de Araújo Borges, em parceria com Ângelo José Menezes Silvino, contempla o estudo relativo a **EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, COSMOPOLITISMO E INTERCULTURALIDADE: A CONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO PÚBLICO DA HUMANIDADE COMO INSTRUMENTO DA PAZ** onde, com fundamento na vertente jurídico-dogmática e na abordagem sociojurídica, articulam os conceitos de interculturalidade, cosmopolitismo e educação em direitos humanos, ao tratar do projeto de educação para a paz como propósito da Organização das Nações Unidas.

O artigo intitulado **LUTAS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: RESISTÊNCIA À OPRESSÃO E DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM NORBERTO BOBBIO, HANNAH ARENDT E HENRY THOREAU**, de André Luiz Valim Vieira, tem como objetivo geral o estudo da resistência à opressão e da desobediência civil como propostas de lutas sociais e representativas de direito humanos e fundamentais com os referenciais teóricos e metodológicos de Norberto Bobbio, Hannah Arendt e Henry David Thoreau. Esses pensadores, em várias de suas obras, se dedicam a criar os preceitos teóricos e as condições políticas necessárias para que as lutas sociais organizadas possam enfrentar regimes totalitários e alcançar formas legítimas e democráticas de governos e de controles de poder do governante. Paula Uematsu Arruda apresenta o artigo **OBRIGAÇÕES POSITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**, ao argumentar que ao longo do processo de desenvolvimento dos sistemas internacionais dos direitos humanos, um grau de proteção menor foi conferido aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, categorizados como direitos de segunda geração, em relação aos direitos civis e políticos, categorizados como direitos de primeira geração. O estudo é crítico à essas abordagens tradicionais ao apresentar a dogmática que desloca o eixo do direito para os deveres/obrigações (de respeito, promoção e proteção) correlatas aos direitos humanos e conclui que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu metodologia própria de interpretação e aplicação dos direitos contidos na

Convenção Europeia de Direitos Humanos como forma de contornar a ausência formal dos direitos econômicos sociais e culturais.

Na sequência, o estudo que versa sobre **PROTEÇÃO AMBIENTAL, COMÉRCIO INTERNACIONAL JUSTO E DIREITOS HUMANOS: “FAIR TRADE” COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS HUMANOS**, de Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho, analisa o risco de isolamento do Brasil no cenário internacional, em decorrência do enfraquecimento das políticas públicas de proteção ao meio ambiente e dos direitos sociais, ao identificar a tendência nos países mais desenvolvidos por um consumo consciente, com o surgimento de uma regulação a partir dos consumidores. Nesse cenário, percebe-se o “fair trade” como movimento capaz de influenciar no estabelecimento de posturas empresariais sustentáveis, com potencial repercussão na regulação estatal e, por fim, ao encerrar este número, Paulo Alves Santos estuda a **VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, onde apresenta, inicialmente, alguns dados e concepções teóricas existentes acerca do termo violência policial. Em seguida, o problema é examinado à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com ênfase na decisão proferida no Caso Favela Nova Brasília, em que houve a responsabilização internacional do Brasil pela ausência de investigação e responsabilização de agentes policiais que incorreram no uso indevido da força. As conclusões lançadas reforçam a necessidade de adequação das condições estruturais do sistema criminal brasileiro em direção aos padrões interamericanos de respeito e proteção aos direitos humanos.

No mais, me regozijo com a comunidade acadêmica por apresentar mais um belíssimo trabalho, que conta com a colaboração de professores, alunos e técnicos, para a difusão da pesquisa no Brasil e no mundo. Desejo uma excelente leitura!

Rio de Janeiro, inverno de 2021.

Prof. Dr. Sidney Guerra

Professor Titular de Direito Internacional e Direitos Humanos

Editor da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ

CAN THE BRAZILIAN FEDERALIST CRISIS BE EXPLAINED BY ABUSIVE CONSTITUTIONALISM?

A CRISE FEDERATIVA BRASILEIRA PODE SER EXPLICADA POR CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO?

Davi Marques da Silva ¹

Abstract: David Landau's abusive constitutionalism is clearly a new and relevant category in constitutional law and constitutionalism. His pioneer work had inspired a lot of research that target to identify regimes and governments that uses constitutionalism institutions to attack and reduce levels of democratization in new constitutional democracies. On the other hand, Economy Nobel Prize Roger Myerson, had demonstrated on empirical studies that new democracies are better served in federalist structure by reducing the central power. Brazilian recent events had showed some evidence that the federal government had accumulated through past years a lot of power to impose subnational governments their own agenda by a series of constitutional amendments. The phenomenon described above has been treated on mass media, and even on scholarships as a normal and regular democratic way to achieve political goals. The Brazilian's constitutional amendments examined as a whole show other thing: by weakening local and regional powers, by weakening local and regional leaderships.

Keywords: democracy, federalism, fundamental rights, public choices

Resumo: O constitucionalismo abusivo de David Landau é claramente uma nova e relevante categoria no direito constitucional e no constitucionalismo. Seu trabalho pioneiro tem inspirado muitas pesquisas cujo objetivo é identificar regimes e governos que se utilizam dos institutos do constitucionalismo para atacar e reduzir níveis de democratização nas recém instituídas democracias constitucionais. Por outro lado, o prêmio Nobel da Economia Roger Myerson, demonstrou em pesquisas empíricas que novas democracias se beneficiam ao se estruturarem sob a forma federativa de estado por reduzirem o poder central. Os recentes eventos ocorridos no Brasil, tem posto em evidência que o governo federal, ao longo dos anos, acumulou grande poder de imposição da sua agenda aos governos subnacionais pelo caminho de sucessivas emendas constitucionais. O fenômeno acima abordado é tratado tanto na grande mídia como nos círculos acadêmicos como um método democrático normal e regular de alcançar os resultados políticos. As emendas constitucionais examinadas em conjunto demonstram outro lado do problema: com enfraquecimento dos governos subnacionais e reduzindo o potencial de alternância e interferência no poder central mediante o enfraquecimento das lideranças regionais e locais.

¹ Possui mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2004). Admitido no Doutorado em Direito Público e Evolução Social do PPGD UNESA em 2017.2. Atualmente é professor auxiliar da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio, da Pós-graduação da FGV, da Universidade Candido Mendes e da Escola de Advocacia Pública da Procuradoria Geral do Estado. Também na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio já ministrou a disciplina Direito Administrativo. Tem experiência na área de Direito Tributário e Execução Fiscal e no exercício da Advocacia Pública em geral. Atualmente tem atuação na Procuradoria Regional em Nova Iguaçu - RJ.



Palavras-chave: democracia, federalismo, direito fundamental, escolhas públicas.

Summary: 1 Introduction – 2 A brief history of the brazilian constitutional tax system of 1988 constitution – 3 A remark on abusive constitutionalism – 4 Decentralized state in brazil and partial loss of competences 5 – Conclusions – Referencies.

1 INTRODUCTION

This paper encompasses a partial conclusion of a doctoral research developed in the scope of the Post Graduate Program in Law of the Universidade Estacio de Sá – PPGD UNESA. The subject is the federative distribution of financial resources in Brazil and its relationship with the formulation and planning of public policies in the fulfillment of fundamental rights analysis.

The text is the result of a survey and bibliographical research seeking a cross-sectional view of the process of increasing centralization of resources and attribution for public policy definition in favor of the federal government in the years following the promulgation of 1988's brazilian Constitution (CRFB).

The method is critical and analytical in which the various thesis are explained and stressed its contradictions and inconsistencies with regard to the characterization of an institutional normality regarding the losses of autonomy successively imposed on Brazilian states and municipalities over the last 30 years.

Some explanations along the article development, despite being unnecessary to Brazilian readers, were made to clarify to a foreign reader some particularities on legislative system and structure otherwise wouldn't be comprehensible.

The text is developed in 5 parts: the first is this one was the content and premises are exposed in order to clarify the concepts, method and research's main objective.

The second part is a summary narrative of the gradual and continuous centralization of tax resources promoted by federal government trough successive constitution amendments and federal laws that reduced the partial entities capabilities as well as in the scope of public policies definition, to make them mere executors of the wills of the holders of federal power.

The next part presents David Landau's concept of abusive constitutionalism, and some Mark Tushnet aports with which the article intends to dialogue and to face critically the issue of



the de-characterization of the Constitution and the weakening of democracy as a result of a process of successive regulatory changes.

The forth part compiles the literature that studied the Brazilian federation in a descriptive way, wich formulates as a theory to justify Union's centralization of funds and political decisions, based on historical, cultural and political arguments, not stressing the problem of successive states and municipalities fiscal crises, always dependent from Union's resources.

Finally, the fifth part presents an alternative view of the issue by criticizing the more conservative positions, especially in the recognition federalist's geographical distribution of power as an instrument for measuring the degree of democracy and, consequently, the applicability of the theory of abusive constitutionalism to centralized operation after the enactment of the CRFB. The last part is a summary on the paper bringing the main arguments that can possibly support that a successive and massive modification on brazilian constitution expresses a form of abusive constitutionalism.

The contribution of this work is to add to the premises above, beyond the functional distribution of power, and the protection of fundamental rights, the territorial distribution of the attributions regarding the exercise of this same state power. Thus, it is intended to affirm that the geographical distribution of state power in its founding text is a relevant and democratic component, of dispersion of the state force and closer approximation, in concrete physical terms, between the citizens and the government giving greater capacities of limitation and control.

2 A BRIEF HISTORY OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL TAX SYSTEM OF 1988 CONSTITUTION

The 1988 Brazilian Constitution was the result of a National Constituent Assembly that aimed to bring back democracy to brazilian state after a 24 years authoritarian ruling.

In its previous period many civil rights as freedom of information and expression were suppressed. People was killed for multiple reasons without trial, some of them for crimes of opinion. Newspapers were chut down by the regime without any kind of due process.

The presidential elections were made by an electoral college by the National Congress in wich one third of the Senate was nominated by the rulers. Some governors and mayors, from



some, so called, strategic states and municipalities, were appointed by the federal rulers. There were also courts of exception, dismissal of congressmen and Supreme Courts judges, etc².

Obviously, the fiscal structure was heavily centralized on the Union, which had the role of distributing resources to subnational entities as ways to control policies.

In its original text, the Brazilian Constitution (CFRB) has brought a great expansion in the tax field for tax ownership of states and municipalities (the latter raised to the exceptional position of entities of the federation)³.

Briefly, the States received tax on commerce called (ICMS, however, with the possibility to tax also communication services, interstate and inter-municipal transportation, and electric energy and natural gas); tax on vehicles ownership (IPVA), tax on heritage and donation (ITCMD) and the additional tax on income tax (under the same tax base of the IR of the Union).

The Municipalities maintained the tax on properties (IPTU) and the tax on local services (ISSQN), tax on real-state assets transfer (ITBI) and a new tax on liquid and gaseous fuels and on petroleum products commerce (IVVC).

The Federal District owns state and municipal competences in its territory.

The federal government had the power to institute and collect revenue tax (IR), and tax which regulation has a great influence on economic field such as tax on industries (IPI), tax on exportation (IE), tax on imports (II) and tax on financial and credit (IOF). The Union also maintained extraordinary jurisdiction for the imposition of other taxes not listed in the CFRB, and also for the institution of social contributions and intervention in the economic field.

However, the CFRB kept the ruling for the uniform application of tax law at the national level, giving the Union the power to issue complementary laws on general tax law and the essential elements for taxation, which quorum for approval is half plus one of the members of parliament, in which the fact that generates the taxes listed in the chapter that regulates the tax system must be detailed in a federal law.

² For a brief contact with the theme see ARAUJO, Maria Paula Nascimento. Lembranças do golpe - 1964. Topoi (Rio J.), Rio de Janeiro, v. 15, n. 28, p. 8-21, June 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2014000100008&lng=en&nrm=iso>. access on 22 July 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2237-101X2014000100001>. Last access 22/07/2019.

³ See BARROSO, L.R. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. In Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 53, 2000, p. 109. Also ARAGÃO, A. S. Federalismo em crise: aspectos constitucionais dos contratos de empréstimo entre entes federativos. In: Revista Brasileira de Direito Público, n. 22, 2008, p. 75.



The constituent, knowing the political interferences that could affect the rents of the political entities due to the delay in the edition of the norms defining the competences limits mentioned above, disposed in art. 24 of the political charter as to the effectiveness of the new tax system, granting States (and by interpretation to the Municipalities) the possibility of issue laws imposing new taxes until the Union regulates matters by means of the edition of those complementary laws. This would immediately give the possibility of access by the partial political entities to the revenues conferred on them by the constituent process.

The Union, however, did not use its powers to regulate the system, especially those "new" taxes, relegating the States, the Federal District and the thousands of Municipalities, the burden of the institution without the constitutional detailment of parameters of a national law.

The absence of federal regulation produced a wave of lawsuits addressing the validity of the States and municipalities laws. The Brazilian Supreme Court (STF) has issued decisions declaring those laws unconstitutional due to the federal regulatory vacuum. The omission in the regulation by a complementary law of the said taxes was the basis of these actions and the decisions of reception of the lawsuits.

The Union, which has showed no interest in ruling those taxes, approved Constitutional Amendment 3 (EC 3/1993) in which it creates for itself a new tax (on money transfer - IPMF) and, in the same normative text, extinguishes the additional tax to the tax of incomes and profits (IAIR) from States competence and the tax on fuels (IVVC), from Municipalities competence⁴.

The art. 2nd paragraph 3 from the EC 3/1993, also removed the reciprocal tax immunity from taxes, the principle of anteriority and immunity in gold operations. That is, the new tax would also be levied on the income of States and Municipalities.

Its reasonable to say that the EC 3/1993, by abolishing the power to impose those taxes, was not the only blow to the autonomy of regional and local governments. Also occurred the first of many changes in the art. 167, subsection IV of the Constitution, as well as the introduction of paragraph 4 to the said article, increasing the Union's ability to withhold mandatory revenues from States and Municipalities and the use of taxes as collateral for credit operations in anticipation of revenues. This same mechanism was the subject of two other amendments by EC

⁴ The EC 3/1993 entered the Brazilian jurisprudence history as the first case in which our Supreme Court enforces its power to review amendments constitutionality, declaring unconstitutional the aforementioned art. 2nd paragraph 3rd. However, no decision was made on partial entities revenue suppression.



29/2000 and EC 42/2003, this last one currently in force, increasing the possibility of retention of revenues and blocking of resources by the federal government.

EC 17/1998 abolished transfers of revenues from the Municipal Participation Fund in relation to the portion of federal taxes earmarked for the Emergency Social Fund, by withdrawing these resources from the basis of the share of the municipalities, redirecting other percentages of you pass through.

EC 19/1998, specifically in the financial field, redrafted art. 167 of the Federal Constitution, adding section X that prohibits the use of resources of voluntary transfers and loans for the payment of active and inactive personnel, also modifying the content of art. 169 to create limitations on public expenditures with personnel.

The centralization of skills did not stop there. An immunity from the main state tax (ICMS) for foreign goods movement and services was granted (EC42/2003), with the promise of compensation to the exporting States for losses of collection. The Union payments ceased shortly after the first transfer⁵.

3 A REMARK ON ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

The use of constitutional law and the theory of constitution or constitutionalism institutes as an instrument of external legitimation of government actions is not exactly new.

As David Landau (2013, 198) recalls the Nazi party legitimately ascended to power in Germany through vote according to the Weimar Constitution rules and later installed its authoritarian regime.

The novelty of Landaus works in, so-called, abusive constitutionalism is to recognize that, after the strengthening of democracy in the international order as a value to be protected⁶, the use of the instruments and institutions of the democratic constitutional political regime as a means of

⁵ The combined loss amount from States is estimated on R\$ 82,000,000,000.00 (eighty-two billion reais) over a 15 years time elapsed.

⁶ A great deal of scholars support the existence of a fundamental right to democracy as a result of its positivation in international rights documents. The art. 21 of the Universal Declaration of Human Rights clearly sets out the basic elements of democracy (UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html> [accessed 8 February 2019]) and the United Nations Resolution on Promoting the Right to Democracy (UN Commission on Human Rights, Promotion of the Right to Democracy, 27 April 1999, E / CN.4 / RES / 1999/57, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f02e8.html> [accessed 8 February 2019]).



installing and/or strengthen authoritarian political regimes that seek to weaken democracy by presenting the formal, legal and democratic legitimacy of the international order.

The problem, however, is that not simple as Landau acknowledges. First, it is necessary to establish the point of departure of the problem. After all, the very concept of democracy is not unambiguous, since there is a great deal of doctrinal divergence in the field of law, political science and political philosophy⁷.

Along with those technical problems, which can completely alter the way in which one interprets what would ultimately characterize the regression to democracy, Landau admits, that is the main core to seek the degree of intervention and regression. After all, as we shall see, the concept of abusive constitutionalism with which David Landau works is the use of constitutional mechanisms to impose a democratic setback. If this is so, it is a comparative concept: the degree of democratization already achieved, vis-a-vis, the new regime in operation.

A third point of difficulty immediately identifiable, which is interwoven with the second, is what might be the degree of democratization. The author points out that the spectrum of democratization is extremely broad, recognizing the existence of "varying degrees between hybrid types or competitive authoritarian regimes and completely democratic and completely authoritarian regimes" (LANDAU, 2013, 195). Therefore, the comparative imputation of a setback in the democratic environment, a factual and not just a juridical aspect, will depend on claiming the existence of an ideal type of democracy, for which regimes should tend, and the previous stage of the state examined.

Landau (2013, 195) conceptualizes abusive constitutionalism as the use of mechanisms of constitutional change, through formal processes (constitutional amendment and/or constitutional substitution) and informal changes of the founding text itself, with the objective of making a particular state meaningful less democratic.

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios políticos filosóficos do direito político moderno. Tradução Irene A. Partennot. São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 343 a 345, the author explains the different conceptions of democracy and its crisis. Democracy under the scrutiny of sociological theories is the subject of analysis by HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 59 a 73. Também Bobbio (2000, 56), will treat democracy by its representative aspect. According to the author: "The term 'representative democracy' generically means that collective deliberations, that is, deliberations concerning the whole collectivity, are taken not directly by those who are part of it but by persons elected for this purpose. Sergio Costa (2001), traces a panorama of the meanings of expression in a complex world with recognized crises.



Landau's concern and subject of study is what might be called comparative texts and, in a sense, governmental status, having as main subject of analysis changes that have occurred or are in progress in the experiences, mainly of Colombia (LANDAU, 2013, 200), Venezuela (LANDAU, 2013, 203) and Hungary (LANDAU, 2013, 208), pointing out some examples in Latin America (LANDAU, 2013, 207) as Honduras and Ecuador.

The relevance of the work is to show the limitations of the tool available to international institutions for the renewal of internal democratic order, harmed by the use of abusive constitutionalism, mainly due to the formal legitimacy for those modifications occurred in the constitution itself or in the interpretation of domestic law.

The author also warns about a degree of political opportunism that significantly interferes with the decision to change the constitution with an example of a situation in an unsuspecting country regarding democratic culture and degree of democratization. The example is Japan, whose constitution is relatively simple to be modified and in which the then Prime Minister, taking advantage of the formation of an eventual majority to modify the Founding Text, establishes greater powers to keep his party ruling (LANDAU, 2013, 192).

David Landau's work sustains that a way to prevent the abusive constitutionalism is to entrench in constitutions with rules that protects fundamental rights and democratic features by forbidding amendments in such matters (2013, 228).

Another example on the use of abusive constitutionalism is described in a Mark Tushnet's empirical research on Singapore's constitution (2015, 391) that claims some of the same points.

Tushnet's study, however, addresses another aspect: the fact that, even authoritarian regimes, manage to approve constitutions. On that research the author seeks to understand why the rulers had the concern to constitutionalize rules precisely in countries where the limitation of state's power vis the citizens is not a real concern.

Making a methodological remark the author, points out that, the great majority of academic research in political science that deals with constitutional systems is merely descriptive but not prescriptive (TUSHNET, 2015, 421), although written under an eminently normative background. So, in his work he tries to bring some prescriptive conclusions. Tushnet (2015, 422) also states that it is important to critically analyze the texts of countries with hybrid regimes to gauge the true degree of democratic institutionalization.



Tushnet also, points out that in Ginsburg and Simpsen works one of the possible causes for constitutionalize authoritarian regimes. That would be the use of the constitution as a manual of conduct to ease the relation within the dominant authoritarian group and not exactly like contention of the power of the leaders.

In addition, according to him, constitutionalisation, by conferring some degree of independence on the courts and, consequently, controllability of certain conducts, would be used to confer legitimacy on authoritarian groups because the costs of violating constitutional norms are higher, the authoritarian rulers proposes commitments to his subjects in order to broaden their legitimation (TUSHNET, 2015, 422).

Realizing the relevance of Landau's work, Tushnet (2015, 433) also offers his contribution, totally pertinent to what is supported in the present work, in describing abusive constitutionalism and its characteristics:

Abusive constitutionalism has several features. First, it involves, the use of constitutionally permissible methods to modify an existing constitution. Second, it involves the adoption of numerous amendments to the existing constitution. Third, taken individually, the amendments may not be inconsistent with normative constitutionalism. But, finally, considered as a package, the amendments threaten normative constitutionalism.

Although in Brazil it is very scarce, this very subject is already treated, with some particular approaches, especially in the context of the recent political polarization⁸. However, it is important to recognize the relevance of the idea of using ways of constitutionalism as a mechanism to legitimize actions against the democratic institution.

A brazilian view on the matter of constitutional amendments limits, despite the provision entrenched on CFRB's article 60, paragraph 4th that forbids constitutional emendments on separation of powers, federalist State's form and fundamental wrights, it has been established on brazilian's majoritarian scholars that this is a exceptional ruling that can not be interpreted in a radical manner⁹. So they agree that CRFB can and shall be modiffied as a democratic principle, and only a clear violation on those sensible principles can be characterised as null and void.

⁸ As exemples I quote : BENVINDO e ESTORILIO (2017), NUNES (2017, 37-62), ACUNHA (2017) and CAPECHI NUNES (2018).

⁹ As exemples can be quoted BARROSO, L.R. (**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169) and VIERA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 247.



Therefore, the concept of abusive constitutionalism, with the development added by Tushnet above transcribed, would have as characteristics, in addition to the instrumental use of constitutionalism, in particular, the regular exercise of political power formally conferred on the holders of this power, to extend its degree of influence and permanence of the group in the government, the care to do it in a way to alter the character of the constitutional project not through a sudden change and immediately noticeable, but a set of successive changes that have, as a final result, the reduction of the degree democratization of the country or regime examined, threatening the integrity of the constitution.

4 DECENTRALIZED STATE IN BRAZIL AND PARTIAL LOSS OF COMPETENCES

The scholarship on federation and federalism following the promulgation of the 1988 Constitution is extensive, showing concern on it. The referred literature, in general, tends to be descriptive using an approach to point out the historical and cultural characteristics on brazilian federation structuration, often dating back to the colonial period.

However, alongside this extensive production, the law and political science studies shows more concern with the functional distribution of power than is the characteristic of political regimes that establish the rule of law, with the existence of a system of reciprocal controls between the functions of administering, legislating and judging. Geographical distribution of competencies is often presented only as a form of state organization, a simple means to an and approach.

It implies, therefore, to recognize, first, that the association among the geographic distribution of state's power and democracy is a very controversial question, and it can not be affirmed with a precise and absolute degree that the federative form of state is a sine qua non for the recognition of the presence or absence of a democratic regime in a given sovereign country. The federated form is not numerically the most frequent in the world, let alone in the set of countries recognized as democratic states.

Therefore, the premise of territorial subdivision not immediately allow theoretical construction's of abusive constitutionalism application only by simple regard to constitutional or infraconstitutional changes that reduces or limits partial entities powers in federal states.



In addition, however, there is still the question of the existence or not in the Brazilian constitutional text of institutional figures that reinforce the veto players, in order to prevent CFRB modifications to weaken States and Municipalities powers.

Arretche (2009, 411; 2013, 70), who has an extensive work on Brazilian federation analysis on the capabilities or attributes of partial entities, points out precisely to this specific factor, namely: the ease of constitutional amendment in Brazil majority of 3/5 in 2-round votes in the same legislative session, as an evidence of constitutional (at least formal) compatibility with the historical process of partial bodies gradual and deeper limitations of powers.

The mentioned author points out, with graphical and statistical analysis, how the representative body in Brazilian Congress vote for successive constitutional amendments and complementary¹⁰ and ordinary statutes, restricting the powers of States and Municipalities, whether in the specific field of taxation and also on public policies (ARRETCHE, 2013, 80-83).

Therefore, it is not possible, at least from the strictly formal and normative point of view, to affirm that there is a CFRB's frank and open violation. After all, according to the author, the CFRB legislative due process was observed. The parliament approved by means of the quorum envisaged, and established the restrictions of financial autonomy, or even in public policies matters, imposing to States and Municipalities only the execution of structured policies sized in the central government.

However, part of the political philosophy recognizes the reciprocal influence that the geographical distribution of power is capable of exerting in the creation of instruments and mechanisms of veto to the central political power limiting and controlling both the concentration and the prolonged permanence of a specific political group in the control of the State.

Bobbio (1999, 22) argues that the geographical distribution of power as means to identify a despotic government from a non-despotic government. As he says:

One of the traditional ways to distinguish a despotic government from a non-despotic government is to observe the greater or lesser presence of so-called intermediate bodies, and more precisely, the greater or lesser distribution of territorial and functional power between rulers and ruled.

¹⁰ In Brazilian constitutional system there is a special kind of statute called *lei complementar* (complementary statute), that is used to normatize some special themes that demands a more extensive agreement. The complementary statute has a special kind of legislative process and must be approved by a majority of 50% of the congressman plus one.

Bobbio, Matteuci and Pasquino (2000, 479), describe the existence of two conceptions of federalism. The first, in the well-known sense of territorial organization of political power. The authors, however, affirm the existence of another ideological conception of federalism as an ideal of a society without frontiers and without conflicts between political entities, such as that defended by Kant of perpetual peace. According to this concept, federalism, implies the ideal of peace among peoples.

Later, the same authors, in the development of the entry, in their Dictionary of Politics, explain how competency sharing (BOBBIO, MATTEUCI and PASQUINO, 2000, 482):

The distribution of territorial base power is, in fact, far more effective than the functional basis for securing a divided control of power, the main guarantee of political freedom, since both the Federal Government and the Member States, can base their independence on a distinct social basis. Hamilton in fact stated that the federal regime allows "to expand area of popular government".

The axiological character of federalist distribution, as stated above by Bobbio, also brings reflexes in the reduction of the concentration of power, minimizes conflicts and, consequently, brings peace.

It is the Italian philosopher himself (BOBBIO, 1999, 22), however, who, examining the problem of power sharing in the abstract, warns against the risks of excessive dispersion that would not be in any way compatible with the ideal of political pluralism, but, on the contrary can represent the complete loss of state function "by the prevalence of particular, sectoral, and group interests over the general interest, of centrifugal tendencies over centripetals, of the fragmentation of the social body instead of its beneficial disarticulation."

Arend Lijphart (2019) also adopts as criterion of distinction of degrees of democracy the geographical dispersion of power. For the author, although not entirely satisfactory for the explanation of democracy, the federal-unitary dimension is relevant in assessing the degree of democratization due to the diffusion of power from the center to the extremities, and to independent institutions (LIJPHART, 2019, 27).

Finally, it should be noted that all the above-mentioned works, especially those that oppose the correlation between democracy and federalism, have adopted methods of analysis that may undergo the methodological critique presented by Tushnet (2015, 421) as to its eminently descriptive character a reality.



To be clearer, although the reality of the political-partisan practice described by Marta Arretche (2013) showing the mechanism that was adopted over the years in Brazilian's legislature, including, to the exercise authorized constituent power, to extend the tax imposition and the for public policies, due the detriment of the powers of intermediary bodies, and reversing the original design of the Constitution, the simple argument of veto powers to those changes is not enough to avoid constructing another reading of reality.

Firstly, once again, remarking Tushnet's approach (2015, 433) the search for the opposition to the said conclusions regarding the Brazilian case is sought.

The use of constitutional amendments and other legislative instruments to change the commitment of competences to partial entities was a process of successive changes in the normative and factual frameworks.

After all, the simple approval of an amendment with punctual changes in the distribution of incomes, re-equating the access of states and municipalities wouldn't be enough to make it null and void. But the frequency and the extent of those successive changes, had turn the previous system completely distorted¹¹.

In a comparative study on federal tax distribution before and after 1988's CFBR, Afonso e Junqueira (2008, 5), stresses that Brazilian States incomes are been massively reduced and that the central government increases its revenue in the process, as they show in the Table 1:

TABLE 1

| COMPOSIÇÃO FEDERATIVA DA RECEITA TRIBUTÁRIA | | | | | |
|---|-------|---------|-------------------------|-------|-------|
| <i>em %</i> | | | | | |
| Conceito | Carga | Central | Estadual | Local | Total |
| | % PIB | | Composição – % do Total | | |
| ARRECADAÇÃO DIRETA | | | | | |
| 1960 | 17,41 | 64,0 | 31,3 | 4,7 | 100,0 |

¹¹ Celina Souza points out that 35% of constitutional emendments in Brazil, from 1988 to 2008 encompasses tax fiscal law themes. SOUZA, C. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. In **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008, p. 802. In the same sense, see VALLE, V. L.. Transição política e construtivismo constitucional: Uma análise empírica das emendas constitucionais brasileiras. In CAMARGO, Margarida Maria Lacom; LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. (Org.). **Democracia e jurisdição: novas configurações brasileiras**. 1 ed. Rio de Janeiro: Imo's Graf. e Ed., 2013, v. , p. 355) who shows that the proportion in 2013 was 22%, from total of 82 constitutional emendments.

| | | | | | |
|--------------------|-------|------|------|------|-------|
| 1980 | 24,52 | 74,7 | 21,6 | 3,7 | 100,0 |
| 1988 | 22,43 | 71,7 | 25,6 | 2,7 | 100,0 |
| 1994 | 29,75 | 67,8 | 27,1 | 5,1 | 100,0 |
| 2007 | 36,42 | 69,2 | 25,3 | 5,4 | 100,0 |
| RECEITA DISPONÍVEL | | | | | |
| 1960 | 17,41 | 59,5 | 34,1 | 6,4 | 100,0 |
| 1980 | 24,52 | 68,2 | 23,3 | 8,6 | 100,0 |
| 1988 | 22,43 | 60,1 | 26,6 | 13,3 | 100,0 |
| 1994 | 29,75 | 59,3 | 25,1 | 15,6 | 100,0 |
| 2007 | 35,50 | 58,0 | 24,7 | 17,3 | 100,0 |

Source: STN, SRF, IBGE, Ministério da Previdência, CEF, Confaz e Balanços.

The National Tax Methodology (Metodologia das Contas Nacionais) includes all taxes presents in Brazilian System (impostos, taxas e contribuições, inclusive FGTS, Sistema “S”, juros da dívida ativa).

Total revenue including all constitutional and legal transfers received and concided.

A most recent number is presented by José Roberto Afonso. On a recent interview to Valor Economico’s journalist Marta Watanabe (2019), Afonso points out that the reduction had met the mark of 22%, with a prognosis of achieving 20% at the and of current year.

It means that from 1988 to 2018, States incomes had been drastically reduced to 80% from the original constitutional provision¹², and pretty close to only 70% from the original constitutional proposal.

Obviously, despite all previous objections on the subject, specially the brazilian’s scholars points of view, it is correct to say that a 30% decrease on States budget, causes a broad impact on its capabilities to provide services and law enforcement.

5 CONCLUSIONS

There is not a absolute pattern to be applied nor to federalist states neither to democracies. It will always depend on what each constitution provision and how it is interpreted by its institution.

¹² Notice that CFRB was promulgated in october 5th, so the first real valid statistical number for brazilian tax distribution is 1994’s one. Therefore, from 1994’s total income on 27,1 %, to 20%, is a 7% reduction.



That been said, is to say that the regular and normal institutions of democracy like, free, just and regular elections, freedom of speech, partisanship, alternation of access to ruling, will be premises to look for.

Federalistic organizational government, on the other hand, has many and broad is shown in many ways, and to stablish an ideal type would br arbitrary.

Dispite these initial remarks, we can not possibly forget to remark that CFRB had entrenched in its article 60, paragraph 4th, an absolute prohibition the approval of amendments that can harm the federal organization.

David Landau's abusive constitutionalism, that stresses the problem on the use of constitutional instruments to harm democracy, can be read in brazilian context, as it is completed by Mark Tushnet's remarks, that sustains the possibility of a progressive inconstitutionality by the sucessive use of constitutional emendments that completely alters the original constitutional ruling, altering the core dispositions of constitutions.

That been said, I believe that, despite all sutil difficulties above mentioned, it is probable that the progressive way in wich the brazilian congress had alter States and Municipalities atributions, specially on tax law and public policies agenda, may characterize a form of abusive constitucionalism, in the way Tushnet characterizes it, by descaractrization of original terms intrenched in Brazilian Constitution little by little, putting States subjeted to Union's power.

REFERENCIES

AFONSO, J. R. e JUNQUEIRA, G. O Federalismo Fiscal na organização do Estado Brasileiro pela Constituição de 1988. In <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/do-sistema-tributario-nacional-o-federalismo-fiscal-na-organizacao-do-estado-brasileiro-pela-constituicao-de-1988>. Última consulta em 12/05/2019.

ARAGÃO, A. S. Federalismo em crise: aspectos constitucionais dos contratos de empréstimo entre entes federativos. In: **REDAE**, n. 22, 2010, p. 1/10.

ARRETCHE, M.. Continuidades e discontinuidades da Federação Brasileira: de como 1988 facilitou 1995. **Revista de Ciências Sociais**, v.52, n.2, p.377-423, 2009. <http://producao.usp.br/handle/BDPI/6841>. Downloaded from: Biblioteca Digital da Produção Intelectual - BDPI, Universidade de São Paulo.



_____. Quando as instituições federativas fortalecem o Governo Central? In HOCHMAN, G. (org.) **Federalismo e políticas públicas no Brasil**. Organizado por Gilberto Hochman e Carlos Aurélio Pimenta de Faria. Rio de Janeiro, Editora FIOCRUZ, 2013, pp. 65-90.

BARROSO, L.R. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. In **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53, 2000, 107/113.

_____. **(Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENVINDO, J. Z. e ESTORILIO, R. **O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo**. Disponível em https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=252038 última consulta em 8/02/2019.

BOBBIO, N. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução: João Ferreira. Revisão técnica Gilson Cesar Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília 4ª. edição, 1999.

_____. **O futuro da democracia**. 7ª edição. Tradução, Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

BOBBIO N., MATTEUCI N. e PASQUINO G.. **Dicionário de Política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale.. [et. ali.] coordenação da tradução João Ferreira; 5a. edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - **Constituição de 1988 - Publicação Original**. In <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>, última consulta em 15/05/2019.

GINSBURG, T. e SIMPSEY, A. Constitutions in Authoritarian Regimes (April 22, 2014). Pp. 1-20 in **Constitutions in Authoritarian Regimes**. edited by Tom Ginsburg and Alberto Simpser (Cambridge University Press, 2014); **U of Chicago, Public Law Working Paper No. 468**. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2427794>. Última consulta em 08/02/2019.

LANDAU, D. Abusive constitutionalism. **UC Davis, Law Review**. **47**. California: 2013, 189-260. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf, última consulta em 29/01/2019.

LIJPHART, A. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Tradução Vera Caputo, 4ª ed. , rev. e ampl., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

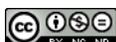
NUNES, D. C. O desmembramento da Constituição de 1988: constitucionalismo abusivo e fim do ciclo político democrático. **Revista Publicum**. Vol. 4, Edição comemorativa 2018, pp. 37-62. e-ISSN: 2447-7982. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/36647>, última consulta em 08/02/2018.



TUSHNET, M. Authoritarian Constitutionalism. **Cornel L. Rev.** V. 100. Issue 2. Jan. 2015, p. 391-462. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>, última consulta em 08/02/2015.

VIERA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WATANABE, M. ICMS perde peso e agrava desequilíbrio nas contas estaduais. **Valor Econômico**. São Paulo, 18/01/2019. In. <https://www.valor.com.br/brasil/6069723/icms-perde-peso-e-agrava-desequilibrio-nas-contas-estaduais> última consulta em 15/05/2019.



A EDUCAÇÃO INCLUSIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

INCLUSIVE EDUCATION UNDER THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT'S CASE LAW

Isabella Branquinho Arantes¹

Resumo: O artigo proposto visa analisar os julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de educação inclusiva a fim de compreender o entendimento desta Corte e como os julgamentos podem repercutir internacionalmente em avanços nos sistemas educacionais vigentes. Para tanto, buscou-se estudar o sistema regional europeu de direitos humanos, desmembrando as competências e as atuações de cada órgão deste sistema. Em seguida, foram catalogados os documentos internacionais vigentes em matéria de educação inclusiva, de âmbito universal (da ONU) e no âmbito europeu. Por fim, dissecaram-se os casos-chave do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, buscando compreender as motivações dos julgamentos, bem como as fundamentações legais utilizadas em cada processo. Para essa pesquisa jurisprudencial, foram utilizados os recortes institucional e temático, trazendo-se casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que versaram sobre obstáculos de pessoas com deficiência à educação inclusiva. Utilizou-se o método qualitativo para unir a teoria do direito à educação inclusiva vigente no âmbito europeu com os casos julgados no Tribunal Europeu de Direitos Humanos nessa matéria, conjugando-se pesquisa bibliográfica e documental com pesquisa jurisprudencial, concluindo que a educação de pessoas com deficiência, no âmbito dos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ainda está caminhando de um paradigma de integração para inclusão. Apesar de se mostrar evidente a evolução da jurisprudência do TEDH do primeiro julgamento (1990) até o último (2019) estudado, mais do que colaborar para o direito internacional, quiçá o direito internacional ainda tenha que demonstrar à Corte o quanto esta ainda pode avançar.

Palavras-chave: Sistema regional de proteção dos direitos humanos. Direito à educação. Pessoas com deficiência. Educação inclusiva. Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Abstract: The proposed article aims to analyze the trials of the European Court of Human Rights in matters of inclusive education in order to comprehend the understanding of this Court and how the decisions can have an international impact on advances in the current educational systems. To this end, we sought to study the Regional system of protection of human rights, dismembering the competences and actions of each agency of this system. Then, the international documents in force in the area of inclusive education, of universal scope (of the UN) and in the European scope were cataloged. Finally, the key cases of the European Court of Human Rights were dissected, seeking to understand the motivations of the trials, as well as the legal foundations used in each

¹ Advogada. Mestra em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, São Paulo.



case. For this jurisprudential research, institutional and thematic clippings were used, bringing cases from the European Court of Human Rights that dealt with obstacles of people with disabilities to inclusive education. The qualitative method was used to unite the theory of the right to inclusive education in force at European level with the cases judged at the European Court of Human Rights in this matter, combining bibliographic and documentary research with jurisprudential research, concluding that the education of people with disability, within the framework of the European Court of Human Rights trials, is still moving towards an integration paradigm for inclusion. Although the evolution of the ECHR jurisprudence from the first trial (1990) to the last (2019) studied is evident, more than collaborating on international law, perhaps international law has yet to demonstrate to the Court how far it can still advance.

Keywords: Regional system of protection of human rights. Right to education. Person with disability. Inclusive education. European Court of Human Rights.

Sumário: 1 Introdução – 2 O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos – 3 A educação inclusiva nos documentos internacionais – 3.1 Os documentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência de âmbito universal da Organização das Nações Unidas – 3.1.1 Instrumentos normativos gerais – A Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948) – B Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) – C Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – 3.1.2 Instrumentos normativos específicos: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo de 2006 – 3.2 Os documentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência no âmbito do Conselho da Europa – 3.2.1 Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) – 3.2.2 Carta Social Europeia Revista (1996) – 4 A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: estudo de casos – 4.1 Graeme v. Reino Unido – 4.2 Klerks v. Holanda – 4.3 McIntyre v. Reino Unido – 4.4 Kalkanli v. Turquia – 4.5 Gherghina v. Romênia – 4.6 Çam v. Turquia – 4.7 Sanlisoy v. Turquia – 4.8 Enver Sahin v. Turquia – 4.9 Dupin v. França – 4.10 Stoian v. Romênia – 5 Conclusão – Referências.

1 INTRODUÇÃO

A partir dos dados publicados em 2015 pela Eurostat, o departamento de estatística da União Europeia (UE), situado em Luxemburgo, é possível extrair que em 2011 havia 42 milhões de pessoas com deficiência entre 15 a 64 anos nos países que compunham a UE na época (excluindo-se a Croácia, que é o 28º membro da UE, e a Irlanda), número equivalente a 12.8% da população nessa faixa etária².

As pessoas com deficiência (PcD), consideradas dentro de um espectro de grupo minoritário e/ou vulnerável, foram historicamente marginalizadas tanto da condição de pessoa quanto de protagonistas de suas próprias lutas sociais. Na caminhada iniciada em um contexto de

² COMISSÃO EUROPEIA; EUROSTAT. Disability statistics: prevalence and demographics. **Eurostat**, nov. 2015. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/34409.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.



invisibilização (negando-lhes existência e cidadania), prosseguindo-se à sua segregação (permitindo-lhes espaços reservados), à sua integração (trazendo-as ao sistema tradicional vigente mediante possibilidade de adaptação das pessoas com deficiência), alcançando, por fim, a inclusão social (que pressupõe a mudança e a adaptação do próprio sistema e da sociedade como todo, em vez de transpor esse ônus às PcD), foram alcançadas conquistas normativas significativas em âmbito internacional.

Dentre os documentos internacionais mais relevantes em matéria de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, consigna-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRDP), de 2006, que inaugurou o modelo social de deficiência, no qual se conceitua a deficiência a partir da interação de impedimentos de longo prazo às diversas barreiras tradicionalmente erguidas³. Assim, o modelo social preconiza o modelo inclusivo a ser adotado pela sociedade em todos os setores.

A educação, direito humano consagrado desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em especial a educação escolar, também deve se ajustar aos moldes de um sistema inclusivo e receptivo às diferenças.

É nesse contexto de alterações legislativas e de políticas públicas nacionais de educação inclusiva que surgem as judicializações por omissão dos Estados em efetivarem o direito à educação das pessoas com deficiência, desde a acessibilidade dos edifícios escolares à contratação de tradutores e intérpretes em sala de aula, a depender do ordenamento jurídico correspondente.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), também chamado de Tribunal de Estrasburgo e Corte Europeia de Direitos Humanos, já foi acionado algumas vezes desde a mudança no paradigma da educação inclusiva para se manifestar em casos concretos em matéria de educação inclusiva. A partir dos julgamentos desses casos, é possível compreender uma evolução do entendimento do Tribunal até a atualidade, o qual pode ou não reafirmar o direito à educação inclusiva.

Dessa feita, faz-se necessário analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de educação inclusiva, a partir de estudo de casos, para entender de qual

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Vitória: Ministério Público do Trabalho; Projeto PCD Legal, 2014.



forma este Tribunal entende o modelo social de deficiência no contexto educacional inclusivo e como essas decisões podem contribuir em âmbito internacional.

Como objetivos específicos, o artigo proposto buscará estudar o sistema regional europeu de direitos humanos, desmembrando as competências e as atuações de cada órgão deste sistema. Ademais, objetiva-se catalogar os documentos internacionais vigentes em matéria de educação inclusiva, de âmbito universal (da ONU) e no âmbito europeu. Por fim, tem por finalidade enumerar os casos-chave do TEDH, buscando, por meio de uma leitura crítica das decisões, compreender as motivações dos julgamentos, bem como as fundamentações legais utilizadas em cada processo.

O método selecionado será o qualitativo, visando unir a teoria do direito à educação inclusiva vigente no âmbito europeu com os casos julgados no Tribunal Europeu de Direitos Humanos nessa matéria, conjugando-se pesquisa bibliográfica e documental com pesquisa jurisprudencial.

Para a pesquisa jurisprudencial, foram utilizados os recortes institucional e temático, trazendo-se casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que versaram sobre obstáculos de pessoas com deficiência à educação inclusiva. Busca-se uma análise temática e apresentação de linhas de entendimento deste órgão julgador. Para tanto, os julgados foram escolhidos a partir de dois documentos emitidos pelo próprio TEDH, os quais pontuaram casos-chave em matéria de direito à educação inclusiva: *Person with disabilities and the European Convention on Human Rights* e *Guide on Article 2 of Protocol n. 1 to the European Convention on Human Rights: right to education*. Com suporte nesses dois documentos, atualizados em julho de 2019 e abril de 2019, respectivamente, foram escolhidos dez casos já finalizados, excluindo-se um pendente (*Lupica v. Itália*), dos onze casos que se encaixaram aos recortes supracitados.

No documento *Guide on Article 2 of Protocol n. 1 to the European Convention on Human Rights: right to education*, os casos foram selecionados conforme o tópico de estudo: II. *Rights to education* > C. *Discrimination in access to education* > 1. *Persons with disabilities*.

No documento *Person with disabilities and the European Convention on Human Rights*, os casos foram encontrados no tópico *Right to education (Article 2 of Protocol No. 1)*.



Somando-se os casos citados nesses dois documentos, fez-se a dissecação dos fatos e do direito utilizados para as decisões finais, estudando os julgamentos por ordem cronológica de publicação.

2 O SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

As violações dos direitos humanos, quando considerado o panorama global, são massivas, reiteradas e incessáveis, no entanto, um pouco mais camufladas que as violações ocorridas no contexto da segunda guerra mundial, a partir de quando surgiu a preocupação internacional na proteção desses direitos.

Os Estados passaram a se reunir e formar Organizações Internacionais (OI), buscando se fortalecer para estabelecer normas de relações internacionais de poder e influência política, e se organizaram em dois grandes níveis em se tratando de proteção dos direitos humanos: um sistema global, centralizado na Organização das Nações Unidas (ONU) e em suas agências especializadas, e os sistemas regionais (africano, europeu e interamericano), por meio de seus órgãos e instrumentos normativos⁴.

O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, foco deste trabalho, integra o âmbito do Conselho da Europa. O Conselho da Europa é uma organização internacional fundada em 1949, com a proposta de defender os direitos humanos no continente europeu. É um órgão à parte da União Europeia, mas é de praxe que os Estados interessados em adentrar esse bloco devem integrar o Conselho⁵. Atualmente, integra 47 membros, dentro dos quais 28 participam também da União Europeia.

São dois os instrumentos normativos de maior relevância no que tange à educação inclusiva, quais sejam, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Carta Social Europeia (CSE). A Carta Social Europeia se limita a pontuar direitos e procedimentos, enquanto a Convenção vai além, criando órgãos e instrumentos de caráter judicial em defesa dos direitos ali previstos.

⁴ PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito da FAEF**, ano 1, n. 2, jul. 2012. p. 4.

⁵ CONSELHO DA EUROPA. Quem somos. **Estrasburgo**, 2021. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us>. Acesso em: 22 jan. 2021.



A Convenção foi criada em 1954 a partir de um tratado passível de ser aderido apenas pelos Estados membros do Conselho da Europa e entrou em vigor em âmbito internacional após a aderência de dez Estados em 1953. Objetivou-se a criação de padrões mínimos de direitos e garantias a serem respeitados pelos Estados no continente europeu, criando-se a Comissão e a Corte, as quais agem em caso de violação desses. Mazzuoli pontua que “as pessoas protegidas – repita-se – são *quaisquer pessoas* que estejam sujeitas à jurisdição do Estado-parte em causa, independentemente de sua nacionalidade”⁶.

Inicialmente, a CEDH previa três órgãos para a tutela dos direitos e liberdades: a Comissão Europeia de Direitos Humanos (de função consultiva e semi-judicial), a Corte Europeia de Direitos Humanos (de função judicial) e o Comitê de Ministros (de função “diplomática”)⁷. No entanto, a partir do Protocolo n. 11, instituído em 1998, extinguiu-se a Comissão, unificando na nova Corte as funções de admissibilidade e de mérito das petições submetidas pelos Estados, por indivíduos, ONGS ou grupos de pessoas. Até então, o Tribunal apenas tomava ciência e decidia o mérito dos procedimentos considerados admissíveis pela Comissão. Após novembro de 1998, por outro lado, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos é responsável por receber todas as demandas, encampando a função de tutela dos direitos humanos no sistema europeu de maneira exclusiva.

Cabe ao TEDH dois tipos de atos: as sentenças e os pareceres. As sentenças são aquelas decisões que julgam as petições que envolvem violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos, enquanto os pareceres são opiniões emitidas pela Corte quando consultada pelos Estados Membros⁸.

Quando um indivíduo, por meio do artigo 34 da Convenção, exerce o seu direito de petição e inicia um procedimento diante do Tribunal para apurar a violação de direitos, é necessário demonstrar um prejuízo pessoal causado pelo Estado (que será, sempre, o sujeito passivo da ação). Por outro lado, nos casos em que um Estado demanda outro, não é necessário demonstrar a violação de um direito individual, restando suficiente a comprovação de efetiva

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 13, v. 2, p. 32-58, 2010. p. 35.

⁷ MAZZUOLI, op. cit., p. 36-37.

⁸ FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 32, n. 127, p. 177-190, jul./set. 1995. p. 180.



violação da Convenção. De qualquer maneira, não cabe à Corte julgar violações em abstrato, devendo se demonstrar uma violação concreta da CEDH⁹.

Os requisitos de admissibilidade das demandas estão presentes no artigo 35 da Convenção. É necessário que: a) se esgotem todas as vias de recurso internas; b) a petição seja protocolada em até seis meses da decisão interna definitiva; c) a petição não seja anônima; d) a petição não seja idêntica a outra anteriormente examinada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos sem conter fatos novos; e) a demanda não tenha sido submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão sem conter fatos novos; f) a petição seja compatível com a Convenção e seus Protocolos; e g) a petição não tenha caráter abusivo ou seja manifestamente fundada¹⁰. Não cabe nenhum recurso contra a decisão de inadmissibilidade da demanda.

Em relação à decisão de mérito, as sentenças do Tribunal são “juridicamente vinculantes e têm natureza declaratória”¹¹. Assim, a Corte se limita a declarar se houve ou não a violação alegada, mas também determina as consequências da violação por parte do Estado.

Sendo assim, tendo dissecado a estrutura do sistema regional de proteção dos direitos humanos no âmbito europeu, bem como o funcionamento do órgão de controle das violações a esses direitos dentro do Conselho da Europa, faz-se necessário estudar as normativas internacionais que dispõem em algum grau sobre o direito à educação inclusiva, de maneira a verificar os principais fundamentos utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos julgamentos de demandas individuais de pessoas com deficiência (ou seus familiares) em defesa a seu direito à educação.

3 A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

A educação inclusiva se mostra atualmente o principal caminho a ser seguido no desenvolvimento social solidário. Isso porque é direito de todas as pessoas – não apenas das pessoas com deficiência e outras pessoas histórica e reiteradamente marginalizadas do bojo social – o convívio plural e inclusivo.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 13, v. 2, p. 32-58, 2010, p. 41-42.

¹⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Estrasburgo: Conselho da Europa; Tribunal Europeu de Direitos Humanos, [s.d.]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

¹¹ MAZZUOLI, op cit., p. 45-46.



No entanto, é notório que em muitos países a educação inclusiva é considerada um projeto utópico. No relatório *Fighting school segregation in Europe through inclusive education: a position paper*, articulado pela Comissão para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, fica latente que:

O acesso às escolas regulares não garante necessariamente a inclusão. Frequentemente, as crianças com deficiência – embora sob o mesmo teto – ainda estão separadas dos colegas na prática, educadas apenas em regime de meio período ou é negado a elas acesso a programas prolongados durante o dia. Elas também têm taxas de evasão muito maiores. Isso geralmente ocorre devido à falta de recursos para garantir a acessibilidade e fornecer formas de apoio individual¹².

Diante dessa realidade, passa-se ao estudo dos principais instrumentos normativos existentes e utilizados no âmbito regional de proteção dos direitos humanos, que podem servir de escopo para os Estados adotarem práticas globais de implementação da educação inclusiva.

3.1 Os documentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência de âmbito universal da Organização das Nações Unidas

Há alguns documentos de âmbito universal de ação setorial para a não discriminação de pessoas com deficiência, como programas e normas uniformes, no entanto, serão dissecadas aqui as normas de maior relevância para o Direito Internacional.

3.1.1 Instrumentos normativos gerais

a) Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948)

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens (DUDH) é considerada a base do sistema internacional de direitos humanos, trazendo direitos e liberdades fundamentais a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade, condição econômica, sexo, cor e raça.

Prevê, em seu artigo 2º, a capacidade de todos em gozar dos direitos e das liberdades estabelecidos na DUDH. No artigo 7º, estabelece que todo ser humano tem direito a ser reconhecido como pessoa perante a lei, seguido do artigo 8º, que trata da igualdade e da proibição

¹² CONSELHO DA EUROPA; COMISSÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Fighting school segregation in Europe through inclusive education: a position paper**. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2017. p. 8. Tradução nossa.



de discriminação. Já no artigo 26, a Declaração traz o direito à educação, que deverá ser gratuita, ao menos no nível elementar e fundamental e acessível a todos.

Nota-se que não há uma menção expressa à educação inclusiva, preconizando, apenas, que é direito de todos. O único paralelo em que é possível encaixar as pessoas com deficiência é no artigo 25, no qual dispõe a semente da seguridade social, devendo assegurar um padrão de vida mínimo àqueles que não possuem meios de subsistência (em razão de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, entre outros).

Por mais que não tenha existido uma previsão minuciosa acerca dos direitos das pessoas com deficiência, resta latente que a intenção da Declaração foi trazer um rol de direitos e liberdades direcionados a todas as pessoas, prevendo os mínimos e deixando espaço para que documentos posteriores especificassem as necessidades peculiares de cada grupo.

b) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) vem em conformidade à Declaração reiterar e adicionar alguns direitos e liberdades de natureza civil e política aos parâmetros mínimos a serem acatados pelos Estados nas formulações de leis e políticas públicas.

Em matéria de educação inclusiva às pessoas com deficiência, inexistem previsão em específico, até mesmo pela natureza social do direito à educação. Reitera a proibição de discriminação por qualquer motivo e a igualdade perante a lei, conforme esperado de um documento de caráter geral.

c) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), à esteira dos dois documentos internacionais anteriores, reitera direitos e liberdades gerais, como a igualdade, a proibição da discriminação e a educação acessível a todos, e não cita expressamente as pessoas com deficiência.

3.1.2 Instrumentos normativos específicos: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo de 2006



A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRDP) e seu protocolo inauguram o paradigma da inclusão das pessoas com deficiência, prestigiando o modelo social de deficiência, que é a interação entre impedimentos de longo prazo a barreiras que obstruem a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (artigo 1º).

A CRDP é o primeiro e único tratado de direitos humanos a ser incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de constitucionalidade, reinando-o junto com a Constituição Federal de 1988. Internacionalmente, tem caráter transcendental pois é o primeiro tratado de direitos humanos do Século XXI e o primeiro que foi firmado por organizações regionais de integração, como a União Europeia¹³. Ademais, seu conteúdo vasto e rico impactou expressivamente os ordenamentos jurídicos nacionais, que tiveram que sofrer mudanças para se alinhar a seus princípios, bem como garantir, na prática, os instrumentos necessários a uma real inclusão social.

Seu longo preâmbulo explora todos os objetivos a serem alcançados com a Convenção para um desenvolvimento social plural e o artigo 2º se propõe a explorar alguns conceitos de grande relevância para o aperfeiçoamento de políticas públicas, como de comunicação, adaptação razoável e desenho universal.

O artigo 24 ocupa do direito à educação, sendo dividido em cinco partes. Visando uma efetividade desse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, a primeira parte dispõe que os Estados deverão assegurar sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, pontuando alguns objetivos: o pleno desenvolvimento do potencial humano, o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos das pessoas com deficiência e sua participação efetiva em uma sociedade livre¹⁴.

Na parte dois, traz outras referências aos Estados para a efetivação do direito à educação, devendo estes certificarem-se que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência, tenham acesso ao ensino primário inclusivo, de

¹³ SALDIVIA, Kirian Sebastián Riquelme. Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional. **Cuestiones de Interés Jurídico do Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)**, 25 set. 2018. Disponível em: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/igualdad-personas-discapacidad-retos-la-proteccion-efectiva-nivel-internacional/>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 13.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Vitória: Ministério Público do Trabalho; Projeto PCD Legal, 2014. p. 53.



qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas e recebam o apoio necessário no sistema educacional geral de forma a facilitar sua efetiva educação. Outrossim, os Estados devem estar atentos para que providenciem adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais, bem como a adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social.

A terceira parte dispõe de medidas práticas para a efetivação da educação de algumas pessoas com deficiência, como facilitação do aprendizado do braile e da língua de sinais. A quarta parte pontua a necessidade de capacitação de profissionais que auxiliem efetivamente a inclusão plena no âmbito do sistema educacional geral. Por fim, a parte cinco reitera o acesso ao ensino superior e de outros cursos profissionalizantes a pessoas com deficiência e sua importância ao desenvolvimento pessoal e econômico.

Nota-se que a Convenção se propôs a incluir conceitos e a dissecar direitos e garantias de maneira específica às necessidades das pessoas com deficiência. Em matéria de educação inclusiva, a CRDP, em sendo um documento internacional de caráter generalizado e assinado por diversos países, cumpriu com sua proposta de direcionar os Estados a uma educação inclusiva e é base para a alteração de diversos ordenamentos jurídicos internos, bem como para os julgamentos nos tribunais regionais de direitos humanos.

3.2 Os documentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência no âmbito do Conselho da Europa

3.2.1 Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que ainda vige a nível europeu como norma suprema em matéria de direitos humanos, consagrou o espírito garantista do Conselho da Europa¹⁵. Conforme já detalhado, previu direitos e liberdades a serem respeitados pelos Estados, bem como a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e demais normas procedimentais.

¹⁵ SALDIVIA, Kirian Sebastián Riquelme. Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional. **Cuestiones de Interés Jurídico do Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)**, 25 set. 2018. Disponível em: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/igualdad-personas-discapacidad-retos-la-proteccion-efectiva-nivel-internacional/>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 18.



Os artigos mais importantes em sede da discussão sobre educação inclusiva no âmbito europeu são os artigos 14 e 2º do Protocolo n. 1 da Convenção. Quando invocadas violações ao direito à educação inclusiva em sede de demanda perante o TEDH, invoca-se frequentemente violação de ambos os artigos.

O artigo 14 trata da proibição de discriminação, pontuando que o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado a todos sem distinções, enumerando algumas razões de discriminação (sexo, raça, cor, nacionalidade e religião, entre outras). Apesar de não pontuar “deficiência”, é pacífico o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos que é uma razão de discriminação passível de se invocar este artigo. Já o artigo 2º do Protocolo n. 1 da CEDH dispõe sobre o direito de todos à educação.

Apesar de não descrever o direito das pessoas com deficiência à educação inclusiva, pode-se considerar que a Convenção assegura esse direito em razão da conjugação desses artigos.

3.2.2 Carta Social Europeia Revista (1996)

A Carta Social Europeia Revista (CSER) substituiu a Carta Social Europeia de 1961, adaptando o texto às mudanças sociais fundamentais ocorridas desde a primeira versão. No âmbito europeu, pode ser considerada o segundo pilar de sustento em matéria de direitos humanos.

Apesar de seu caráter geral, possui redação extensa que contempla variadas espécies de direitos, garantias e liberdades não tão especificados nos documentos anteriormente discutidos.

A primeira menção às pessoas com deficiência está no artigo 9º, o qual pondera acerca do direito às pessoas, inclusive pessoas com deficiência, em obter orientação profissional para auxílio na escolha de uma profissão ou aperfeiçoamento profissional. Em seguida, no artigo 10º, 1, pontua o direito à formação profissional de todas as pessoas, citando novamente as pessoas com deficiência.

De forma inovadora, também, a Carta Social trouxe o artigo 15, cuja proposta é trazer instrumentos que garantam o direito das pessoas com deficiência à autonomia, à integração social e à participação na vida da comunidade. Como primeiro compromisso, traz-se a preferência pela matrícula de PcD em escolas regulares, sempre que possível. Ainda, garante direitos em matéria de educação e formação profissional, bem como a integração no âmbito laboral e na vida social



da comunidade. Resta cristalino que a intenção é efetivar o exercício da cidadania das pessoas com deficiência por meio de seus direitos e convívio social.

Assim, por mais que considerado de menor relevância no âmbito europeu, em matéria de educação inclusiva a Carta Social traz instrumentos e dispositivos que melhor se aplicam à realidade das pessoas com deficiência, ao contrário da Convenção, que dispõe de direitos de maneira generalizada.

De qualquer forma, em se tratando dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos de demandas na temática de educação inclusiva, todos os documentos internacionais estudados são de extrema relevância e, juntos, são utilizados nas sentenças para resolver os casos concretos. Na pesquisa jurisprudencial, notou-se um padrão nas motivações do Tribunal ao considerar as legislações e documentos internacionais relevantes: A Declaração Universal e os Pactos Internacionais, apesar de genéricos, são a origem da discussão sobre direitos humanos em âmbito internacional e são frequentemente recordados, ainda que não tragam dispositivos específicos; A Convenção Universal sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traz conceitos aplicáveis nos casos, bem como modelos de políticas públicas e garantias a fim de efetivar a educação inclusiva dentro dos Estados; A Carta Social, para os julgamentos, tem relevância vez que confirma os direitos previstos na CRDP; E a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que composta de direitos e liberdades gerais, é sempre utilizada como fundamento legal das demandas em trâmite no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme exige seu artigo 34.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS

Antes de iniciar ao estudo dos casos, faz-se necessário ressaltar que a unificação da Comissão (responsável por verificar a admissibilidade dos pedidos) e da Corte (responsável por julgar o mérito dos pedidos, quando admitidos pela Comissão) se deu apenas em 1º de novembro de 1998, com o Protocolo n. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Assim, os três primeiros casos estudados ainda contam com a configuração Comissão e Corte. Do caso *Kalkani v. Turquia* em seguinte, coube unicamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisar admissibilidade e o mérito dos procedimentos protocolados.



Os casos Graeme v. Reino Unido, Kleks v. Holanda e McIntyre v. Reino Unido não foram excluídos da pesquisa jurisprudencial pois se mostram essenciais para analisar a evolução do TEDH, mostrando o caminho, desde o início, da tutela do direito à educação inclusiva no âmbito do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos, mesmo que não tenham sido resolvidos pela configuração de Tribunal Europeu de Direitos Humanos que se conhece atualmente.

4.1 Graeme v. Reino Unido

Diana Graeme, mãe de uma criança com deficiência intelectual, buscou a Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1987, protocolando o requerimento em 25 de junho e obtendo julgamento apenas em 5 de fevereiro de 1990.

A discussão versou, em um primeiro momento, sobre as necessidades educacionais específicas de um de seus filhos, o qual, desde tenra idade, apresentava dificuldades na escola primária. Em 1979, a família se mudou para Bolton e as dificuldades da criança se acentuaram, motivo pelo qual a Autoridade Educacional Local (LEA) recomendou que participasse exclusivamente de uma escola especial. No entanto, seus pais se insurgiram contra essa recomendação, argumentando que era mais importante à educação da criança ir a uma escola regular, em companhia aos mais variados alunos ali matriculados.

A partir disso, a LEA se movimentou para iniciar um procedimento de avaliação de acordo com a até então vigente Lei de Educação de 1981, objetivando colocá-lo em uma escola adequada. Porém, os pais se recusaram a colaborar e “embarcaram em uma conduta, descrita posteriormente pelo Tribunal de Recursos, como planejada para frustrar o procedimento de avaliação”¹⁶. Em 1985, a LEA iniciou um procedimento junto ao Tribunal local buscando uma ordem cautelar sob a Lei de Crianças e Jovens de 1969, objetivando facilitar uma avaliação adequada de suas necessidades. Mais uma vez, os pais não colaboraram e a criança foi submetida à tutela do tribunal, em um *status* de “*ward of court*”.

Foi-lhe nomeado um guardião *ad litem*, o Solicitador Oficial, o qual se propôs imediatamente a obter os relatórios médicos especializados necessários para os procedimentos de

¹⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 13887/88**. Requerente: Diana Graeme. Requerido: Reino Unido. Estrasburgo, 05 fev. 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82181>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 168.



tutela, bem como para a avaliação almejada pela LEA. No bojo da audiência de custódia, o Solicitador Oficial informou ao juiz que, em sua opinião, os interesses da criança seriam mais bem atendidos se fosse matriculado em uma escola residencial especial.

Diante de todas as argumentações e provas apresentadas, o juiz determinou que a criança fosse matriculada, em seu próprio benefício, em um internato especial adequado, pontuando que “antes que fosse tarde demais, a criança merecia, portanto, a chance de se beneficiar de outro tipo de atendimento em diferentes arredores e com crianças que compartilhavam alguns de seus próprios problemas”¹⁷.

Os pais se utilizaram de todos os recursos existentes para reverter a decisão, sem obter sucesso, de maneira que a criança iniciou seus estudos na Escola Sheiling em Hampshire, uma das Escolas Rudolph Steiner Camphil em 1987.

Perante a Comissão, Diana reclamou ser vítima do Artigo 2º do Protocolo n. 1 da CEDH, vez que seu filho não era educado em conformidade com seus princípios religiosos e convicções filosóficas relacionados com: a) a educação de seu filho com os demais alunos das escolas regulares; b) sua educação em uma escola particular e independente de sua escolha; c) sua educação em uma escola cristã que apoia a vida familiar com os pais naturais; e d) uma educação em que seu filho aprenderia e celebraria sua religião.

Ela alegou, em suma, que as autoridades públicas do Reino Unido interferiram injustificadamente em seus direitos dos Artigos 8º e 9º da CEDH (exercício familiar e liberdade religiosa), bem como prejudicou o direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n. 1) de seu filho. Diana argumentou que a Escola Sheiling, a qual seu filho era obrigado a frequentar, não era uma escola especial e que desencorajava, entre outros aspectos, a vida familiar e cristã, retendo as crianças em datas festivas cristãs (Natal, Páscoa etc).

Diante disso, a Comissão pontuou algumas considerações no procedimento de admissão do caso.

De início, questionou até que ponto o desacordo de Diana com as autoridades educacionais sobre a escola apropriada para o filho – preferindo escolas regulares a escolas especiais – era resumido a uma diferença de convicções filosóficas em vez de uma diferença de

¹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 13887/88**. Requerente: Diana Graeme. Requerido: Reino Unido. Estrasburgo, 05 fev. 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82181>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 170.



visão sobre a melhor maneira de fornecer uma educação efetiva à criança. Para a Comissão, ainda que presente uma discussão acerca da convicção religiosa de Diana no caso, demonstrava-se latente o caráter dominante do direito da criança à educação (Artigo 2 do Protocolo n. 1)¹⁸.

Ainda, a Comissão pontuou, em observância à Lei da Educação de 1981, que uma criança com necessidades educacionais especiais deve ser educada em uma escola comum se isso for compatível com a educação que a criança exige, devendo balancear com a efetividade da educação dos demais alunos dessa escola e com o uso eficiente dos recursos¹⁹.

À vista de todas as considerações levantadas, a Comissão passou à decisão, entendendo que Diana perdeu muito de sua liberdade de escolha parental ao se omitir de suas obrigações legais perante o filho ao ponto de ele ser nomeado *ward of court*. Ademais, que durante os procedimentos legais teve suas opiniões ouvidas e levadas em consideração suas convicções. No entanto, prevaleceu o interesse da criança, de maneira que se decidiu por sua matrícula em uma escola residencial especial, a qual dispunha de uma boa reputação por educar crianças com deficiência em conformidade aos ensinamentos cristãos. Dessa feita, a Comissão entendeu que todas as autoridades nacionais respeitaram as convicções de Diana na medida em que eram coerentes com o direito da criança em ter uma educação o mais eficaz possível conforme suas necessidades.

Resultou, então, que seus pedidos foram inadmitidos, não entendendo a Comissão haver violação do direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n. 1) da criança com deficiência, nem violação dos demais direitos trazidos em discussão (Artigo 8º, exercício familiar e Artigo 9º, liberdade religiosa).

Em sendo inadmitido o procedimento, não coube à Corte, neste caso, se pronunciar.

4.2 Klerks v. Holanda

Martin Klerks, pai de Ruben, uma criança com deficiência auditiva, iniciou o procedimento diante da Comissão em 6 de junho de 1994, o qual foi julgado em 4 de julho de 1995.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 13887/88**. Requerente: Diana Graeme. Requerido: Reino Unido. Estrasburgo, 05 fev. 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82181>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 173.

¹⁹ *Ibid.*, p. 174.



Ruben, de 1985 a maio de 1987, estudava em uma escola para surdos em Voorburg. Seus pais observaram que ele não apresentou progresso nessa escola, discordando de seus métodos de ensino, de maneira que enviaram Ruben para uma escola especial para pessoas com dificuldade de audição em Rijswijk.

Nessa nova escola, os pais observaram um grande progresso da criança. No entanto, após duas avaliações no ano letivo, eles foram informados em junho de 1988 que Ruben não poderia continuar estudando ali, devendo ser transferido para uma escola para surdos.

Dessa decisão, o Martin tentou variadas formas de recorrer de maneira que Ruben pudesse prosseguir com seus estudos na escola, mas não obteve sucesso. Pelos anos seguintes, recebeu várias recusas de matrícula de escolas regulares, que apontavam não serem capazes de atender às necessidades de Ruben sem perturbar as necessidades educacionais dos outros alunos²⁰.

Em dezembro de 1991, Martin foi condenado pelo Tribunal Distrital (Kantongerecht) por não registrar seu filho em uma escola, o que era contrário à lei. Parte da multa seria suspensa sob a condição de o requerente cooperar no exame de que tipo de escola seria mais apropriada para as necessidades de Ruben. Após as avaliações, concluídas em março de 1992, concluiu-se que Ruben deveria frequentar uma escola para surdos.

Os pais discordaram dos métodos de avaliação e resolveram recorrer ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Enquanto isso, encontraram uma escola regular em Voorhout, perto de sua cidade natal, a única escola regular disposta a admitir Ruben.

Diante da Comissão, Martin alega ter havido violação do direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n. 1) de Ruben, vez que este não foi autorizado a ser educado em uma escola regular em sua cidade natal.

A Comissão, mais uma vez, pontuou que as convicções filosóficas dos pais (ao preferirem uma escola regular a uma escola especial) não deveriam ser priorizadas se comprometessem o direito à educação dos filhos. Pontuou que a política de alocar crianças com deficiência em escolas regulares deveria ser implementada quando possível, não abarcando alguns casos em que uma escola especial se demonstrasse melhor para o desenvolvimento da criança.

²⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 25212/94**. Requerente: Martin Klerks. Requerido: Holanda. Segunda Seção. Estrasburgo, 04 jul. 1995. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2233>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 2.



No caso, observou-se que em várias ocasiões, e por diferentes autoridades, verificou-se que as necessidades de Ruben seriam mais bem atendidas em uma escola para surdos. Ainda, que Ruben estava frequentando uma escola regular sem sofrer qualquer oposição das autoridades educacionais, o que afastava os argumentos de que seu direito à educação se encontrava lesado.

Em conclusão, a Comissão entendeu que o caso era manifestamente inadmissível, vez que as autoridades nacionais respeitaram os pontos de vista de Martin, bem como o direito de Ruben a uma educação o mais eficaz possível, o que afastava a alegada violação ao Artigo 2º do Protocolo n. 1 da CEDH.

Em sendo inadmitido o procedimento, este caso também não foi encaminhado para julgamento na Corte.

4.3 McIntyre v. Reino Unido

O caso teve início a partir de requerimento protocolado em 29 de setembro de 1995 por Molly McIntyre, decidido pela Comissão em 21 de outubro de 1998.

Molly foi diagnosticada com distrofia muscular. Aos 7 anos, em 1991, passou por avaliação junto à Autoridade Educacional Local (LEA) a fim de concluir qual estabelecimento escolar seria mais apropriado às suas necessidades. O relatório médico que acompanhou sua declaração de necessidades especiais final expressou que ela andava com dificuldades, de modo que deveria contar com transporte para a escola e que não deveria subir escadas.

Dentre duas opções que se mostraram disponíveis, entre regular e especial, a mãe de Molly expressou preferência pela matrícula na Escola de Sudbourne, uma escola regular, vez que havia o consenso de que, sempre que possível, alunos com deficiência deveriam ser educados em escolas regulares.

Assim, Molly começou a estudar na Escola de Sudbourne, que identificou algumas de suas necessidades específicas, incluindo tempo adicional para se deslocar pela escola entre os edifícios durante as trocas de turno, a reserva de um assento na frente da classe e a necessidade de acesso total ao currículo nacional²¹.

²¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 29046/95**. Requerente: Molly McIntyre. Requerido: Reino Unido. Primeira Seção. Estrasburgo, 21 out. 1998. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4441>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 2.



Em dezembro de 1993, foi feita uma revisão da declaração de necessidades especiais, vez que Molly passou a enfrentar mais dificuldades em se deslocar, utilizando-se cada vez mais de cadeira de rodas. Em razão da não possibilidade de utilização de escadas, consenso entre seu cuidador, seus professores e sua mãe, surgiu a necessidade de mudar as salas de aula que se dariam no primeiro andar.

A Escola de Sudbourne não era uma das escolas com prioridade para acesso de pessoas com deficiência do rol da LEA, de forma que dispôs de financiamento apenas para reformas que entenderam prioritárias, como a instalação de rampas e banheiros para pessoas com deficiência.

No entanto, não se demonstrou suficiente para Molly. Ela não conseguiu participar de algumas das aulas junto com sua turma regular, pois não acessava o primeiro andar. Molly e sua mãe pediram reiteradamente à escola para que instalassem um elevador de forma a facilitar o seu deslocamento pelo edifício, porém a LEA investigou que o custo seria muito alto e o retorno não seria proporcional, pois se tratava de uma escola pequena.

A Escola Sudbourne efetuou alguns arranjos alternativos, transferindo a sala de aula fixa para o térreo, incumbindo um professor semanalmente de ministrar-lhe particularmente no térreo as aulas de ciências que eram realizadas no primeiro andar, trazendo alguns livros da biblioteca situada no primeiro andar e comprando-lhe um computador portátil e uma impressora.

Molly e sua mãe ingressaram com ação contra a LEA buscando analisar judicialmente sua recusa em instalar o elevador, cujo pedido foi indeferido pelo Tribunal Superior em 1995. Intentaram todos os recursos, mas não obtiveram sucesso.

Assim, Molly recorreu à Comissão, reclamando ter sido discriminada em razão de sua deficiência, com violação do Artigo 14 da CEDH, na medida em que lhe era negado o pleno gozo de seu direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n.1). Ela reclamou não ter tido acesso a todas as aulas frequentadas por seus pares e, portanto, não teve acesso total ao currículo nacional.

Durante o trâmite do procedimento, Molly encontrou uma escola que lhe permitia total mobilidade.

Em resposta, o Governo aceitou que o direito à educação incluía o direito de acesso a instituições educacionais existentes e o direito a uma educação eficaz, mas ressalva que nenhum direito é absoluto. Sustentou que se faz necessário encontrar um equilíbrio entre as necessidades dos alunos com deficiência, os desejos dos pais, os interesses de outros alunos e a disponibilidade



de fundos públicos, considerando que esse equilíbrio foi atingido no presente caso, tendo a escola e a LEA efetuado todas as adaptações possíveis para fornecer a melhor educação para Molly. Ademais, argumentou que ela não poderia ser vítima de violação do Artigo 2º da Convenção, vez que estava matriculada, na época do julgamento, em uma escola que lhe fornecia total acesso às instalações educacionais.

Molly, por outro lado, pontuou que estava na declaração de necessidades educacionais especiais a imprescindibilidade de um amplo acesso ao currículo nacional e às instalações para mobilidade dentro da escola, de maneira que a escola deveria ter se planejado. Reconheceu que a escola e a LEA tenham se movimentado para ajudá-la, mas que, pela falta do elevador, deixou de receber uma educação efetiva.

Diante de todos os argumentos apresentados, a Comissão se posicionou a fim de discorrer acerca da admissibilidade do caso.

Inicialmente, ponderou acerca do primeiro argumento apresentado pelo Governo, da impossibilidade de Molly ser considerada vítima vez que estava matriculada em uma escola com mobilidade plena. A Comissão foi clara ao dispor que a mudança da escola não apagava as reclamações de violações anteriores, de maneira que ela poderia perfeitamente ser considerada vítima se houve, de fato, violação na época das denúncias.

Em seguida, passou a discorrer sobre a alegada discriminação e as adaptações efetuadas pela escola.

A Comissão dispôs que cabe aos Estados remanejarem a verba pública de maneira a efetuarem o melhor emprego possível de seus recursos disponíveis no interesse das crianças com deficiência em geral²².

Em relação à discriminação, estabeleceu que “para os fins do artigo 14 da Convenção, uma diferença de tratamento é discriminatória se “não tiver uma justificação objetiva e razoável”, ou seja, se não buscar um “objetivo legítimo” ou se não houver uma “relação razoável” de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo procurado a ser realizado”²³.

²² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 29046/95**. Requerente: Molly McIntyre. Requerido: Reino Unido. Primeira Seção. Estrasburgo, 21 out. 1998. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4441>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 6.

²³ *Ibid.*, p. 6.



Para a Comissão, restou latente que a LEA forneceu uma série de recursos adicionais para acomodar as necessidades de Molly, modificando as salas de aulas, dentre outras adaptações. Apontou que a LEA manteve as necessidades da Molly sob revisão e, juntamente com a escola, reorganizou sua educação e a localização de suas aulas, tanto quanto possível, de modo que inviável considerar que a recusa da LEA em instalar um elevador negou-lhe o direito à educação ou foi uma conduta discriminatória, dadas todas as alternativas tomadas.

Assim, declarou o procedimento inadmissível, pontuando a improcedência do pedido, vez que inexistente violação ao direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n. 1) e à proibição de discriminação (Artigo 14 da CEDH).

4.4 Kalkanli v. Turquia

Candan Kalkanli é mãe de Oğulcan Kalkanli, um jovem cego. Ambos apresentaram requerimento diante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 19 de dezembro de 2003, obtendo decisão definitiva em 13 de janeiro de 2009. Eles são cidadãos turcos residentes, à época do julgamento, nos Estados Unidos.

No início de 1998, Candan inscreveu Oğulcan no segundo ano do ensino fundamental em uma escola particular, a Enka. Em março do mesmo ano, o diretor da escola enviou uma carta a ela rejeitando a inscrição, alegando que seria melhor que o inscrevesse em uma escola especial, capaz de atender às suas necessidades comportamentais.

Em abril de 2000, eles intentaram uma ação de indenização pelos danos morais obtidos por cada um, alegando violação à legislação nacional, a qual obrigada a todos os estabelecimentos de ensino, públicos e privados, a oferecerem serviços inclusivos.

No bojo do processo, foi realizado um relatório de especialistas a fim de apurarem a situação. O relatório enfatizou que seria necessária uma avaliação por especialistas para que uma criança necessitada de educação especial pudesse segui-la em escolas regulares, de forma que, na ausência dessa avaliação, não foi possível determinar se Oğulcan estava apto para a educação inclusiva.

Em dezembro de 2001, diante de todas as provas produzidas, o Tribunal indeferiu o pedido. Candan e Oğulcan recorreram da decisão, a qual foi confirmada em sede de recurso.



Por todo o ocorrido, mãe e filho decidiram alcançar o TEDH, reclamando a violação de seu direito à educação (Artigo 2º do Protocolo n. 1) e alegando conduta discriminatória (Artigo 14 da CEDH), em razão da recusa da admissão ter sido motivada pela cegueira de Oğulcan.

Em 2009, Oğulcan já se encontrava formado nos Estados Unidos, havendo-se apurado que não efetuou outros pedidos de matrícula em escolas turcas além da Enko.

O Tribunal, passando à admissibilidade do caso, analisou que faltava à mãe o status de vítima, por orbitar a discussão apenas o direito à educação de seu filho. Assim, inadmitiu, de plano, seus pedidos.

Quanto às reclamações formuladas por Oğulcan, o Tribunal iniciou suas considerações pontuando que o Estado dispõe de uma margem de apreciação para realocar os recursos públicos de maneira a potencializar o cumprimento da CEDH. Ademais, reiterou que “discriminação consiste em tratar as pessoas em situação comparáveis de maneiras diferentes, a menos que haja justificativa objetiva e razoável”²⁴.

O Tribunal teceu, em concordância a Oğulcan, que a recusa na Escola Enka claramente se deu em razão de sua cegueira. No entanto, sopesou que no âmbito interno da Turquia existiam estabelecimentos de serviços de educação especial, sob controle e responsabilidade do Ministério da Educação Nacional, os quais eram responsáveis, em especial, pela identificação de crianças que necessitam de educação especial, bem como pela organização e a implementação dessa educação.

Assim, o TEDH entendeu que a recusa de uma única escola em admitir Oğulcan, fato que se deu no segundo ano do ensino fundamental, não pode ser entendida, por si só, como um incumprimento por parte do Estado em fornecer-lhe uma educação eficaz, nem uma negação sistêmica de seu direito à educação por causa de sua cegueira.

Em conclusão, o Tribunal rejeitou todos os pedidos formulados por Cadan e Oğulcan, inadmitindo o procedimento.

²⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 2600/04**. Requerentes: Oğulcan Kalkanli e Candan Kalkanli. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 13 jan. 2009. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91079>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 10.



4.5 Gherghina v. Romênia

Răzvan Mihai Gherghina, um cidadão romeno nascido em 1982 e residente em Başcov-Valea Ursului, apresentou petição perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 20 de setembro de 2007, com julgamento em julho de 2015.

Em 2001, Răzvan sofreu um acidente, no qual sofreu lesões na coluna vertebral, resultando em grave comprometimento locomotor de seus membros inferiores. Foi tratado em hospitais nos anos seguintes, até que em 2003 a Comissão de Avaliação de Deficiências emitiu um certificado atestando que ele tinha uma deficiência grave, o que lhe concedia o direito aos serviços de uma assistente pessoal. Ele utilizava cadeira de rodas na época.

Nos dois anos seguintes, contou com o auxílio de sua tia, uma assistente médica profissional, que implementou com ele um programa de reabilitação motora e assumiu o papel de seu assistente pessoal. Como resultado, apresentou melhores em suas condições físicas e gradualmente se tornou capaz de se mover sem cadeira de rodas, desde que contasse com o auxílio de outra pessoa ou de corrimões. Desde 2005, é capaz de dirigir um veículo adaptado.

Răzvan tentou concluir o ensino superior em três universidades diferentes, sem obter sucesso, o que o levou a iniciar o procedimento diante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Răzvan estudou na Universidade Constantin Brâncoveanu, Pitesti, de 2001 a 2008. Alegou que a maioria das palestras e seminários ocorriam em um prédio inacessível a pessoas com mobilidade reduzida, porque havia um longo lance de escadas na entrada e não possuía elevador. O reitor lhe prometeu a adaptação do prédio até o ano acadêmico 2006/2007, de modo que até lá lhe autorizaria a fazer os exames em casa, isentando-o dos requisitos de participação obrigatória em palestras e seminários. A situação perdurou até que desistisse do curso, vez que Răzvan não sentiu que estava extraindo o máximo potencial de seus estudos.

No ano acadêmico de 2010/2011, Răzvan se matriculou na faculdade de direito da Universidade Ecológica de Bucareste, a qual dispunha de rampa de acesso e outras instalações acessíveis, conforme garantiam as autoridades da universidade. Na prática, ele descobriu que o prédio não era tão acessível quanto se vendia, contando com elevador tão estreito que não permitia que o cadeirante entrasse com seu assistente pessoal e não possuindo banheiros acessíveis nos prédios onde as palestras aconteciam. Ademais, os alojamentos estudantis também



não eram acessíveis e a viagem diária do apartamento de Răzvan até a universidade se mostrava muito difícil, em razão de os transportes públicos e das calçadas não serem adaptados às necessidades de pessoas com mobilidade reduzida. A somatória de todas essas dificuldades o fez desistir e retornar à cidade natal.

No ano acadêmico de 2011/2012, Răzvan tentou estudar na Universidade Estadual de Pitesti, tendo recebido, mais uma vez, garantias de que os prédios e as instalações eram acessíveis. Porém, deparou-se com falta de elevadores, prédios inacessíveis a pessoas com mobilidade reduzidas e falta de vagas especiais no pátio, de maneira que não continuou com seus estudos.

Răzvan reclamou perante o Tribunal, portanto, violações aos artigos 2º do Protocolo n. 1, 2º, 5º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Quanto ao artigo 2º do Protocolo n. 1, alegou que era impossível prosseguir com seus estudos universitários perto ou na sua cidade natal, devido à falta de instalações para acomodar sua deficiência nos edifícios universitários. Alegou, também, ser vítima de discriminação em razão de sua deficiência física, em violação ao artigo 14.

Ainda, invocou os artigos 2º e 5º da CEDH, alegando que a falta de instalações para acomodar sua deficiência o levou à confinamento em sua casa, privando-o da oportunidade de desenvolver relações com o mundo exterior, causando-o danos de natureza mental e psicológica.

O Governo lançou uma objeção preliminar, alegando a não exaustão dos recursos domésticos. Apontou que o sistema jurídico romeno previa uma ampla gama de recursos administrativos e judiciais que eram totalmente acessíveis a qualquer pessoa que desejasse reivindicar seus direitos.

Răzvan argumentou que não existiam procedimentos especiais aplicáveis nos regulamentos das universidades que frequentou, de maneira que concluiu que os recursos mencionados pelo governo fossem ineficazes na prática.

Em decisão de admissibilidade, o Tribunal teceu que o sistema de proteção dos direitos humanos estabelecido pela CEDH é subsidiário aos sistemas nacionais, de forma que os Estados

estão isentos de responder perante um órgão internacional até que tenham tido a oportunidade de corrigir as questões por meio de seu próprio sistema jurídico²⁵.

Em seguida, pontuou que a existência de remédios jurídicos deve ser suficientemente certa, não apenas na teoria, mas na prática, de maneira que devem ter acessibilidade e eficácia em tese necessárias e possíveis. Para o Tribunal, “para ser eficaz, um remédio deve ser capaz de remediar diretamente o estado de coisas impugnado e deve oferecer perspectivas razoáveis de sucesso”²⁶. Assim, entendeu que o indivíduo não possui a obrigação de recorrer a recursos inadequados ou ineficazes.

Dessa forma, o Tribunal fixou a tese de que a regra do esgotamento das instâncias internas conta com um grau de flexibilidade e dispensa formalismo excessivo, devendo ser observadas as circunstâncias particulares de cada caso.

No julgamento, acrescenta que:

A Corte considera que, para que os recursos mencionados no presente caso sejam considerados “efetivos” para os fins do artigo 35, parágrafo 1, da Convenção, eles devem ter sido capazes, principalmente, de impedir ou pôr um fim rápido às violações alegadas e, secundariamente, de reparação adequada por qualquer violação que já tenha ocorrido²⁷.

Analisando todos os aspectos e recursos disponíveis no ordenamento jurídico romeno, a Corte concluiu que Răzvan não ofereceu aos tribunais nacionais a oportunidade de impedir ou corrigir as violações por meio de seu próprio sistema jurídico, podendo ter pedido aos tribunais uma ordem que exigisse que as universidades envolvidas providenciassem as adaptações necessárias e razoáveis ou intentado uma ação para reparar os danos que sofrera.

O Tribunal salientou que a falta de julgados nacionais nessa matéria não era surpreendente, vez que o aumento da proteção dos direitos das pessoas com deficiência era um ramo relativamente recente naquele ordenamento jurídico. Em suma, deveria ter Răzvan recorrido aos tribunais nacionais, ainda que tivesse dúvidas quanto à possibilidade de êxito da

²⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 42219/07**. Requerente: Răzvan Mihai Gherghina. Requerido: Romênia. Plenário. Estrasburgo, 09 jul. 2015. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157408>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 21. Tradução nossa.

²⁷ *Ibid.*, p. 23. Tradução nossa.



ação, “criando, assim, uma oportunidade para o desenvolvimento da jurisprudência nacional na área de proteção dos direitos das pessoas com deficiência”²⁸.

Assim, julgou o pedido inadmissível, deixando de analisar todas as demais alegações de violação aos artigos 2º do Protocolo n. 1, 2º, 5º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

4.6 Çam v. Turquia

O pedido perante o Tribunal foi protocolado em 22 de outubro de 2008 por Ceyda Evrim Çam, sendo julgado em fevereiro de 2016.

Ceyda nasceu em 1989 e vivia em Istambul. Em junho de 2004, se inscreveu para participar dos exames de admissão para a Academia Nacional de Música da Turquia anexada à Universidade Técnica de Istambul (“a Academia de Música”). Em agosto, realizou os testes práticos de seleção, com enfoque no instrumento bağlama. No mês seguinte, a seção de música da administração da Academia publicou a lista de candidatos aprovados, incluindo o nome de Ceyda.

Tendo em vista sua aprovação, Ceyda solicitou de pronto a um conselho médico do Hospital Público de Büyükçekmece um relatório médico que atestasse sua aptidão para estudar na Academia de Música, documento indispensável à matrícula. O conselho médico elaborou um relatório informando que ela havia sido diagnosticada com hipermetropia com nistagmo e ambliopia bilateral grave, de forma que seria necessária a pronúncia de uma autoridade médica superior. Em 16 de setembro de 2004, uma junta médica do Hospital de Pesquisa e Treinamento Bakırköy (“Hospital Bakırköy”) preparou um relatório médico constatando que Ceyda poderia receber educação e instrução nas seções da Academia de Música em que a visão era desnecessária²⁹.

Os pais de Ceyda enviaram à Academia o relatório, o qual foi contestado pelo diretor, que alegou que não havia seção alguma da Academia de Música que dispensasse a necessidade da

²⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights. **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, Estrasburgo, jul. 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 28. Tradução nossa.

²⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 51500/08**. Requerente: Ceyda Evrim Çam. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 2.



visão. Assim, apontou que seria necessário um relatório que atestasse estar Ceyda apta a estudar na Academia, rejeitando o relatório anterior e rejeitando o pedido de matrícula formulado por Ceyda.

Em seguida, seus pais ingressaram com ação no Tribunal Administrativo de Istambul intentando anular a decisão da Academia de Música que rejeitou a matrícula de Ceyda, pontuando que todos os critérios de admissão constantes no edital foram preenchidos: ser menor de quinze anos, detentora de um certificado de ensino fundamental, possuir as habilidades físicas necessárias para tocar o instrumento escolhido, não possuir uma deficiência física que a impedisse de receber educação musical e passar na competição de talentos e nas normas técnicas. Dessa feita, argumentaram que o único fundamento da recusa da matrícula se baseava em sua deficiência visual, o que era contrário às leis nacionais existentes.

Na defesa, a administração da Universidade afirmou que o relatório médico não especificou ser Ceyda apta a estudar na Academia de Música e que a Academia não contava com instalações e professores para o ensino de estudantes cegos, de forma que inexistia seção que comportasse alunos cegos.

O Tribunal Administrativo julgou improcedente o pedido. Seus pais recorreram dessa decisão. Em outubro de 2004, o recurso teve provimento negado em segunda instância.

No mês seguinte, o diretor médico do Hospital Bakırköy escreveu à administração da Academia informando que revisou o relatório médico, modificando a frase “pode receber educação e instrução nas seções da Academia de Música onde a visão é desnecessária” para “não pode receber educação ou instrução”³⁰. Em razão dessa modificação, em julho, novamente os pais de Ceyda recorreram ao Tribunal Administrativo, dessa vez objetivando anular essa decisão, de maneira a responsabilizar aqueles que modificaram o relatório médico arbitrariamente. Seus pedidos foram inadmitidos e os recursos posteriores, improvidos.

Assim, tendo esgotado todas as instâncias nacionais, Ceyda recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação do artigo 14 da CEDH (proibição de discriminação) em conjunção ao artigo 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação).

³⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 51500/08**. Requerente: Ceyda Evrim Çam. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 5.



Ela queixou-se de uma violação de seu direito à educação, vez que o argumento de que seria necessária visão para se matricular na Academia de Música era incompatível com o direito à educação. Assim, argumentou que o Estado não havia cumprido sua obrigação positiva de proporcionar às pessoas com deficiência as mesmas oportunidades das demais pessoas no tocante à sua educação.

O Governo se defendeu, alegando que a Academia não possuía infraestrutura (em termos de recursos, equipamentos e equipe de ensino) para estudantes com deficiência, nem regulamentos sobre questões relacionadas à deficiência.

Diante de todas as alegações, o Tribunal ponderou os princípios possivelmente aplicáveis ao caso. De início, salientou que o direito à educação é indispensável à promoção dos direitos humanos e desempenha um papel fundamental em uma sociedade democrática³¹. Nesse sentido, o TEDH também reconhece que a educação é uma atividade complexa de organizar e dispendiosa de administrar, enquanto os recursos dos Estados não são infinitos.

No tocante à proibição de discriminação, o Tribunal pontuou que:

No que diz respeito à proibição de discriminação, o Tribunal reitera que discriminação significa tratar de maneira diferente, sem uma justificativa objetiva e razoável, pessoas em situações semelhantes e que “nenhuma justificativa objetiva e razoável” significa que a distinção em questão não busca um “objetivo legítimo” ou que não exista uma “relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo procurado para ser realizado”³².

Prossiguiu:

No entanto, o artigo 14 da Convenção não proíbe um Estado membro de tratar grupos de maneira diferente, a fim de corrigir “desigualdades de fato” entre eles; de fato, em certas circunstâncias, uma falha na tentativa de corrigir a desigualdade por meio de diferentes tratamentos pode, por si só, dar origem a uma violação do artigo. O Estado Contratante goza de uma margem de apreciação ao avaliar se e em que medida as diferenças em situações semelhantes justificam um tratamento diferente³³.

³¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 51500/08**. Requerente: Ceyda Evrim Çam. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 11.

³² *Ibid.*, p. 12. Tradução nossa.

³³ *Ibid.*, p. 12. Tradução nossa.



Pontuou-se, preliminarmente, que o rol exposto no artigo 14 comporta discriminação com base na deficiência. Em seguida, considerando que Ceyda forneceu à administração da Academia um relatório médico sobre sua aptidão física, embora com reserva sobre sua cegueira, e que este relatório foi rejeitado pela administração, os argumentos da Academia de que a matrícula foi rejeitada por Ceyda não cumprir as formalidades administrativas necessárias demonstraram, para o Tribunal, que a única razão para a recusa foi mesmo a cegueira da requerente. O TEDH ainda fez menção ao fato de que o relatório médico originalmente preparado foi facilmente alterado a pedido da Academia de Música, de maneira que Ceyda teria sido de qualquer forma incapaz de atender ao requisito de aptidão física, vez que a definição de aptidão física foi aparentemente deixada ao critério da Academia.

Além, o Governo justificou as regras que regem a inscrição na Academia de Música com o fato de que esta foi projetada para admitir apenas estudantes com talentos especiais. O Tribunal foi claro em aduzir que se a Academia pretende proporcionar educação a alunos especialmente talentosos, Ceyda demonstrou possuir todas as qualidades necessárias vez que passou no exame de admissão antes de qualquer pedido de inscrição³⁴.

O Tribunal considerou, de todos os fatos extraídos nos autos, que as autoridades domésticas em momento algum tentaram identificar as necessidades da requerente ou explicar como sua cegueira poderia ter impedido seu acesso a uma educação musical – ainda mais diante de sua aprovação no exame prático do instrumento escolhido.

Assim, concluiu-se que a recusa da matrícula de Ceyda na Academia de Música se baseou apenas no fato de ela ser cega e de que as autoridades nacionais nunca haviam considerado a possibilidade de uma acomodação razoável, negando a ela, sem qualquer justificativa objetiva e razoável, uma oportunidade de estudar na Academia, apenas por sua deficiência visual.

Neste caso, além de admitir a petição perante a Corte, ela ainda admitiu o pedido, considerando unanimemente ter havido uma violação do artigo 14 da CEDH em conjunto com o artigo 2º do Protocolo n. 1.

³⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 51500/08**. Requerente: Ceyda Evrim Çam. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 13-14.



4.7 Sanlisoy v. Turquia

Ozan Barış Sanlisoy protocolou petição junto à Corte Europeia de Direitos Humanos em 2012 e obteve julgamento em novembro de 2016. Ele foi diagnosticado com autismo atípico em maio de 2009 por uma comissão médica do hospital da Escola Médica de Cerahpasa. O relatório médico elaborado por essa comissão indicava que ele tinha uma deficiência de 40% e recomendou que seguisse uma educação especial.

Em setembro de 2011, seus pais solicitaram que ele se matriculasse no berçário da Escola Işık. Em 14 de outubro do mesmo ano, os pais de Ozan foram informados que a escola não possuía a infraestrutura necessária para acomodá-lo e que o pedido de matrícula não foi aceito. Já em novembro, eles iniciaram procedimentos administrativos visando a reforma dessa decisão, sem obter sucesso.

Junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Ozan, baseando-se no artigo 2º do Protocolo n.1 e no artigo 14 da Convenção, reclamou ter sofrido uma interferência discriminatória no seu direito à educação por causa de seu autismo.

O Governo, de início, alegou a preliminar de não exaustão dos recursos internos, vez que Ozan não recorreu aos órgãos judiciais. O Tribunal se absteve de decidir sobre essa questão, vez que já adiantou que, no mérito, o pedido não seria admitido.

De início, o Tribunal analisou o direito interno e verificou que a educação inclusiva nas escolas regulares tem previsão e é prestigiada no ordenamento jurídico turco. No entanto, trouxe decisões anteriores desta Corte, as quais estabeleceram que a recusa de uma única escola – que não possui meios adequados ou acomodações razoáveis para o ensino inclusivo – de admitir um aluno não pode ser entendida, por si só, como uma falha do Estado em suas obrigações perante o artigo 2º do Protocolo n. 1 da Convenção ou como uma negação sistêmica do direito da pessoa com deficiência à educação³⁵.

O Tribunal verificou que o pedido de matrícula de Ozan para se matricular na escola particular de Işık foi recusado após duas entrevistas com o corpo docente, recusa esta motivada pela ausência, naquela escola, de professores qualificados e capazes de lhe oferecer uma educação que atendesse às suas necessidades. Contudo, o Tribunal entendeu que a segunda frase

³⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 77023/12**. Requerente: Ozan Barış Sanlisoy. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 08 nov. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169450>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 22-23.



do artigo 2 do Protocolo n. 1, “o Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”, não pode exigir a admissão de uma criança em uma escola particular.

Ainda, não se entendeu negado a Ozan o acesso à escola e à educação, vez que foi posteriormente educado em um ambiente regular, em estabelecimentos públicos, onde prosseguiu com sua educação até o julgamento.

Dessa forma, julgou-se inadmissível e improcedente o pedido, considerando o Tribunal que não houve negação sistêmica do direito à educação de Ozan por causa de seu autismo ou falha da Turquia em cumprir suas obrigações previstas na Convenção.

4.8 Enver Sahin v. Turquia

Enver Sahin protocolou petição no TEDH em 14 de março de 2012, iniciando demanda contra a Turquia alegando violação aos artigos 14 (proibição de discriminação), 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 2º do Protocolo n. 1 da CEDH (direito à instrução). A demanda foi julgada em 30 de janeiro de 2018.

Enquanto estava no primeiro ano do curso técnico de mecânica da Universidade de Firat, em 2005, Enver sofreu um acidente, que o deixou com as pernas paralisadas. Ele teve que suspender os estudos por um tempo até que estivesse recuperado o suficiente.

Em março de 2007, requereu à administração da Universidade que adaptasse o prédio, de maneira que pudesse retornar aos estudos no ano acadêmico de 2007-2008. Dois meses depois, recebeu a resposta por meio de uma carta, a qual pontuou que o prédio da faculdade foi desenhado e construído com vários andares para acomodar a quantidade de alunos e que a arquitetura não poderia ser adaptada, muito menos a curto prazo. Completou, ainda, que o curso técnico de mecânica exigia a participação dos alunos em oficinas práticas e que essa participação, no caso de Enver, seria difícil.

Em agosto, Enver notificou formalmente a administração da Universidade de Firat, reiterando que iniciassem os trabalhos de adaptação do prédio, com embasamento nas legislações nacionais existentes.



A Universidade respondeu à notificação formal em setembro de 2007, apontando que as obras deveriam ser consideradas à luz dos regulamentos sobre os bens públicos e que não poderiam ser realizadas a curto prazo. Em complemento, indicou que Enver poderia participar das aulas teóricas em quaisquer dos três andares contando com a ajuda de um companheiro. Quanto às oficinas práticas, aduziram que estas eram realizadas no térreo e que a única razão pela qual a participação de Enver seria problemática era porque exigiam um esforço físico considerável.

Em vista que a Universidade se demonstrou inerte quanto às adaptações, Enver Sahin apresentou, em novembro de 2007, ao Tribunal Administrativo de Elazig uma ação para pedir a anulação das respostas da Universidade e a compensação dos danos morais e materiais que alegou ter sofrido. A administração, em memorial defensivo em março de 2008, alegou que não era responsável pelo acidente de Enver, criticando-o por ter optado as vias judiciais. Ademais, alegou que já tinham contactado as empresas responsáveis e que haviam oferecido um companheiro/assistente para ajudá-lo a se deslocar para os andares superiores.

Enver, em réplica, considerou que a oferta das autoridades de lhe oferecer um companheiro/assistente ilustrava a ignorância deles sobre sua situação pessoal, bem como as implicações dessa situação. Acrescentou que seria degradante ser colocado em uma situação de dependência de uma terceira pessoa por causa de sua deficiência e que ser carregado escadas acima por outra pessoa representava um risco sério de queda³⁶.

No período da propositura da ação e do julgamento, que se deu apenas em abril de 2010, dois fatos aconteceram: a) Em outubro de 2008, a Universidade rescindiu seus contratos com vários estudantes, incluindo Enver, por não terem efetuado a matrícula por dois anos acadêmicos sucessivos; e b) Em novembro de 2009, foi promulgada a Portaria n. 15546/2009, que encerrou certas categorias de ensino superior, incluindo faculdades técnicas, uma das quais era a faculdade técnica da Universidade de Firat, que foi substituída por uma nova faculdade de tecnologia.

Em abril de 2010, portanto, o Tribunal julgou a demanda, indeferindo o pedido de Enver, afirmando que os edifícios da Universidade haviam sido erguidos conforme as legislações

³⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 23065/12**. Requerente: Enver Sahin. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 30 jan. 2018. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180499>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 3.



videntes em 1988 e que as legislações sobre acessibilidade eram posteriores. Dessa decisão, Enver interpôs os recursos existentes, sem obter sucesso.

Enver Sahin reclamou junto à Corte Europeia de Direitos Humanos de uma conduta discriminatória a seu direito à educação. Alegou que a fim de continuar seus estudos na Universidade, obras deveriam ter sido realizadas nos edifícios de vários andares, acessados apenas por escadas. Alegou que a rejeição de seu requerimento o forçou a abandonar os estudos.

Em preliminares, objetivando a inadmissibilidade dos pedidos, a Turquia pontuou que os edifícios da faculdade de tecnologia, criada com a Portaria n. 15546/2009, estavam em conformidade com as legislações sobre acessibilidade desde 2010. Por fim, contestou o status de vítima do requerente, argumentando que pelos edifícios estarem acessíveis desde 2010, Enver deveria ter efetuado a matrícula.

Enver, por outro lado, sustentou que a violação de seu direito à educação, de sua autonomia pessoal e de sua autorrealização, surgida da impossibilidade física de retomar seus estudos, persistiu até o ano acadêmico de 2010-2011, pois os obstáculos ao seu acesso à Universidade existiram do ano acadêmico de 2007-2008 até 2010-2011.

O TEDH decidiu, portanto, que inegável que Enver fora lesado nos anos anteriores à conclusão das obras, de forma que a acessibilidade anterior não poderia apagar a violação ocorrida nos anos 2007-2008, 2008-2009 e 2009-2010. Assim, entendeu admissível o pedido do requerente, passando à análise do mérito.

Em relação à alegação de violação do artigo 2º do Protocolo n. 1 e do artigo 14 da Convenção, a decisão do TEDH, portanto, foi no sentido de reconhecer a violação ao direito à educação de Enver e a existência de conduta discriminatória, entendendo que o Governo não demonstrou que as autoridades nacionais, em especial as autoridades acadêmicas e judiciais, reagiram com a diligência necessária para garantir que Enver pudesse continuar a exercer seu direito à educação em igualdade de condições com os outros estudantes, consequentemente mitigando a igualdade de oportunidades.

Por fim, a Corte passou a julgar a aplicação do artigo 41 da Convenção, o qual prevê a possibilidade de reparação razoável. O TEDH entendeu ser aplicável esse dispositivo, ponderando o valor devido: reduziu os danos morais de trinta e dois mil euros (pedido pelo



requerente) para dez mil euros e concedeu os danos materiais (por despesas legais) em sua totalidade, de aproximadamente dois mil, novecentos e cinquenta e dois mil euros.

Em suma, o Tribunal reconheceu as violações aos artigos 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação), 8 (direito à privacidade) e 14 (proibição de discriminação) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, condenando, ainda, a Turquia ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

4.9 Dupin v. França

Bettina Dupin, cidadã francesa, nascida em 1975 e residente em Nantes, iniciou demanda junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2017, obtendo julgamento sobre a admissibilidade em dezembro de 2018.

Bettina é mãe de E., uma criança autista nascida em setembro de 2002. É divorciada e exerce a guarda compartilhada com o pai da criança. No entanto, desde 2009 a criança tem residência fixa na casa do pai.

Em abril de 2011, apresentou à Comissão dos Direitos e da Autonomia das Pessoas com Deficiência (CDAPH) de Ille-et-Vilaine um pedido de escolaridade e orientação em sala de aula inclusiva (CLIS), de maneira que a criança pudesse ser matriculada em uma escola regular.

Por decisão de agosto de 2011, esse pedido foi rejeitado. A CDAPH recomendou que E. fosse ensinado em uma escola especial, do Instituto Médico-Educacional (IME), um estabelecimento médico-social conhecido por oferecer educação especial para crianças e adolescentes com deficiência predominantemente intelectual. O pai de E. concordou com a recomendação no sentido de ser a educação especial satisfatória aos interesses da criança.

Bettina, ao contrário do ex-marido, discordou do parecer da CDAPH e solicitou no Tribunal Contencioso (TCI) a revisão desta decisão. Em perícia, um especialista nomeado pelo Tribunal observou que E. estava com desenvolvimento atrasado, possivelmente pela existência de uma deficiência intelectual em conjunto ao autismo. Ele considerou que independentemente de onde a criança fosse educada (educação regular ou especial), deveriam ser utilizados métodos adaptados às crianças autistas.

Assim, o TCI julgou improcedente o pedido de Bettina, entendendo que o encaminhamento a um IME se justificou no caso, de acordo com as ponderações do especialista.



Intentados todos os recursos cabíveis e sem obter sucesso, ela se dirigiu à Corte Europeia de Direitos Humanos, reclamando da recusa das autoridades nacionais em educar seu filho em uma escola regular. Ela argumentou que deveriam ter dado prioridade à inclusão assim que o perito pontuou que era uma opção viável e sustentou que o Estado tem uma obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para a inclusão das crianças com deficiência, caso contrário a falta de educação inclusiva constitui por si só discriminação nos moldes do artigo 14 da CEDH em conjunto com o artigo 2º do Protocolo n. 1 da Convenção.

O Tribunal dividiu as considerações, ponderando, de início, acerca da alegada violação do artigo 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação). Salientou a importância do direito à educação, embora seja um serviço complexo de organizar e dispendioso de gerenciar, ainda mais em vista aos recursos tão limitados. Pontuou que em decisões anteriores já havia considerado que não cabe ao TEDH definir os meios para implementar as medidas práticas de educação inclusiva, porque as autoridades nacionais dispõem de maior proximidade e contato com a realidade de seus cidadãos para decidir sobre as necessidades locais a esse respeito.

Verificou-se no ordenamento jurídico francês a existência de previsão legal acerca da educação inclusiva em estabelecimentos regulares de ensino e de estabelecimentos de educação especial.

Nesse sentido, o Tribunal entendeu que as autoridades nacionais, ao optarem pelo ensino em ambiente especializado, seguiram a orientação dos especialistas e se pautaram nas necessidades da criança, pesando na balança o nível de sua deficiência e o benefício que poderia obter do acesso à educação inclusiva. Dessa forma, concluiu-se que a recusa em admitir E. em uma escola regular não pode constituir uma falha do Estado em cumprir suas obrigações nos termos do artigo 2º do Protocolo n. 1, nem uma negação sistêmica de seu direito à educação por causa de sua deficiência, rejeitando-se esta parte do pedido por ser manifestamente infundada.

4.10 Stoian v. Romênia

Stefan-Moshe Stoian e Luminița Stoian apresentaram petição junto à Corte em dezembro de 2013, originando a demanda n. 289/14, a qual apenas foi julgada em junho de 2019.

Em síntese, eles alegaram que Stefan (filho de Luminița), cadeirante, não tinha acesso ao ambiente físico e às instalações escolares, que nenhuma acomodação razoável havia sido feita e



que ambos haviam sido vítimas de danos morais, faltando um remédio eficaz para levar suas queixas perante as autoridades nacionais.

Stefan tem quadriplegia espástica, uma condição médica caracterizada pela função prejudicada dos membros. Desde a idade de um ano, já havia sido diagnosticado com uma deficiência grave que exige um assistente pessoal. Foi submetido a várias cirurgias e procedimentos médicos, como fisioterapia, e passou a utilizar cadeira de rodas.

Quando atingiu a idade escolar, as autoridades avaliaram sua situação e recomendaram que frequentasse uma escola regular. Frequentou várias escolas, enfrentando alguns problemas: a) de 2007 a abril de 2013, Stefan participou de aulas na Escola n. 131, a qual não ofereceu condições adequadas, apesar das garantias das autoridades e os esforços contínuos dos candidatos; b) em outubro de 2015, ele iniciou as aulas na escola "Mihai Eminescu" ("M.E. School"), onde permaneceu até 2017. Os requerentes reclamaram sobre as condições desta escola³⁷.

Em 30 de agosto de 2017, ele se mudou para uma escola particular, para o segundo ano do ensino médio. Até abril de 2018, a data da última atualização ao Tribunal por parte dos recorrentes, ele ainda estava estudando ali³⁸.

Quanto à Escola n. 131, Stefan e Luminița apontaram que o prédio não possuía instalações para alunos com deficiência. Algumas adaptações simples e improvisadas foram arranjadas – como a implementação de um cubículo no banheiro feminino no térreo, pois os banheiros não eram acessíveis – e outras não foram iniciadas – as instalações esportivas nunca foram adaptadas, de modo que Stefan não pôde participar das atividades esportivas ou efetuar os exercícios recomendados por seus médicos para sua musculatura.

Durante os primeiros quatro anos na Escola n. 131, Stefan contou com o auxílio da mãe, de seus colegas de classe e de funcionários da escola para tarefas básicas, como ir ao banheiro e levar itens escolares de um lado a outro. Ele não pôde ser incluído em algumas atividades da escola por falta de acessibilidade, como passeios, e as alternativas buscadas por Luminița não resultaram possíveis – como o clube de piano, que era inacessível para pessoas cadeirantes.

³⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 289/14**. Requerentes: Stefan-Moshe Stoian e Luminita Stoian. Requerido: Romênia. Quarta Seção. Estrasburgo, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194062>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 3. Tradução nossa.

³⁸ *Ibid.*, p. 3. Tradução nossa.



O Governo, em resposta, alegou que desde a matrícula de Stefan foram efetuadas adaptações razoáveis nos edifícios de maneira a considerar as suas necessidades.

Já na Escola M.E., a situação de inacessibilidade se manteve. O edifício não era adaptado e Stefan tinha que ser carregado para os andares superiores onde estavam algumas salas de aulas. Ainda, não foi concebido ou implementado um plano educacional individualizado e alguns professores se recusavam a alterar suas rotinas às necessidades de Stefan.

O Governo, por outro lado, aponta que obras foram realizadas e que o prédio, parcialmente acessível, se tornou plenamente acessível, contando com duas rampas de acesso, duas vagas no estacionamento reservadas para pessoas com deficiência, uma sala de aula no térreo e uma mesa especialmente adaptada na sala de aula de Stefan³⁹. O elevador foi o mais demorado de se obter, mas ainda assim fora instalado em novembro de 2016. Apontou-se que frequentemente Luminița tornava a vida escolar de seu filho mais difícil, levando-a à escola sem a cadeira de rodas e carregando-o nas costas.

Quanto à possibilidade de contratação de um assistente pessoal, as autoridades nacionais intentaram a contratação de alguns, mas surgiram queixas frequentes de desvio de função, vez que Luminița os encarregavam de tarefas domésticas estranhas às funções primordiais de um assistente pessoal.

Stefan e sua mãe intentaram ações perante as autoridades judiciais, obtendo decisões favoráveis a seus interesses, que ordenaram às autoridades locais que tomassem medidas concretas para adaptação dos prédios escolares. No entanto, as demandas se prolongaram no tempo e não conseguiram alcançar o efeito prático almejado.

Stefan e Luminița alegaram perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos violação do artigo 8º (direito à privacidade), do artigo 14 (proibição de discriminação) e do artigo 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação) da Convenção. Reclamaram, principalmente, que as autoridades nacionais não haviam tomado as medidas necessárias em cumprimento às suas obrigações perante a legislação nacional e a Convenção para garantir que a integridade física e a dignidade de Stefan eram respeitadas na escola e que ele gozava do direito à educação de qualidade sem discriminação.

³⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 289/14**. Requerentes: Stefan-Moshe Stoian e Luminita Stoian. Requerido: Romênia. Quarta Seção. Estrasburgo, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194062>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 6.



Arguiram, em complemento, que a falta de assistência das autoridades representou uma expulsão de fato da escola, implicitamente uma negação da educação. Por fim, reiteraram que a acessibilidade de prédios públicos era um processo gradual que deveria ter sido iniciado em 1999, em razão da promulgação de uma Portaria que exigia a adaptação de prédios escolares e infraestruturas públicas.

O Governo, em sua defesa, concordou que o direito à educação inclusiva exigia um sistema de adaptação às necessidades das crianças e dos jovens com deficiência, mas ponderou que esse sistema apenas funcionaria com a cooperação de todas as partes interessadas. Reiterou que a mãe nem sempre cooperava com as autoridades, resultando nos diversos conflitos noticiados pela escola (em uma discussão com uma professora, Luminița chegou a ser retirada da sala de aula sob força policial). Admitiu que as autoridades locais estavam atrasadas em cumprir a sua obrigação legal de tornar os edifícios escolares acessíveis e que isso se deu pela falta de orçamento, mas que adaptações razoáveis foram sendo realizadas ao longo do tempo. Assim, argumentou que todas as medidas para garantir que Stefan tivesse acesso à educação em igualdade de condições com os alunos que não tinham deficiência foram implementadas no caso.

O Tribunal considerou, diante de todas as alegações, alguns princípios pré-estabelecidos em precedentes. De início, pontuou que de forma a cumprir os dispostos no artigo 14 da Convenção, de proibição de discriminação, os Estados têm a obrigação de tomar as medidas razoáveis de acomodação às pessoas com deficiência.

O TEDH elogiou a recomendação das autoridades em matricular Stefan na rede regular, pontuando que esta avaliação está em conformidade com os padrões internacionais, que recomendam educação inclusiva para pessoas com deficiência⁴⁰. Reconheceu, junto a todos os envolvidos, que houve um atraso da Romênia em oferecer total acessibilidade à Stefan e passou a analisar se foram efetuadas soluções alternativas para acomodar suas necessidades, vez que a implementação de adaptações razoáveis afasta a configuração de condutas discriminatórias.

Inicialmente, salientou a Corte que Stefan nunca foi completamente privado de sua educação, pois continuou a frequentar a escola, sendo avaliado constantemente e avançando no currículo nacional escolar. Ademais, observou que as autoridades estavam cientes de suas

⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 289/14**. Requerentes: Stefan-Moshe Stoian e Luminita Stoian. Requerido: Romênia. Quarta Seção. Estrasburgo, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194062>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 22.



obrigações de garantir a Stefan o acesso à educação, obrigações consistentemente reiteradas pelos tribunais nacionais. Assim, o TEDH reconheceu que os tribunais reagiram rápida e adequadamente às mudanças das necessidades de Stefan e renovou suas instruções às autoridades sempre que consideraram insuficientes as medidas tomadas por elas⁴¹.

Em relação à falta de um assistente pessoal, a Corte reconheceu as dificuldades encontradas pela Romênia na contratação de um assistente adequado para Stefan, pontuando que algumas dessas dificuldades foram criadas pela própria Luminița, comprometendo a relação entre as partes interessadas.

Em conclusão, o Tribunal mostrou-se satisfeito com o Governo e as autoridades locais, verificando que cumpriram suas obrigações de fornecer acomodações razoáveis que não impusessem um valor desproporcional ou encargos indevidos e que, dentro de sua margem limitada de apreciação, alocaram recursos para atender às necessidades educacionais de crianças com deficiência, afastando, assim, as alegações de violação aos artigos 8º, 14 e 2º do Protocolo n. 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, declarando inadmissíveis todos os pedidos formulados por Stefan e sua mãe.

5 CONCLUSÃO

Como panorama geral, buscou-se neste trabalho trazer as demandas julgadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos como forma de estabelecer os entendimentos deste Tribunal em matéria de educação inclusiva.

Foram estudados os documentos internacionais utilizados como motivação nas sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pontuando a relevância dos documentos internacionais gerais e o documento específico de maior expressão na tutela dos direitos das pessoas com deficiência até atualmente: a Convenção Universal sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Restou demonstrado que apesar de muitos deles não disporem especificamente de direito à educação inclusiva, o direito à educação é constantemente recordado como um direito que deve ser acessível a todos. Ainda, a proibição de discriminação é comum a todos esses documentos.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 289/14**. Requerentes: Stefan-Moshe Stoian e Luminita Stoian. Requerido: Romênia. Quarta Seção. Estrasburgo, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194062>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 23-24.



Por fim, passou-se à análise do contexto, das fundamentações e das motivações dos julgamentos das demandas individuais protocoladas no Tribunal Europeu de Direitos Humanos que versassem sobre educação inclusiva em algum grau.

Observando todos os dez julgamentos, apurou-se que a alegação de violação do artigo 2º do Protocolo n. 1 (direito à educação) quase sempre vem acompanhada da alegação de violação do artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção. Isso porque se alegou que a lesão ao direito à educação se deu justamente em razão das deficiências das crianças e dos jovens envolvidos nas demandas, o que justifica a fundamentação em conjunto.

Em alguns casos, verificou-se, ainda, a reclamação de violação ao artigo 8º (direito de privacidade e autonomia pessoal) da Convenção, principalmente no que tange à dependência das pessoas com deficiência de terceiros.

Nos casos anteriores à vigência da Convenção Universal sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, resta cristalino o paradigma vigente até então: segregativo e posteriormente integrativo (primeiramente excluindo, em seguida integrando até onde fosse conveniente às escolas, aos demais alunos e aos recursos dos governos, conforme demonstrado nos casos *Graeme v. Reino Unido* e *Klerks v. Holanda*). Após a Convenção, o Tribunal passou a exigir uma inclusão efetiva, preferencialmente nas escolas regulares, devendo os Estados implementarem todas as adaptações razoáveis possíveis, no mínimo.

Dentre as dez demandas estudadas, o Tribunal apenas reconheceu violações ao direito à educação em dois casos: *Çam v. Turquia* e *Enver Sahin v. Turquia*. O fator comum é que em ambos o Estado não demonstrou ter efetuado (ou ao menos cogitado efetuar) nenhuma adaptação razoável para acomodar os requerentes, que possuíam necessidades distintas.

Nas demandas inadmitidas, variadas foram as motivações, desde a realização, por parte do Estado, de todas as adaptações razoáveis possíveis (*McIntyre v. Reino Unido*) até a falta de esgotamento dos recursos internos (*Gherghina v. Romênia*).

Em questões preliminares, sobre o *status* de vítima, o Tribunal reiteradamente considerou que a efetivação do direito à educação em momento posterior não apagava as reclamações de violações anteriores. Assim, nos casos *McIntyre v. Reino Unido* e *Enver Sahin v. Turquia*, considerou que nos anos anteriores à matrícula em escola adaptada (*McIntyre*) e à adaptação da



Universidade (Enver Sahin), os requerentes poderiam ser considerados vítimas de violação de seu direito à educação, à época das denúncias.

Ainda, quanto à questão de esgotamento dos recursos internos, o Tribunal estabeleceu o entendimento de que os remédios jurídicos nacionais devem ser suficientemente certos, não apenas na teoria, mas na prática, de forma que devem ter acessibilidade e eficácia necessárias e possíveis. Entendeu-se, portanto, que o indivíduo não possui a obrigação de recorrer a recursos inadequados ou ineficazes, mas quando houver a possibilidade de eficácia, é necessário que se recorra a eles antes de demandar perante o TEDH, como pontuado no *Gherghina v. Romênia*.

Outro entendimento fixado, no caso *Sanlisoy v. Turquia*, foi o de que a interpretação da segunda frase do artigo 2 do Protocolo n. 1, “o Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”, não pode exigir a admissão de uma criança em uma escola particular.

Outrossim, nos casos *Graeme v. Reino Unido*, *Klerks v. Holanda* e *Dupin v. França*, a Corte questionou até que ponto o desacordo dos requerentes com as autoridades educacionais nacionais sobre a escola apropriada, escola regular x escola especial, era mera diferença de convicções filosóficas em vez de uma diferença de visão sobre a melhor maneira de fornecer uma educação mais efetiva possível às crianças. Nessas demandas, apesar da notória preferência das normas de educação inclusiva na matrícula de pessoas com deficiência em escolas regulares, o Tribunal entendeu que nesses casos havia provas suficientes de que a matrícula em escola especial era mais benéfica às crianças e que os Estados agiram corretamente em discordar dos pais, que exigiam matrícula em escolas regulares.

Quanto à questão do financiamento da educação inclusiva, o Tribunal, nos casos *Çam v. Turquia* e *Dupin v. França*, salientou que o direito à educação é indispensável à promoção dos direitos humanos e desempenha um papel fundamental em uma sociedade democrática, mas reconhecendo que a educação é uma atividade complexa de organizar e dispendiosa de administrar, enquanto os recursos dos Estados não são infinitos. Nessa esteira, conforme pontuado em *McIntyre v Reino Unido* e *Kalkanli v. Turquia*, estabeleceu que cabe aos Estados remanejarem a verba pública de maneira a efetuarem o melhor emprego possível de seus recursos



disponíveis no interesse das crianças com deficiência em geral, vez que possuem mais proximidade com as necessidades de seus cidadãos.

Para decidir se houve violação à educação por causa da deficiência dos demandantes, a Corte teve a evolução do entendimento de discriminação. De início, no caso *McIntyre v. Reino Unido*, pontuou que a diferença de tratamento é discriminatória se "não tiver uma justificação objetiva e razoável", ou seja, se não buscar um "objetivo legítimo" ou se não houver uma "relação razoável" de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo procurado a ser realizado". Já em *Çam v. Turquia*, completou que o tratamento desigual de grupos desiguais por parte dos Estados, desde que com a finalidade de corrigir desigualdades de fato, não resulta na violação do artigo 14, finalizando que a omissão dos Estados nesses casos é que poderia configurar um tratamento discriminatório.

Por fim, em matéria de educação, a Corte Europeia de Direitos humanos fixou a tese de que a recusa de uma única escola na admissão do aluno com deficiência não pode ser entendida, por si só, como um incumprimento por parte do Estado em lhe fornecer uma educação eficaz, nem uma negação sistêmica de seu direito à educação, conforme reiterado em *Kalkanli v. Turquia*, *Sanlisoy v. Turquia* e *Dupin v. França*.

A diferença desses casos com o *Çam v. Turquia*, no qual a requerente não foi admitida na Academia de Música almejada, é que, por se tratar de uma educação superior, o edital exigia o cumprimento de uma série de condições, dentre elas a aprovação no exame de talentos da admissão, tendo a requerente cumprido todas elas. Assim, verifica-se que o Tribunal deu maior peso à negativa da Universidade do que das escolas de ensino básico e fundamental.

O que restou latente é que a educação de pessoas com deficiência, no âmbito dos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ainda está caminhando de um paradigma de integração para inclusão. As normas existentes em âmbito internacional dão respaldo a julgamentos mais rigorosos dos que os proferidos pela Corte, que ainda se mostra tímida à afirmação do direito à educação inclusiva. Apesar de se mostrar evidente a evolução da jurisprudência do TEDH do primeiro julgamento (1990) até o último (2019) estudado, mais do que colaborar para o direito internacional, quiçá o direito internacional ainda tenha que demonstrar à Corte o quanto esta ainda pode avançar.



REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA; EUROSTAT. Disability statistics: prevalence and demographics. **Eurostat**, nov. 2015. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/34409.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CONSELHO DA EUROPA; COMISSÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Fighting school segregation in Europe through inclusive education: a position paper**. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Quem somos**. Estrasburgo, 2020. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Carta Social Europeia Revista**. Lisboa: Ministério Público de Portugal, [s.d.]. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Estrasburgo: Conselho da Europa; Tribunal Europeu de Direitos Humanos, [s.d.]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

ESPCH HELP. The ECHR found a violation of the requirements of article 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. **ESPCH Help**, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://espchhelp.ru/blog/807-enver-sahin-v-turkey>. Acesso em: 20 jan. 2021.

FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 32, n. 127, p. 177-190, jul./set. 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 13, v. 2, 2010, p. 32-58.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. São Paulo: Comissão de Direitos Humanos da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Vitória: Ministério Público do Trabalho; Projeto PCD Legal, 2014.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Lisboa: Ministério Público de Portugal, [20-]. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito da FAEF**, ano 1, n. 2, jul. 2012.

PAKSOY, Nihan Bacanak. Legal systems in Turkey: overview. **Thomson Reuters Practical Law**, 1 ago. 2018. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-016-2851?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-016-2851?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1). Acesso em: 20 jan. 2021.

PARREÑO, María José Alonso; SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de Araoz. **El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española**. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI); Ediciones Cinca, 2011. Colección Convención ONU, n. 6.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALDIVIA, Kirian Sebastián Riquelme. Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional. **Cuestiones de Interés Jurídico do Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)**, 25 set. 2018. Disponível em: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/igualdad-personas-discapacidad-retos-la-proteccion-efectiva-nivel-internacional/>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 13887/88**. Requerente: Diana Graeme. Requerido: Reino Unido. Estrasburgo, 05 fev. 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82181>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 25212/94**. Requerente: Martin Klerks. Requerido: Holanda. Segunda Seção. Estrasburgo, 04 jul. 1995. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2233>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 29046/95**. Requerente: Molly McIntyre. Requerido: Reino Unido. Primeira Seção. Estrasburgo, 21 out. 1998. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4441>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 2600/04**. Requerentes: Oğulcan Kalkanli e Candan Kalkanli. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 13 jan. 2009. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91079>. Acesso em: 24 nov. 2020.



TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 42219/07.** Requerente: Răzvan Mihai Gherghina. Requerido: Romênia. Plenário. Estrasburgo, 09 jul. 2015. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157408>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 51500/08.** Requerente: Ceyda Evrim Çam. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 77023/12.** Requerente: Ozan Barış Sanlısoy. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 08 nov. 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169450>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 23065/12.** Requerente: Enver Sahin. Requerido: Turquia. Segunda Seção. Estrasburgo, 30 jan. 2018. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180499>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 2282/17.** Requerente: Betina Dupin. Requerido: Franca. Quinta Seção. Estrasburgo, 18 dez. 2018. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189671>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Julgamento do caso n. 289/14.** Requerentes: Stefan-Moshe Stoian e Luminita Stoian. Requerido: Romênia. Quarta Seção. Estrasburgo, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194062>. Acesso em: 10 jan. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Guide on Article 2 of Protocol n. 1 to the European Convention on Human Rights: right to education. **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, Estrasburgo, 30 abr. 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights. **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, Estrasburgo, jul. 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

VILJANEN, Jukka. The role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valência, v. 1, n. 62-63, p. 249-265, 2008.



ASILO, REFÚGIO E OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL: RELACIONAMENTO E DIFERENÇAS CONCETUAIS

ASYLUM, REFUGE AND OTHER FORMS OF INTERNATIONAL PROTECTION: RELATIONSHIP AND CONCEPTUAL DIFFERENCES

José Noronha Rodrigues¹

Resumo: O asilo é tão antigo como os primórdios da humanidade. No entanto, para perceber a sua importância na ordem jurídica internacional é fundamental identificarmos os seus elementos característicos, diferenciarmos as suas diversas classes (territorial, diplomático e neutral), e, simultaneamente, diferenciarmos do refúgio e outras formas de proteção internacional. Infelizmente, apesar da transversalidade e intemporalidade do asilo, a Comunidade Internacional até à data não encontrou um consenso político alargado entre os Estados no sentido de adotar um instrumento jurídico internacional no âmbito do asilo, de carácter universal. Aliás, os Estados preferem gerir os anseios, as expectativas, as inseguranças e os receios dos requerentes de asilo de forma soberana, arbitrária, discricionária e variável de Estado para Estado.

Palavras-chave: Asilo, Refúgio, Proteção Internacional

Abstract: The asylum is as old as the beginnings of humanity. However, to realize its importance in the international legal order, it is fundamental that we identify its characteristic elements, differentiate its various classes (territorial, diplomatic and neutral), and at the same time differentiate from refuge and other forms of international protection. Unfortunately, despite the cross-cutting and timeless nature of asylum, the international community has not yet found a broad political consensus among States to adopt a universal international legal instrument on asylum. In fact, States prefer to manage the desires, expectations, insecurities and fears of asylum seekers in a sovereign, arbitrary and discretionary manner that varies from State to State.

Keyword: Asylum, Refuge, International Protection

Sumário: 1 Introdução. - 2. O asilo numa perspectiva histórica. - 3. Uma aproximação concetual ao "Direito de Asilo" como instrumento universal ao serviço dos direitos humanos fundamentais do indivíduo. - 3.1. Natureza jurídica e elementos caraterísticos do asilo.-3.2. Classe de asilo. - 3.2.1. O asilo territorial.- 3.2.2. O asilo diplomático. - 3.2.3. O asilo neutral. - 3.3. Asilo, refúgio e outras formas de proteção internacional: Relacionamento e diferenças concetuais. – 4 Conclusão. Referências.

¹ Doutorado em Direito "Cum Laude" pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), grau de Doutor em Direito reconhecido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, investigador do CEEAplA, IUS GENTIUM COIMBRIGAE, CEDIS, CEDUE, CEIS20, Vice- Presidente da Faculdade de Economia e Gestão da Universidade dos AÇORES, Ponta Delgada, Portugal, email: jose.n.rodrigues@uac.pt



1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que o asilo é tão antigo como os primórdios da humanidade, entendemos adequado analisar este instituto numa perspetiva histórica, por forma a perceber o seu desenvolvimento na ordem jurídica internacional. Fizemos, de igual modo, uma abordagem concetual ao «Direito de asilo» como instrumento universal ao serviço dos Direitos Humanos fundamentais do indivíduo; identificámos os elementos característicos do asilo, distinguimos as diversas classes de asilo (asilo territorial, diplomático e neutral), diferenciámos o asilo, o refúgio e outras formas de proteção internacional (proteção subsidiária e proteção temporária).

Esta análise permitiu-nos perceber a importância do asilo. Deste modo, apesar de o asilo estar estritamente associado a um direito do homem, constatamos que, gradualmente, os Estados expropriam ao homem o direito de asilo e, em alternativa, concedem o direito de buscar asilo, mas não o direito de o receber. Infelizmente, apesar da transversalidade e intemporalidade do asilo, a Comunidade Internacional até à data não encontrou um consenso político alargado entre os Estados no sentido de adotar um instrumento jurídico internacional no âmbito do asilo, de carácter universal. Aliás, os Estados preferem gerir os anseios, as expectativas, as inseguranças e os receios dos requerentes de asilo de forma soberana, arbitrária, discricionária e variável de Estado para Estado.

2 O ASILO NUMA PERSPETIVA HISTÓRICA

A instituição do asilo apresenta um longo percurso histórico. Originariamente, surgiu como uma figura de carácter religioso destinada a socorrer os delinquentes comuns. Foi na *Grécia Antiga* que o «*asylon*» mais se desenvolveu (Oliveira, 2009, pp. 21-22). Aliás, a partir deste período, o asilo fora por diversas vezes requerido e concedido aos estrangeiros. Deste modo, tal como assinalou José H. Fischel de Andrade, os Gregos usavam e aplicavam o asilo como um instrumento político ou como uma arma política², bem como uma pena substitutiva da pena

² Segundo este autor, «[os] próprios gregos recorreram, inúmeras vezes, ao instituto do asilo, posto ter sido a proscrição uma arma política de primeira importância para os helénicos. Esta era eventualmente, inclusive, utilizada como pena substitutiva, ficando a cargo do condenado submeter-se a ela ou não. Faz-se mister destacar que o exilado normalmente não encontrava dificuldades em obter asilo nas Cidades-Estado vizinhas, as quais eram usualmente inimigas da de origem do asilado, o qual utilizava essa inimizade para destituir a oposição que o banira». (Andrade, 1996, p.11).



principal (Stoessinger, 1956, p.3; Moura, 1967, pp.91-94)³, mas, principalmente, como elemento distintivo face à cultura barbária (Andrade, 1996, p.11). Os Gregos enobreciam a hospitalidade do seu povo como um elemento diferenciador relativamente aos outros povos. Eles julgavam-se superiores aos restantes aglomerados populacionais precisamente por julgarem ser mais humanistas, hospitaleiros, generosos, acolhedores, solidários e benevolentes para com o «outro», para com os estrangeiros ou para com os necessitados. Por outro lado, os Gregos também perceberam que os estrangeiros procuravam asilo, geralmente por motivos endógenos, resultantes de perseguições que os incapacitavam fortemente na sua autonomia física e moral e, de alguma forma, os ostracizava.

Na Grécia, o asilo era alimentado pela consciência de uma hospitalidade universal (Later, 1988, p.23)⁴e pela necessidade premente de amparar todos aqueles que verdadeiramente necessitavam de proteção. Aliás, como referiu Redonet y López-Doriga (1928,p. 10), o asilo nasce da conjugação desses dois vetores (hospitalidade e humanidade)⁵. Para o efeito, na cultura grega, os perseguidos suplicavam pelo *Hiketeia* (Aldave, 2010, pp.69-70) ⁶ nos diversos templos sagrados, «*the holy places*» (Sinha, 1971, pp.5-6) ⁷, ou locais de refúgios reservados pelos gregos, especificamente para garantir e assegurar ao estrangeiro a tão almejada proteção, abrigo ou amparo. Estes pontos de proteção ou de salvação poderiam ser encontrados «nos templos [(Sinha, p.275; Carliner, 1984, p.248)⁸], nos bosques sagrados, nas estátuas de divindades, junto

³ Alguns autores (Stoessinger,1956; e Moura, 1967) defendem que a pena de asilo foi oferecida a Sócrates em substituição da morte. Porém, este recusou por considerá-la desonrosa.

⁴ Tal como foi realçado a «hospitalidade universal é um princípio de *ius cogens* de ordem internacional».

⁵ Como referiu Doriga «una hospitalidad que es tan antigua como el mundo, porque se funda en lazos que la misma naturaleza tejió entre los hombres».

⁶ Tal como foi assinalado «en la cultura griega y helenista se utilizaba para el tipo de Asilo religioso el término o concepto *Hiketeia*, *Hiketés* ('suplicantes'). *El perseguido buscaba refugiarse, suplicando protección a los dioses*» (Aldave, 2010, pp.69-70).

⁷ Como foi sublinhado por Sinha (1971, pp.5-6) «*[the] holy places, by virtue of their association with divinity, came to be regarded as inviolable by the pursuing mortals. These places, consequently, provided asylum to the pursued. The reverence for holy places was probably based either on the superstition that the wrath of the god would fall upon the violator, or on the respect which these places commanded as being the abode of the god. Reverence to the gods and superstition as to their godly powers persuaded the pursuing authorities not to apprehend the refugee in a sacred place where the god resided. Divinity thus protected the unfortunate members of the society from certain primitive and cruel forms of punishment. Asylum could be had in the holy places even against the civil authorities in those countries where the religious and the civil authorities were not united under one supreme authority of the land. The altar of the god was the altar for the unfortunate. Since the criminals were the most unfortunate of all, it naturally came to belief that the places of divine sanctity were asylum for them.*».

⁸ Na *Grécia Antiga* encontramos vários templos reservados a divindades, v.g., Templos de Apolo em Delos, Templo de Neptuno em Trecena, Templo da Clemencia em Atenas, Templo da Palas ou Minerva em Atenas, Templo de



aos imperadores ou mesmo em qualquer outro lugar, desde que o perseguido tivesse em mãos o busto portátil de uma divindade – prática [posteriormente] abolida devido à incidência de abusos cometidos» (Andrade, p.10). Ou seja, à semelhança da atualidade, já na antiguidade havia pessoas que usavam e abusavam desse instrumento de proteção, de acordo com as suas necessidades e vontades.

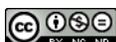
Contudo, como bem assinalou Prakash Sinha, a procura de abrigo ou de proteção por parte do homem não aparece especificamente com os Gregos. Com a submissão da Grécia à Roma Imperial, o asilo sofre algumas mutações jurídico-conceptuais e adapta-se à influência escrita do Direito Romano (Oliveira, pp.23-24). Deste modo, deixa de ser um instrumento de proteção de cariz eminentemente religioso assente no julgamento divino, nos princípios da igualdade e da universalidade e passa a ser um instrumento de cariz jurídico assente na lei (Andrade, pp.10-11; Sobral, 1974, p.4)⁹.

Na verdade, a cultura romana possibilitou que este fenómeno ancestral de requerer e conceder indiscriminadamente asilo se convertesse, de forma progressiva, num *instituto e num direito assente* exclusivamente na lei. Aliás, segundo reza a lenda, Roma deve muito da sua existência à instituição do asilo, uma vez que Romulus, descendente do príncipe troiano Eneas, construiu a sua cidade à volta do templo dedicado ao deus *Aesileus* (Moncada, Merèa & Ribeiro, 1945, pp.62-63; Reale, 1938, p.475)¹⁰. Talvez por isso, o epicentro de algumas políticas de Roma assentam especificamente no instituto de asilo. É por isso que os Romanos, à semelhança dos Gregos, desempenharam um papel crucial na definição das primeiras normas, práticas, usos e costumes referentes ao asilo.

Daphnae em Antioquia, Templo de Diana em Éfeso, etc. No Antigo Egito, apesar de, alguns autores defenderem que não existia o Direito de Asilo, o fato é, que também estes reservavam os Templos Sagrados aos requerentes de asilo que podiam ser escravos fugitivos, soldados derrotados e/ou acusados de crime.

⁹ Tal como foi referido Andrade, «[para evitar os abusos prejudiciais à tranquilidade pública, o direito romano mandava conceder asilo somente àqueles que não fossem culpados nos termos da lei da época, protegendo, desse modo, apenas as pessoas injustamente perseguidas seja pelo Poder Público, seja pela paixão dos particulares».

¹⁰ Neste sentido, também foi dito por Reale: «[après] avoir quitté Albe pour «aller bâtir une ville nouvelle aux lieux où ils avaient premièrement été nourris, Rémus et Romulus firent un temple de refuge pour tous les affligés et fugitifs qu'ils appelèrent le temple du dieu Asyléus où il y avait franchise pour toute manière de gens qui le pouvaient gagner et se jeter dedans: car ils ne rendaient ni le serf fugitif à son maître, ni le débiteur à son créancier, ni l'homicide au justicier». Et Rome fut ainsi fondée».



Com o Direito Romano, o asilo passa a ser concedido só a inocentes que estivessem em conformidade com as leis da época bem como a todos os indivíduos injustamente perseguidos pelo poder público (Cierco, 2010, p.21).

Assim, pela primeira vez, na história desse instituto, são fixados alguns critérios objetivos para a concessão ou rejeição deste tipo de proteção ou de amparo. Neste sentido, a simples acusação individual da prática de um crime ou a culpabilidade eram motivos de rejeição do pedido de asilo. Por outro lado, a inocência conjugada com a perseguição pelo poder público eram fundamentos para o seu deferimento. É certo que são ainda critérios simples de acordo com as leis da época e assentes numa prova testemunhal deficitária ou num julgamento sem as devidas salvaguardas dos legítimos meios probatórios. Contudo, convém sublinhar que estes critérios estavam, pela primeira vez, edificados sob a força da lei. Aliás, Roma não admitia limites ao poder da lei sobre o cidadão, do amo sobre o escravo, pelo que os violadores da lei geralmente não ficavam impunes.

É curioso constatar que os princípios propostos há algumas centenas de anos atrás pelos Romanos mantêm hoje toda a sua atualidade. Efetivamente, os Romanos consideravam já os poderes públicos como agentes de perseguição. Para além disso, apreciavam o pedido de asilo *ad personam* e admitiam, ainda, uma forma singela de processo acelerado na análise dos pedidos de asilo. Ou seja, este processo acelerado aplicava-se *a priori* a todas as situações cujos suplicantes de asilo tivessem sido considerados culpados pela prática de algum crime, segundo as leis da época.

Com o auge do Cristianismo, o instituto de asilo alcança uma amplitude universal (Herrera, 2003, p.42; Reale, p.483; Silva, 2012, p.1)¹¹, e novos valores são apregoados como o da dignidade humana e o do respeito pelo homem. Para além disso, humanizam-se os critérios de atribuição de asilo bem como os fundamentos jurídicos e as formas de asilo. Deste modo, no ano 431, o Imperador Teodósio, o Grande, adota o édito no qual reconhece e regulamenta o direito de

¹¹ Conforme foi dito Herrera (2003,p.42), «[la] razón del nacimiento del asilo cristiano es la necesidad caritativa de amparar al inocente injustamente perseguido, nunca la de sustraer de la justicia, al culpable y al criminal». Por outro lado, também, Reale afirmou que a «[religion] non plus limitée à une ville, à un peuple, à un pays, mais commune à tous les hommes, la religion chrétienne fait de l'asile une institution répandue dans tous les pays, acceptée par tous les peuples. Elle en impose la pratique et le respect aux barbares. Elle le fai entrer dans le droit public».



asilos. Este deixa de estar restrito ao interior das igrejas ou aos oratórios que rodeiam os templos e estende-se a todo o espaço que medeia entre o templo e as primeiras portas das igrejas, englobando, por esta via, as casas, os jardins, os banhos públicos, os cursos de águas e os pórticos (Reale, pp.486-487).

Mais tarde, o édito do Imperador Teodósio, o Grande, foi reconfirmado pelo Código de Justiniano no ano 535. Este reserva a hipótese de concessão do direito de asilo, apenas às pessoas que não sejam responsáveis ou não sejam culpadas por delitos graves. Assim sendo, ficam imediatamente excluídos da tutela instrumental e protetora desse instituto todos os homicidas, adúlteros, raptos de virgens (Reale, p.486) bem como os governadores de províncias que tenham abandonado o cargo e, ainda, todos aqueles que não tenham pago os seus impostos (Oliveira, p.24).

Verifica-se que o poder político, aos poucos, começa a incrementar novas e/ou aperfeiçoadas regras de cariz obrigatório para a concessão ou rejeição de asilo. Aliás, o Imperador Justiniano impôs severas penas a todos os infratores de asilo, ou seja, a todos aqueles que, eventualmente, tenham concedido asilo às pessoas que *a priori* eram consideradas como *reos de lesa majestad*. Contudo, é de realçar que os criminosos e os contribuintes faltosos que, eventualmente, se refugiassem nas igrejas ou nos templos não poderiam ser entregues à justiça temporal sem a prévia autorização do bispo (Herrera, pp.42-44), prática sintomática de alguns resquícios do asilo religioso.

Todavia, não podemos menosprezar os princípios cristãos vigentes na época, uma vez que estes introduziram alguns novos melhoramentos ou requisitos necessários para a concessão ou rejeição do pedido de asilo. Assim, se o suplicante de asilo fosse, porventura, culpado por crimes contra as pessoas (homicídio e raptos de virgens), crimes contra o Estado (abandono de funções públicas e o não pagamento de imposto) e/ou crimes contra a moral (adultério), o seu pedido de asilo era, pura e simplesmente, rejeitado. Verificamos, pois, que, gradualmente, o poder público instituído começa a elencar as causas para a rejeição dos pedidos de asilo¹².

¹² Por outro lado, não deixa de ser curioso este último requisito elencado, «crime contra a moral», para a rejeição do pedido de asilo. De facto, há que sublinhar que algumas centenas de anos atrás a prática de adultério era considerada um crime que *per se* inviabilizava, por completo, qualquer hipótese de obter asilo. Hoje, o adultério não é considerado um crime na maioria dos Estados. Subsistem ainda alguns Estados onde esta prática é qualificada como



Na Idade Média, o direito de asilo converge na sua essência para os princípios apregoados pelo Direito Romano. Todavia, tal como foi referido, «é comum afirmar-se que a Idade Média marca o «apogeu do asilo religioso», em particular, do asilo cristão» (Oliveira, pp.24, 25-31; Cierco, p.21). Assim, a igreja passa a assumir gradualmente um papel preponderante na concessão de asilo que não se limitava unicamente ao espaço circunscrito da igreja (Oliveira, p.27)¹³. Porém, a partir do século XII, o instituto de asilo começa a ser disputado entre a igreja e o poder real e, paulatinamente, os estados europeus começam a consciencializar-se para a necessidade de limitar o asilo religioso, bem como os locais onde estes poderiam ser requeridos em virtude dos vários abusos cometidos (Mehensz, 1962, pp.1229-1230).

Com o nascimento do Estado Moderno – Estado-nação –, o asilo religioso tende a desaparecer em definitivo, principalmente devido ao uso e abuso a que este instrumento de proteção estava sujeito (Franco & Martins, 1991, p.398; Cierco, p.21)¹⁴. O fundamento divino do direito de asilo foi sendo substituído progressivamente pelo poder temporal da época. De facto, quando a justiça começou a organizar-se mediante o pêndulo da lei, quando a lei tendeu a humanizar-se, e as penas tenderam a ser proporcionais aos delitos ou crimes cometidos, os «juristes commencèrent à nier le fondement divin du droit d`asile. En affirmant que l`asile était

crime e comporta em si uma carga simbólica negativa muito grande, especialmente de cariz religioso, ao ponto de, por vezes, as pessoas serem condenadas à pena de morte. Houve, de facto, uma inversão e uma evolução nos valores da sociedade. Atualmente, qualquer acusação assente neste pressuposto de adultério é quase condição *sine qua non* para a concessão de asilo, principalmente por parte dos Estados onde esta prática do adultério não é qualificada como crime.

¹³ Aliás, tal como referiu Oliveira «[nos] concílios de Coiança e de Oviedo – o primeiro em 1050 e o segundo em 1115 – foi reconhecido o asilo e precisada a sua extensão. Segundo o concílio de 1050, a imunidade estendia-se até trinta passos fora da Igreja; em 1115, aumentou para setenta passos, mas foi negada imunidade ao servo de nascimento, ao ladrão público, ao traidor convicto, ao excomungado publicamente, ao monge e à monja fugitivos e ao profanador da Igreja».

¹⁴ Conforme foi destacado, «a palavra Estado tem várias aceções, das quais as mais importantes são a aceção internacional, a aceção constitucional e a aceção administrativa: a) na primeira – aceção internacional – trata-se do Estado soberano, titular de direitos e obrigações na esfera internacional; b) na segunda – aceção constitucional – surge-nos o Estado como comunidade de cidadãos que, nos termos do poder constituinte que a si própria se atribui, assume uma determinada forma política para prosseguir os seus fins nacionais; c) na terceira – aceção administrativa – o Estado é a pessoa coletiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direção do Governo, a atividade administrativa». Neste âmbito, também leia-se que, «[na] Idade Moderna, o declínio do asilo religioso foi acompanhado pelo florescimento do asilo enquanto expressão da soberania do rei. Desde os primeiros tempos, o asilo tomou uma dimensão política e humanitária. À prática antiga, de acordar uma proteção interna (frequentemente temporária) nos lugares santos, e que refletia o respeito pela divindade e pela Igreja, segue-se o asilo acordado pelos reis, repúblicas e cidades livres como uma manifestação de soberania (asilo soberano)».



une institution de droit humain, ils reconnaissaient en même temps le droit des autorités civiles à le restreindre et à l'abolir» (Reale, p.490).

Assim, passámos de um instrumento de proteção alicerçado na ausência de critérios e no abraço fraterno a toda e qualquer pessoa, sem qualquer tipo de exceção ou discriminação, para um instrumento fortalecido no pêndulo da lei, assente em critérios objetivos mais justos, mas, principalmente, no poder discricionário do Estado. Portanto, o instituto de asilo sofre uma mutação jurídico-concetual e, conseqüentemente, adapta-se às leis em vigor. Por sua vez, o próprio aparecimento do Estado-nação acarretou, para além do respeito pela lei, o fortalecimento do espírito de nacionalidade e de cidadania. Deste modo, de uma sociedade solidária, humanista e hospitaleira para com o criminoso ou inocente, para com o «outro» e/ou para com qualquer estrangeiro (Duarte, 1992, p.21), ¹⁵passamos para inarráveis exemplos de rejeição social, baseados especificamente na raça e na religião (Andrade, pp.13-14; ACNUR, 1998)¹⁶.

No século XVII, dá-se a laicização do instituto de asilo (Garrido, 1991, p.8; Andrade, p.15),¹⁷ o qual se converte em definitivo num instrumento do Estado que, gradualmente, transfere esta faculdade de conceder ou não proteção aos requerentes de asilo, ao poder civil (Hathaway, 1990, p.134). Efetivamente, existe uma mudança nos pressupostos básicos do instituto de asilo, uma vez que deixa de ser um direito subjetivo e pessoal do requerente de asilo e se converte num direito objetivo, arbitrário e discricionário do Estado face ao requerente de asilo. Por outras palavras, enquanto anteriormente o requerente tinha o direito de asilo que lhe era intrínseco e que englobava a possibilidade de procurar e beneficiar de asilo em qualquer lugar de proteção,

¹⁵ Refira-se que para Duarte «[o] estrangeiro é aquele que não faz parte do grupo social e político onde se encontra, seja ele a tribo, a cidade-estado, o domínio senhorial ou o Estado» .

¹⁶ A este propósito merece realce a seguinte explicação: «[os] séculos XIII, XIV e XV, por sua vez, testemunharam a expulsão dos judeus da Inglaterra, França, Espanha e Portugal, e a sua conseqüente dispersão pelos demais países europeus, norte da África e possessões holandesas, espanholas e portuguesas nas Américas. Em particular, a expulsão dos judeus que habitavam a Espanha, no final do século XV, teve como resultado o fluxo de cerca de 300.000 moradores da Península rumo à Itália, Turquia e, posteriormente, aos Países Baixos. Pouco depois, ocorreu a expulsão de 500.000 mouriscos que residiam na Espanha. No século XVI, (...) [a] Reforma ensejou o surgimento de asilados de praticamente todos os países europeus, tenho sido Genebra, provavelmente, o maior centro de protestantes franceses, ingleses e italianos perseguidos após a fuga de Calvo, da França, em 1541». Para um melhor aprofundamento desta temática é conveniente ler a obra da ACNUR, porque retrata bem alguns exemplos de rejeição social ocorridos no séc. XX.

¹⁷ Convém, sublinhar como refere Andrade que «no século XVII, a concessão do asilo deixou de ser competência exclusiva da Igreja, pois, com a organização dos Estados nacionais e o conseqüente surgimento de um poder civil soberano em seu interior, teve origem o que se pode denominar *laicização* do instituto de asilo – fenômeno que, em nenhum momento, subtraiu as prerrogativas da Igreja, por que com ela convivia».



presentemente o requerente de asilo apenas pode procurar proteção, mas não tem a garantia por parte do Estado da sua concessão, dado que esse é um poder exclusivo do Estado.

Ainda nesta altura, três dos principais doutrinadores do Direito Internacional, Francisco Suarez, Christiana de Wolff e Hugo Grotius estabeleceram também quatro regras básicas referentes ao instituto de asilo (Reale, p. 509; Cierco, p.22)¹⁸. Asseriram que as pessoas expulsas dos seus países de origem tinham o direito de adquirir residência permanente noutra país, submetendo-se ao governo que lá detivesse a autoridade; afirmaram que o asilo é um direito natural e uma obrigação do Estado, sustentado na obediência a um dever humanitário internacional; defenderam que os Estados que concedem asilo atuam em benefício da *civitas máxima* ou da comunidade de Estados; e diferenciaram as ofensas políticas das ofensas comuns, advogando que o asilo apenas deveria ser concedido àqueles que sofressem perseguições políticas ou religiosas e nunca por ofensas comuns (Andrade, pp.14-15). Evidentemente, na nossa opinião, bastaria o cumprimento integral dessas quatro regras por parte dos Estados para salvaguardar e credibilizar esta instituição transversal da história da humanidade.

No século XVIII, fomenta-se a ideia de que era necessário um instrumento jurídico capaz de reunir e de enumerar os diversos direitos do homem e do cidadão que, entretanto, se foi consolidando. Neste âmbito, os Estados Unidos foram os principais persuasores desta consciencialização jurídica.

Assim, no ano 1701, é adotada a Carta de Privilégios da Pensilvânia; a 16 de junho de 1776, a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia; a 7 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América; a 11 de setembro de 1776, a Declaração de Direitos e Normas Fundamentais de Delaware; a 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos

¹⁸ Leia-se o seguinte excerto de Reale: «[dans] son traité sur le Droit de la Guerre et de la Paix, écrit en France, où il s'était réfugié après sa romanesque fuite de la forteresse de Louvestein, Grotius reconnaît l'asile politique non seulement comme un droit, mais aussi comme un devoir de l'Etat de refuge. «On ne doit pas refuser, écrit-il, une demeure fixe à des étrangers qui, chassés de leur patrie, cherchent une retraite, pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi, et qu'ils observent toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions"». Aliás, como referiu Cierco «Hugo Grotius (1583-1645), também ele próprio refugiado, declarou na sua obra *De jure belli ac pacis* (Do Direito da Guerra e da Paz) a existência de direitos que pertencem em comum aos homens, tais como: o direito dos refugiados, expulsos do seu domicílio ficarem, temporariamente ou em residência permanente, noutra país; o direito dos estrangeiros não serem discriminados em razão da sua nacionalidade; e o direito às necessidades da vida, como alimentação vestuário e medicamentos (...). O asilo aparecia, assim, entre o "direito comum a todos os homens", onde Hugo Grotius refere que "não se deve recusar uma morada fixa aos estrangeiros que, tendo sido expulsos dos seus países, procuram asilo"».

do Homem e do Cidadão; e, a 15 de dezembro de 1791, a Declaração de Direitos da Constituição dos Estados Unidos da América.

Contudo, todos estes instrumentos, apesar de serem importantes para processo de configuração dos Direitos do Homem, não fazem, todavia, qualquer referência ao direito de asilo. Na essência, limitam-se a abordar um conjunto de direitos civis, sociais e políticos, como, por exemplo, o respeito pelo culto religioso, a proteção da vida, da liberdade, da propriedade, da segurança e, curiosamente, de um outro direito, que desapareceu por completo do cardápio dos instrumentos jurídicos internacionais de salvaguarda dos Direitos do Homem do século XX, nomeadamente, o da busca da felicidade¹⁹. Evidentemente, estes direitos são importantes para uma convivência pacífica e harmónica em qualquer sociedade, mas também para o próprio instituto de asilo. Aliás, muitos pedidos de asilo são requeridos, precisamente porque estes direitos não são respeitados ou porque os requerentes de asilo são perseguidos nos seus países de origem ou de residência.

É em 1793 que o direito de asilo aparece consagrado, pela primeira vez, numa Constituição Europeia, a *Constituição Francesa*, de 24 de junho de 1793, artigo 120.º sob a epígrafe intitulada «Des rapports de la République française avec les nations étrangères» –, na qual se refere o seguinte: «[Le] Peuple français est l'ami et l'allié naturel des peuples libres. Il ne s'immisce point dans le gouvernement des autres nations; il ne souffre pas que les autres nations s'immiscent dans le sien. Il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans» (Constituição Francesa, 1793; Andrade, p.16)²⁰.

¹⁹ Merece referencia esta explanação: «[que] todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (...) Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança (...)» (Cfr. Art.ºs. I e III da Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776); «Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. (...)» (Cfr. 2.º parágrafo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, in http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf, consultado a 23/02/2021).

²⁰ Para melhor desenvolvimento, vide, Art.ºs. 118 a 120 da Constituição Francesa de 1793.



Esta norma constitucional francesa, como assinalou Peydro Caro, inicia a prática de acolher em todo o território os perseguidos políticos, independentemente do lugar da sua procedência. Assim, o direito de asilo converte-se num direito humano do qual os perseguidos políticos se podiam socorrer para solicitar proteção ou refúgio e salvar a vida e a liberdade (Caro, 1960, p.31).

Nesta altura, o asilo começa a ser utilizado, também, como sinónimo de não extradição por crimes políticos. É conferido ao requerente de asilo o chamado princípio de *non-refoulement*, de não expulsão ou de não devolução, exceto quanto à «cláusula de atentado», ou seja, por crimes cometidos contra os chefes de Estado (Weis, 1968, p.379). Porém, como salientou Kaladharan Nayar, apesar de a extradição e o asilo serem dois conceitos interdependentes, o primeiro insere-se no âmbito do direito internacional, enquanto que o segundo está intimamente associado ao direito interno dos Estados e, muitas vezes, relacionado com políticas de migração (Nayar, 1972, p.21)²¹. Por isso, a extradição e o asilo são tratados por Estados de refúgio de formas distintas. Assim, enquanto a extradição é decidida com base em tratados internacionais de extradição, acordados e assinados entre os Estados ou na base do princípio da reciprocidade, o asilo é analisado sempre no estrito respeito da soberania territorial.

No século XIX, desaparecem da Europa os últimos vestígios do asilo religioso, e os Estados nacionais, soberanos e independentes consolidam-se ou estão em vias de consolidação total. Como realçou Rodrigo Magnos Soder, com «o surgimento dos Estados-nação e a consolidação das fronteiras nacionais, o fenómeno migratório começa a sofrer o influxo do Direito e, já no final do século XIX, passa a migração a ser tratada como uma importante política do Estado, tanto no polo atrativo, ou seja, a migração como ferramenta para povoar e desenvolver o país, como, também, e muito especialmente, na sua conhecida esfera negativa, consubstanciada em «quem entra» e «quem deve sair» do território do Estado» (Soder, 2007, p.8). Ou seja, nos

²¹ Leia-se o que apontou este autor: «[while] asylum and extradition are two interdependent concepts, the distinction between them must not be overlooked. The extradition process falls within the ambit of international law, whereas the issue of asylum is traditionally considered a question of internal law, an immigration matter. Therefore, extradition and asylum will be treated by the state of refuge as two separate issues governed by different factors. Extradition will be decided on the basis of the treaty binding the two states concerned or, in the absence of a treaty, on the basis of their customary reciprocal relations. Whether in addition to denying extradition, the fugitive should also be granted asylum will be decided separately. It will be deemed an internal matter to be decided on national considerations» (Nayar, 1972,p.21).



finais do século XIX, os Estados incorporam definitivamente a temática da migração como uma política interna, bem como um instrumento de desenvolvimento do país em época de abundância e de controlo em defesa da mão-de-obra nacional, em detrimento da mão de obra estrangeira, em época de crise.

Na verdade, os Estados, no exercício da sua soberania territorial ou da cláusula de soberania, assimilaram progressivamente as políticas de migração e, de forma descoordenada e individualizada, começaram a legislar sobre esta matéria, salvaguardando, todavia, os seus respetivos interesses nacionais. Vemos, pois, como, ao longo do século XIX, se consolida «una característica del derecho de asilo: el asilo territorial como facultad de los Estados derivada de la soberanía y que se utiliza como excepción a la extradición» (Herrera, pp.50-51).

De facto, o direito de asilo converte-se, definitivamente, num direito do Estado e, em simultâneo, transforma-se numa mera faculdade para o requerente de asilo, na medida em que este apenas pode almejar que o Estado lhe conceda esse direito.

Ao longo do século XX e no século XXI, novos instrumentos jurídicos²² culminaram no processo de configuração e aprofundamento dos Direitos do Homem. Contudo, é preciso sublinhar, que desses instrumentos jurídicos, os únicos que fazem especificamente referência ao direito de asilo é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 1 do art.º 14), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (n.º 7 do art.º 22.º), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (parágrafo 3.º do art.º 12.º) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art.º 18.º). Os outros instrumentos abordam questões conexas como, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que dedica um dos seus articulados aos refugiados (n.º 1 e 2 do art.º 22.º), a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou

²² Não nos podemos esquecer de que, ao longo do século XIX e no século XX, os direitos do homem ou direitos fundamentais foram, gradualmente, sendo aperfeiçoados, bem como novos direitos foram adotados como fundamentais. Aliás, para além dos instrumentos internacionais, muitos outros instrumentos nacionais contribuíram para este aperfeiçoamento dos direitos do homem, como, por exemplo, a Constituição Políticas da Monarquia Espanhola de 1812, a Constituição Belga de 1831, o Estatuto Albertino de 1848, a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Argentina de 1853, as novas emendas (13.º, 14.º, e 15.º) à Constituição dos Estados Unidos da América, entre 1865-1870, a Constituição da Monarquia Espanhola de 1869 e de 1876, a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, as novas emendas (19.º, 22.ª, 24.º e 26.º) à Constituição dos Estados Unidos da América, entre 1920-1971, a Constituição da Segunda República Espanhola de 1931, a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Alemã de 1949, os direitos nos preâmbulos da Constituições Francesas de 1946 e 1958, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978, entre muitas outras.



Degradantes, que defende o princípio de *non-refoulement* (n.º 1 do art.º 3.º) e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Esta não se aplica aos refugiados e nem aos apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado, conforme o disposto na alínea d) do art.º 3.º da citada Convenção.

Contudo, estas progressivas configurações, aprofundamentos e codificações dos Direitos do Homem converteram, irremediavelmente, o direito de asilo num direito fundamental do homem. Várias questões poderiam ser colocadas a este nível: Qual a pertinência de tantos diplomas de defesa dos valores, dos princípios e da salvaguarda dos direitos elementares da pessoa humana? Serão estes princípios verdadeiramente variáveis de Estado para Estado, de raça para raça, de época para época, de religião para religião ou de pessoa para pessoa, para serem adotados tantos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos ao longo do tempo? Não são estes princípios da pessoa humana universais? Julgamos que sim. Aliás, julgamos que esta multiplicidade de diplomas de salvaguarda dos mais elementares direitos humanos condicionou, inevitavelmente, o direito de asilo, impedindo que este se impusesse como um verdadeiro direito universal, transversal, intemporal e intrínseco da pessoa humana.

Porém, a história tem demonstrado que a dialética dos Direitos Humanos é prisioneira da insatisfação permanente dos Estados e dos homens. Daí a proliferação, ao longo dos tempos, de diversos diplomas de salvaguarda dos mais elementares direitos humanos, com consequências nefastas para o instituto de asilo. Uma vez que a quantidade excessiva desses diplomas, amparada na multiplicidade jurídico-concetual do instituto de asilo nos diversos Estados, dificulta a análise dos pedidos de asilo, fomenta a discricionariedade e a arbitrariedade e, conseqüentemente, impede uma decisão justa e uniforme.

Para concluir esta retrospectiva histórica, podemos afirmar que o instituto de asilo e o conceito de estrangeiro foram sendo objeto de várias mutações jurídico-conceptuais e ideológicas. Assim, um direito, outrora considerado individual e pessoal de cariz religioso, assente no costume e na superstição divina, converteu-se, irremediavelmente, num direito do Estado, arbitrário e discricionário, edificado na soberania territorial (Garrido, p.127). A este



respeito, escreveu Trujillo Herrera, «[la] dialéctica ciudadano-extranjero no resulta indiferente para el derecho de asilo. El asilo es un signo de la existencia del Estado, la noción de asilo estatal o «político» es concomitante de la aparición del Estado-nación. Los no pertenecientes al mismo solo pueden consecuentemente acceder a la ciudadanía política si el Estado, en ejercicio de su soberanía, así lo decide» (Herrera, p.50). Talvez por tudo isso, é fundamental proceder à definição do conceito de asilo e, concomitantemente, elencar os seus elementos mais característicos e destringir as classes de asilo.

3 UMA APROXIMAÇÃO CONCETUAL AO "DIREITO DE ASILO" COMO INSTRUMENTO UNIVERSAL AO SERVIÇO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO

3.1 Natureza jurídica e elementos caraterísticos do asilo

O vocábulo asilo, epistemologicamente, provém do latim «*asylum*» e do grego «*asylon*» e significa sítio inviolável, de imunidade ou espaço de refúgio (Cierco, p.15; Rotaeché, 1997, p.29; Villappando, 1996, p. 10; Andrade, p.9)²³. Este termo pode ser interpretado também como ponto de salvação, de albergue, de amparo, de acolhimento, o que não pode ser pilhado, saqueado, despojado, roubado, surripiado, espoliado e/ou, como referem alguns autores, o que não pode ser invadido (Gazzaniga, 1995, pp.75-85)²⁴ou violentado (Oliveira, p.19; Rondanini, 1997, p.XIV-1)²⁵, por ser um «lugar sagrado alejado de violência (Aunió, 2006, p.19) ou por ser um lugar de proteção necessária para a vida. Esta palavra é composta pela partícula privativa *a*, que significa

²³ Como foi assinalado por estes autores, «[o] termo «asilo», de origem grega, provém da partícula «a» mais a palavra «sulão», que significa «sem captura, sem violência, sem devastação». Deste modo, leia-se: «[la] palabra asilo proviene de la expresión griega asylon adjetivo equivalente a «indespojable o inviolable», tanto antes como ahora, el asilo va unido a la idea de protección otorgada a una persona cuya vida o seguridad peligran, en un lugar al cual sus perseguidores no tienen acceso» (Cierco, 2010, p.15; Rotaeché, 1997, p.29; Villappando, 1996, p. 10; Andrade, 1996, p.9).

²⁴ Como refere Louis Gazzaniga (1995) o asilo é sinónimo de um lugar «que no puede ser tomado».

²⁵ É de sublinhar que Sofia Pinto Oliveira (2009) realça a evolução semântica da palavra «asilo», principalmente em Portugal: «[correntemente,] o asilo designa um estabelecimento de caridade onde são recebidos os que não têm lar estável, crianças pobres ou órfãs, pessoas doentes ou idosas. «Asilo», nesta aceção, é usado sobretudo a partir do século XIX e o termo «foi precedido pelos de hospital (século XIV), mercearia (séculos XIII a XV) e recolhimento (século XVI a XVIII). A palavra pode também ter o sentido de inviolabilidade enquanto característica reconhecida a um espaço. (...) Assim, na Constituição de 1822, garante-se a inviolabilidade do domicílio com as palavras: «a casa de todo o Português é para ele um asilo»»



não e, pela palavra «*asylo*» que corresponde aos verbos *quitar, arrebatat, tirar, sacar, extrair* (Maekelt, 1982, p.140).

Ora, ao explicitarmos uma noção de asilo, inferimos que, presentemente, ao nível doutrinário, o asilo não tem *uma natureza jurídica unânime* (Zárate, 1957, p.21. Vieira, 1961, p.2). Isso deve-se, essencialmente, a dois fatores determinantes: em primeiro lugar, porque, ao nível internacional, não existe nenhum instrumento jurídico de caráter universal vinculativo para os Estados no que concerne ao asilo, apesar de existirem vários instrumentos jurídicos internacionais quer de cariz universal (v.g., Declaração Universal dos Direitos do Homem) quer de cariz regional (v.g., Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), que consideram o asilo como um direito fundamental do homem; em segundo lugar, porque o asilo foi sempre objeto de múltiplos desenvolvimentos legislativos dos Estados, ao nível interno.

Aliás, essa legislação converteu o asilo numa incumbência exclusiva dos Estados, assente, basicamente, na soberania territorial. Consequentemente, fixou, de forma soberana, arbitrária, descoordenada e discricionária, um conjunto de direitos e deveres dos requerentes de asilo, bem como um leque de critérios díspares de Estado para Estado no que respeita a análise, à concessão e/ou à rejeição dos pedidos de asilo (Aréchaga, E., Arbue-Vicnali, E., & Ripoll, R., p. 413)²⁶.

Portanto, como referem alguns autores (Einarsen, 1995, p.553; Patrnoic, 1988, p.383), o asilo não é um conceito estático, mas é uma *instituição em permanente redefinição*, uma vez que é variável de Estado para Estado (Arribas, 2007, p.12)²⁷. É certo que não existe uma instituição social ou sistema legal imune à mudança (Goodwin-Gill, 1995, p.7). Contudo, em virtude das mutações sucessivas, variáveis no tempo e no espaço, de Estado para Estado, o asilo não conseguiu, verdadeiramente, consolidar-se como um direito unânime e uniforme dos requerentes de asilo, de forma a assegurar aos perseguidos – nacionais de países terceiros – a velha e secular

²⁶ Para Aréchaga, Arbue-Vignali e Ripoll (2008), deve considerar-se que tanto a natureza jurídica do asilo territorial como a do asilo diplomático provêm do atributo da soberania dos Estados e do princípio da Boa-fé e Não-contradição que os obriga a cumprir os compromissos assumidos a partir da sua soberania, sem ter possibilidade jurídica alguma de romper por sua única vontade.

²⁷ Como refere Arribas (2007, p.12), o asilo é o «*derecho del Estado, consistente en una concesión graciosa del mismo ligada al principio de soberanía territorial, en el que entre en juego la potestad del Estado para permitir o no la entrada de nacionales extranjeros en su territorio, ya que en este sentido, el Estado sólo estará obligado a admitir la entrada de sus propios nacionales, tal y como establece la Declaración Universal de Derechos del Hombre en su artículo 13.º Debido por tanto a esta conexión existente entre el asilo y la entrada de extranjeros, puede decirse que no existe obligatoriedad para el Estado de conceder el asilo, ni derecho para el individuo a que se le otorgue*».



proteção conferida pelos Estados a todos e a qualquer perseguido. Sem embargo, o direito de asilo é um dos direitos exclusivos da humanidade (Herrera, p.104)²⁸, assente numa instituição benemérita e secular, de profundas raízes e tradições religiosas destinadas à proteção dos perseguidos (Caro, p.29). Segundo López Garrido, «el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye» (Garrido, p.18).

Assim e, apesar de, o asilo *não ter natureza jurídica unânime* (Diccionario Jvrídico, 1991, pp.91-93; Herrera, p.36)²⁹, podemos, em termos gerais, defini-lo como uma instituição ao abrigo da qual o Estado oferece proteção a determinados indivíduos que não possuem a sua nacionalidade (os estrangeiros), (Martínez, 2006, p.377; Diccionario Jvridico, p.403)³⁰ mas cuja vida, liberdade e direitos fundamentais se encontram gravemente ameaçados ou em perigo, por atos de perseguição ou de violência, bem como por inoperância ativa ou passiva de Estados terceiros (Aréchaga, E., Arbue-Vicnali, E.,& Ripoll, R., p. 409)³¹. Esta definição de asilo é suscetível de ser decomposta em quatro *elementos característicos* que passamos a enumerar: a)

²⁸ A expressão original é «*uno de los derechos más señeros de la humanidad*».

²⁹ No entanto, merece realce o pensamento de Herrera (2003, p.36) a este propósito: «*[aparte] de esta acepción de crisis como elemento o fator desencadenante o propiciador de una situación de asilo, existe lo que podríamos denominar «crisis concetual» permanente de esta figura, toda vez que en ningún momento de su existencia ha contado con un contenido unívoco, aceptado universalmente. Antes al contrario, tanto el comportamiento susceptible de protección, como los posibles sujetos pasivos o beneficiarios, así como el sujeto ativo o titular de la capacidad de conferir la protección inherente al mismo, han variado a lo largo del tiempo en diferentes sentidos, estando aún abierto el debate sobre si en determinadas ocasiones el sujeto puede coincidir en la persona del beneficiario, y consecuentemente el sujeto pasivo en el ente que se ve correlativamente obligado a facilitar el ejercicio de ese derecho por parte del primero*».

³⁰ Neste termos e, tal como foi apontado por Fernández Martínez (2006, p.377), o estrangeiro é uma «*[persona] física o jurídica que no es considerada como nacional por el país en que están domiciliadas o en el que son transeúntes. En caso de ser son personas jurídicas, son aquellas en cuyo territorio operan, pero es considerada como nacional suyo por un tercer Estado o por varios*». Assim, no «*ámbito doctrinal suele configurarse el concepto de extranjero atendiendo a un criterio negativo, por exclusión: es extranjero, se dice, quien no tiene la nacionalidad española [e/ou portuguesa]. (...) Por lo que se refiere a la condición jurídica de los extranjeros podemos, con WEISS, destacar tres sistemas distintos en las legislaciones modernas: 1. El de reciprocidad diplomática, que subordina el reconocimiento de la capacidad civil del extranjero a lo establecido en los Tratados internacionales vigentes entre los Estados de que se trate; 2- El de reciprocidad legislativa, que concede al extranjero la misma capacidad que su legislación nacional reconozca a los extranjeros; 3. El de igualdad, que equipara al extranjero con el nacional*».

³¹ Estes autores qualificam o asilo como o instituto que «*resulta de la obligación recíproca, convencional o consuetudinaria, que los Estados asumen comprometiéndose a brindar y respetar que otros Estados acuerden una protección de urgencia a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, perseguidas por razones políticas y cuya vida, integridad, seguridad o libertad se encuentre en peligro inminente por atos, amenazas o persecuciones de las autoridades del Estado en que se encuentran y dónde actúan políticamente o por grupos de personas organizadas o no, cuya acción esté fuera del control de las autoridades constituidas*» (Aréchaga, E., Arbue-Vicnali, E.,& Ripoll, R., 2008, p. 409).



Instrumento exclusivo do Estado; b) Instrumento restrito aos estrangeiros e apátridas; c) Instrumento assente em diversos pressupostos, mas, principalmente, em motivos políticos ou opiniões políticas; d) Instrumento usado em caso de perseguição por parte de um Estado terceiro (Nayar, p.20; Magno, 2009. pp.194-195).³²

Porém, uma das primeiras questões que devemos colocar, mesmo antes de analisarmos especificamente estes quatro elementos, é a de tentar perceber se o «direito de asilo» se refere a um direito do indivíduo ou a um direito do Estado e qual o seu verdadeiro alcance. A este respeito, sublinha Teresa Cierco que «o único direito de asilo existente pertence ao Estado. É a este que cabe a decisão de concessão ou não de asilo a quem o solicita. O único direito de proteção reconhecido pelos Estados é o princípio de não expulsão (*non-refoulement*) de pessoas para países onde a sua vida ou liberdade possam estar ameaçados ou em perigo» (Cierco, p.16).

Dito isto, e relativamente a estes quatro *elementos característicos* de asilo, convém sublinhar o seguinte:

a) O asilo é, efetivamente, um instrumento exclusivo do Estado. Aliás, incumbe ao Estado e só a este, no exercício da sua soberania territorial, estabelecer os critérios objetivos e subjetivos que os requerentes de asilo devem reunir para, com viabilidade, requererem o pedido de asilo.

³² Outros autores apontam outros elementos como, por exemplo, Nayar (1972, p.20):«[the] concept of asylum in international law involves three elements: first, admission of persons seeking asylum; secondly, shelter, which is more than mere temporary refuge; and lastly, a degree of active protection on the part of the authorities in control of the territory of asylum». Por outro lado, Patrícia Magno considera que «[com] base na integração das normas de direitos humanos se pode concluir que o conteúdo do direito de buscar e receber asilo contemplado na normativa internacional inclui, como um mínimo, os seguintes elementos: (1) o direito de sair de qualquer país, inclusive do seu; (2) admissão no território; (3) *non-refoulement*; (4) não discriminação; (5) acesso a um procedimento para determinar se a pessoa reúne os requisitos para ter direito ao asilo; (6) garantias mínimas no decorrer do procedimento: (6.a) o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial estabelecido por lei; (6.b) a assistência de um tradutor se não compreende ou não fala o idioma utilizado no procedimento; (6.c) o tempo e os meios adequados para preparar o seu caso; (6.d) a assistência legal; (6.e) o direito de recorrer da decisão ante uma instância superior; (6.f) o direito a um recurso judicial simples e rápido que o ampare contra uma violação do direito de asilo, ao devido processo ou outro direito reconhecido pela Constituição, lei interna ou a tratados internacionais; (7) o exercício efetivo de direitos humanos básicos permite ao solicitante permanecer no país em condições de dignidade e segurança até que se tome uma decisão definitiva sobre seu caso; (8) o asilo outorga-se com base em critérios objetivos previamente estabelecidos e conforme com os instrumentos internacionais aplicáveis; (9) a outorga de asilo está de acordo com a obrigação do Estado de investigar e sancionar violações de direitos humanos ou do direito humanitário ou, em não sendo o caso, de extraditar a pessoa para um país – diverso daquele de onde teme perseguição – que esteja disposto a fazê-lo; (10) a proteção do Estado vincula-se com a obtenção de uma solução duradora (integração local, reassentamento num terceiro país ou repatriação voluntária)».

Compete-lhe, ainda, fixar os procedimentos, os princípios, os órgãos decisores e os direitos e as obrigações dos requerentes de asilo e dos asilados (Velasco, 2009, p.626)³³.

Uma vez efetuada a análise dos pedidos de asilo, nos termos e de acordo com os pressupostos fixados pelo Estado, os beneficiários de asilo geralmente gozam de um regime jurídico de exceção benéfico em caso de deferimento. Ou seja, normalmente, é-lhes concedida autorização de residência e de permanência, são-lhes facultados documentos identificativos, é-lhes dada autorização para trabalhar, bem como assistência económica, jurídica e social. Embora o asilo seja um instrumento exclusivo do Estado, restrito à soberania territorial, usualmente os direitos e as obrigações fixados são díspares de Estado para Estado, o que acarreta abundantes controvérsias, desigualdade e injustiça.

Contudo, é de realçar que este elemento característico de asilo – instrumento exclusivo do Estado – está de acordo com a posição tradicional e dominante até à presente data. Na verdade, esta posição tradicional contempla o asilo como um poder livre, soberano, discricionário e arbitrário do Estado, embora lhe estejam subjacentes bases humanistas (Iglesias, 2000, pp.30-31)³⁴.

No entanto, é de realçar que, progressivamente, um novo setor doutrinal começa a emergir e a configurar o asilo como um direito pessoal e subjetivo do indivíduo, que, para a sua efetiva e plena concretização, necessita apenas da colaboração e da cooperação do Estado (Cierco, p.16; Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 1993, p. 4; Goodwin-Gill, 1993, p.102)³⁵. Revemo-nos, naturalmente, nesta segunda posição doutrinária emergente, uma vez que

³³ Entende-se nesta definição proferida por Velasco (2009, p.626): «[por] asilo – generalmente llamado derecho de asilo – se entiende la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por atos, amenazas o persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades».

³⁴ É de relevar que Maria Iglesias (2000, pp.30-31) «la protección de los refugiados y de las personas desplazadas constituye una forma de garantizar ciertos derechos humanos fundamentales, esenciales para la supervivencia de una categoría de personas tipificada por elementos caracterizantes propios, que requieren un régimen jurídico específico, [y] es hoy ampliamente reconocido que el Derecho Internacional de los Refugiados constituye una parte especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *latu sensu*».

³⁵ A este respeito, leia-se tal como refere Cierco: «[o] asilo implica uma proteção que é dada a um indivíduo estrangeiro no território de um Estado – prática internacionalmente aceite graças ao princípio da soberania. Esta proteção constitui o núcleo duro da instituição de asilo, uma vez que garante a segurança da pessoa com um dos direitos Fundamentais reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, junto com o direito à vida e à liberdade. (...) Contudo, apesar do direito internacional proteger estes direitos, ainda não reconheceu o

consideramos que o asilo não é um instrumento do Estado, mas é um instrumento de recurso e de proteção posto ao serviço do Estado (Aréchaga, E., Arbue-Vicnali, E., & Ripoll, R., pp.401-413)³⁶. Aliás, é o último recurso que um nacional de país terceiro pode verdadeiramente utilizar para eliminar qualquer eventual perseguição aos mais elementares direitos humanos. Por esta razão, consideramos que a concessão de asilo não deve ser considerada pelos Estados como uma manifestação de solidariedade para com os mais fracos, os desprotegidos, as vítimas de atentados e/ou de perseguições. Pelo contrário, deve ser interpretado e aceite como um ato de justiça e de condenação dos regimes ditatoriais ou geradores de refugiados.

b) O asilo é um instrumento de uso restrito dos estrangeiros e dos apátridas. Com efeito, tem como destinatários exclusivos os nacionais de países terceiros. Somente estes podem verdadeiramente requerer, com certa viabilidade e segurança, a tão almejada proteção ao abrigo do instituto de asilo. Contudo, não podemos esquecer que, no âmbito regional, nomeadamente no seio da União Europeia, o Protocolo Aznar prevê a possibilidade de igualmente se conceder asilo a cidadãos da União Europeia, em três situações muito específicas, todas relacionadas com o

direito de asilo como um dos direitos do homem». Por outro lado, não podemos esquecer, tal como foi referido num dos Documentos da ONU - Doc. A/AC. 96/815, que o asilo é o coração da proteção internacional: «[asylum,] in the core sense of admission to safety in another country, security against refoulement, and respect for Basic human rights, is the heart of international protection. Without asylum, the very survival of the refugee is in jeopardy. The overwhelming majority of States continue to adhere to generous asylum policies, affording refuge to persons in need of protection until a solution can be achieved. Indeed, with the occurrence of new refugee situations, it can be said that more refugees are currently enjoying asylum than ever before. However the sheer numbers of refugees requiring asylum are a daunting challenge to the international community, and it is perhaps not surprising that the institution is under serious pressure and that the Office must contend with threats to asylum on refugees through admission to a country of asylum and protection against refoulement; and ensuring their security and well-being once they are within countries of asylum».

³⁶ Neste sentido, Aréchaga, Arbue-Vignali e Ripoll (2008, pp.401-413) advertem que esta posição pode ser partilhável do ponto de vista ideológico, mas, do ponto de vista de uma estrita hermenêutica jurídica, não resulta, dada a natureza instrumental e não substantiva da instituição de asilo. Trata-se de uma ferramenta muito útil e necessária para proteger alguns dos Direitos Humanos fundamentais (a vida, a integridade pessoal, a dignidade, a não submissão a humilhações e torturas, a liberdade de opinião, o direito a não ser discriminado, e outros de idêntica essência), mas não é em si mesmo um Direito Humano Fundamental. Assim, é preferível caracterizá-lo como um instituto próprio da cooperação internacional ao serviço da proteção internacional dos Direitos Humanos fundamentais e não como um direito fundamental propriamente dito. Sob essa abordagem, estes autores reconhecem que «[si] nos situamos en una perspectiva de filosofía del derecho y consideramos desde ese punto de vista la conciencia jurídica y política internacional de la humanidad a principios del siglo XXI, el derecho de asilo, en todas sus variedades, debe considerarse como un instrumento puesto al servicio de los seres humanos para la defensa de sus derechos fundamentales en momentos en que éstos corren serios riesgos de ser afectados irreversiblemente en el Estado en que se encuentran. [...] Esta es la proyección de futuro a la que creemos se debe propender: consagrar el derecho de asilo como instrumento universal al servicio de los derechos fundamentales de los seres humanos, en cualquier lugar del mundo en que se encuentren, que les permitan cobijarse al amparo de institutos internacionales que salvaguarden sus vidas, integridad, seguridad y libertad en momentos de agudas crisis».



respeito pelos direitos fundamentais do homem e com os princípios gerais nos quais assenta a União Europeia.

Neste domínio, serve de fundamento, para a concessão de asilo nos termos do Protocolo Aznar, por exemplo, a adoção por parte de um Estado-membro de medidas derogatórias dos direitos fundamentais por causa de guerra ou de outro perigo público, a infração dos princípios gerais, nos quais assenta a União Europeia, e a violação grave e persistente da liberdade, da democracia e dos direitos humanos.

c) O asilo é um instrumento assente em diversos pressupostos, principalmente motivos políticos ou opiniões políticas. De facto, com a inversão e a evolução dos valores sociais, bem como com a progressiva consciencialização do respeito pela pessoa humana e pelos seus direitos fundamentais, gradualmente os Estados começam a admitir outros pressupostos ou motivos, para além dos políticos, para a concessão de asilo. Aliás, não podemos esquecer que estes parâmetros legais e morais referentes aos «motivos políticos ou opiniões políticas» foram sendo jurídicos e concetualmente alterados ao longo dos tempos. Na verdade, no século XV, os pedidos de asilo efetuados com base em motivos políticos (criminosos políticos) eram condição *sine qua non* para a sua rejeição, em virtude das teorias divinas e do poder absoluto dos príncipes. O crime político era considerado na altura como muito grave, pois representava uma ofensa direta aos príncipes e ao Estado. Assim, o vertido na Lei publicada em Veneza estipulava o seguinte: « [O] refugiado em casa dum diplomata não será perseguido. Ignorar-se-á oficialmente a sua presença, desde que o crime seja de direito comum e esse refugiado não se mostre às janelas» (Moncada, p.71).

Em contraposição, o crime comum era aceitável para a sociedade da época. Na verdade, nos finais do século XVIII, com o advento das conceções políticas democráticas, dá-se uma inversão dos valores e da própria mentalidade da sociedade da época. Deste modo, os crimes comuns passam a ser veementemente condenados e, em contrapartida, os crimes por motivos políticos passam a ser relevados ou aceites com maior normalidade. Atualmente, os pedidos de asilo que têm subjacente a prática de crimes comuns são, a priori, liminarmente indeferidos e os que têm subjacente a prática de crimes por motivos políticos ou opiniões políticas são, a priori, aceites e concedidos o direito de asilo.

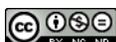


Porém, a pretensão dos requerentes de asilo é denegada geralmente quando daí resultem responsabilidades internacionais (v.g., crimes contra a humanidade) ou caso tenham praticado delitos graves nos países de origem ou de residência. Nestes casos, são normalmente acionados os tratados ad hoc de extradição. Contudo, não podemos esquecer que compete ao Estado, e só a este, qualificar, no âmbito da sua soberania e do seu livre arbítrio, se considera determinado ato ou facto um crime político ou um crime comum. Assim, e, apesar de privilegiarem, ainda, aquando da análise do pedido de asilo, os motivos políticos ou as opiniões, aos poucos, passaram a admitir novos pressupostos como, por exemplo, a perseguição em virtude da raça, da religião, da nacionalidade e/ou da filiação em certo grupo.

Curiosamente, estes novos pressupostos são os mesmos que a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiados, de 1951, veio a assimilar para a concessão do estatuto de refugiado. Todavia, não podemos esquecer que os Estados detêm a suficiente discricionariedade e arbitrariedade, assentes na soberania territorial ou na cláusula de soberania que lhes permite, a qualquer momento, incluir e admitir novas motivações subjacentes aos pedidos de asilo (Guardiola, 2008, p.383)³⁷.

d) O asilo é um instrumento usado em caso de perseguição por parte de um Estado terceiro. Ou seja, outro dos elementos característicos do asilo e do direito de asilo acomoda-se no agente de perseguição. Este elemento não é verdadeiramente inovador, até porque os Romanos já consideravam como agentes de perseguição os poderes públicos. Deste modo, esta perseguição pode resultar de uma inoperância ativa ou passiva de um Estado terceiro (Estado de origem ou Estado de residência), com o objetivo de salvaguardar os mais elementares direitos humanos do requerente de asilo.

³⁷ Note-se como refere Antón Guardiola (2008, p.383) «[el] asilo, por tanto, no tiene por qué limitarse a las personas que sufren un determinado tipo de persecución o se ven amenazados por una taxativa serie de motivos – como sería el caso de los refugiados –, correspondiendo a los Estados, en el ejercicio de su soberanía, la prerrogativa de establecer las condiciones que deben reunir los solicitantes de asilo y determinar el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de su concesión. Lo habitual ha sido que a través del asilo se otorgara una protección permanente y generosa y se reconociera a los asilados unos derechos y condiciones de disfrute similares a las de los nacionales. El asilo traduce así una manifestación estatal de solidaridad que los demás Estados deben respetar sin que quepa percibirlo como un ato inamistoso».



Relembre-se que o estrangeiro, requerente de asilo, geralmente procura proteção noutra local, em virtude de, no seu país de origem ou de residência, ser vítima sistemática de discriminações e de perseguições quer por motivos ideológicos, religiosos, culturais, raciais ou de filiação quer por inserção num determinado grupo social específico. Contudo, em virtude dos inúmeros conflitos armados internos que proliferam um pouco por toda a parte, há uma tendência gradual e progressiva para se admitir novos agentes de perseguição além do Estado, os chamados agentes não estatais. Isto deve-se, principalmente, ao facto de alguns Estados, atualmente, já não serem capazes de garantir na plenitude a velha missão soberana de segurança, bem como controlar e proteger todo o território.

Atualmente, os agentes não estatais, nomeadamente as organizações terroristas ou criminosas e os paramilitares, muitas vezes, estão mais bem apetrechados militarmente do que as próprias forças armadas ou policiais dos Estados, quer sejam Estados de origem quer sejam Estados de residência. Consequentemente, muitas vezes, estes Estados adotam uma posição de total inoperância e passividade face à sistemática violação dos direitos humanos.

Dito isso e, embora tenhamos conseguido identificar os principais elementos caracterizadores do asilo, não podemos deixar de reiterar que, presentemente, este instituto se encontra em crise (Amnistia Internacional, 2012; Betancourt, 2010, pp.103-122; Corella, 2010, pp. 103-122; Ségur, 1998, pp-1-181)³⁸, especialmente na União Europeia (Guterres, 2010; Ensayo INCIPE, 2005; Oosting, 2012)³⁹. Isso deve-se à multiplicidade de regras, de procedimentos, de direitos, de obrigações, de critérios díspares, arbitrários e discricionários, utilizados por cada Estado no âmbito da sua soberania territorial. Por tudo isso, é fundamental,

³⁸ Aliás, como apontou a Amnistia Internacional no seu (Informe anula 2012 – *El estado de los derechos humanos en el mundo*), «[en] diciembre, en dos causas relacionadas que tenían su origen en la crisis del sistema griego de concesión de asilo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reiteró que los solicitantes de asilo transferidos a Grecia en virtud del Reglamento Dublin II corrían peligro de sufrir allí graves violaciones de derechos humanos».

³⁹ Releve-se que, conforme refere António Guterres (2010, p.1) «[a] Europa contribui de forma significativa para o asilo mas no espaço unificado ainda não existe uma sistema comum de asilo. Estamos a criá-lo, mas muito lentamente. Ainda temos um mosaico de sistemas nacionais de asilo completamente diferentes, o que dá origem a uma grande disfuncionalidade, que considero negativa, tanto para a proteção das pessoas como para o interesse da União Europeia». Neste sentido, leia-se ainda o relatório da INCIPE: «[de] todos los temas y nuevas cuestiones que las migraciones internacionales están planteando a las naciones europeas, ninguno es más urgente o explosivo que la crisis del asilo. Los números de solicitantes de asilo han aumentado en los países europeos en proporciones alarmantes».



para uma melhor credibilização desse instituto, em especial na União Europeia, que os elementos caracterizadores desse instituto de asilo sejam aplicados, pelo menos de forma uniformizada, nos Estados.

3.2 Classe de asilo

Em relação às classes de asilo, cabe advertir que, ao longo dos tempos, o instituto de asilo se desmembrou em três classes ou categorias, nomeadamente: a) *asilo territorial*; b) *asilo diplomático*; c) *asilo neutral*. Se bem que o *asilo territorial* tenha fontes longínquas, uma vez que já era conhecido e praticado na Grécia Antiga, em Roma e/ou com o Cristianismo é na Idade Média que prospera e se afirma como instituto, verdadeiramente merecedor de um tratamento diferenciado, prolongando-se até a atualidade. Contrariamente, é contemporânea a evolução sociojurídica do instituto de asilo diplomático e de asilo neutral.

Estas três classes de asilo têm, porém, um requisito comum – perseguição por motivos diversos suscetíveis de pôr em perigo a vida ou a liberdade do requerente de asilo. De facto, como vimos, ao longo dos tempos, estes motivos subjacentes à concessão de asilo foram sendo reajustados a cada período da história, bem como à evolução cultural da sociedade face ao «outro» ou face ao «estrangeiro» (Mello, 2000, p.1018)⁴⁰.

Convém destrinçar cada uma dessas classes de asilo, até porque estas têm particularidades específicas, embora a maior parte dos requisitos sejam comuns. Deste modo, de forma sumária, podemos dizer que «*[the] term «diplomatic asylum» in the broad sense is used to denote asylum granted by a State outside its territory, particularly in its diplomatic mission (diplomatic asylum in the strict sense), in its consulates, on board its ships in the territorial waters of another State (naval asylum), and also on board its aircraft and of its military or para-military installations in foreign territory. The other form of asylum granted to individuals, namely, that which is granted*

⁴⁰ Aliás, como refere Celso Mello (2000, p. 1018), os delitos comuns e os delitos políticos derivados de opiniões políticas eram inicialmente móbil suficiente para a concessão de asilo. Posteriormente, apenas se aceitavam os delitos políticos como causa implícita para o pedido de asilo. E, mais recentemente, passou-se a admitir novos motivos como, por exemplo: a perseguição em virtude da raça, religião, nacionalidade e/ou filiação em certo grupo social. Todavia, tal como foi dito «[o] direito de asilo, apesar de ter por finalidade proteger a pessoa humana, é ainda, considerado um direito do Estado e não do indivíduo. Significa isto que o Estado não é obrigado a conceder o asilo, mas apenas o faz se assim o quiser [e, geralmente, só o faz quando um desses motivos estão, integralmente, preenchidos]».

by the State within its borders, is generally given the name «territorial asylum» (UN General Assembly, 1975, A/10139). Contudo, convém lembrar que existe uma certa confusão terminológica, tal como foi apontado: «[the] terminology employed in this entire field lacks uniformity. The terms «internal asylum», «external asylum» and «political asylum» are used by some to denote diplomatic asylum and by others to refer to territorial asylum» (UN General Assembly, 1975, A/10139), pelo que é útil e importante distinguir cada uma dessas classes ou categorias de asilo.

Por último, é de sublinhar, ainda, que, no princípio, os requerentes de asilo podiam optar por requerer qualquer uma dessas classes de asilo, de acordo com os condicionalismos próprios de cada um e/ou caso preenchessem os requisitos específicos de cada classe de asilo. Todavia, o asilo territorial foi-se sobrepondo às outras duas classes de asilo (diplomático e neutral). Assim sendo, e dada a confusão terminológica que existe entre estas três classes de asilo, vamos, a seguir, analisar individualmente cada uma delas.

3.2.1 O asilo territorial

O asilo territorial (Cornu, 1987, p.68; Marín, J., Martín, J., & Martín, C., 1994, p.44; Martínez, p.110),⁴¹ conhecido também como o asilo externo ou de direito internacional, é aquele que é concedido por um país estrangeiro a uma pessoa estrangeira ou apátrida perseguida no seu país de origem ou de residência (Oliveira, p. 49).⁴²

O Documento Final adotado pela Conferência Ibero-americana sobre Direito de Asilo, celebrado em Montevideo a 11 de outubro de 1996, define o asilo territorial como «o direito do Estado oferecer proteção no seu território a perseguidos, em risco de perder a sua vida ou

⁴¹ Como refere Cornu (1987, p.68), asilo territorial é «[l'accès] à leur territoire offert par certains Etats, qui ouvrent leurs frontières aux prévenus ou condamnés des pays étrangers et refusent leur extradition». No mesmo sentido, afirmam J. Martínez, J. Martín, C. Martín (1994, p.44) que o asilo territorial é «[aquele] que está basado en el principio de distinta soberanía, en virtud del cual la persona perseguida en su Estado quedaba a salvo por el mero hecho de pasar al territorio de otro Estado». Por último, como refere Fernández Martínez (2006, p.110) o asilo territorial é a «[protección] que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas extranjeras que llegan a él perseguidas por motivos políticos y que se encuentran en peligro su vida o libertad en el Estado de donde proceden sean nacionales o no de ese Estado».

⁴² A Sofia Oliveira (2009, p.41) «[designa-se] por asilo territorial a proteção concedida pelo Estado, no seu próprio território, a alguém que nele se encontra em busca de refúgio. Do ponto de vista do Estado que persegue o refugiado, este asilo é externo, na medida em que o perseguido se encontra em território estrangeiro, isto é, não sujeito à sua soberania. Na América Latina, esta forma de asilo é chamada, simplesmente, refúgio...».



liberdade, por motivos políticos, por delitos políticos, comuns conexos com os políticos ou por delitos comuns cometidos com fins políticos». Ou seja, o asilo territorial é uma manifestação de soberania de um Estado face ao outro Estado, na medida em que permite a nacionais de países terceiros, perseguidos nos seus países de origem ou de residência por motivos diversos, mas correlacionados com a violação sistemática dos mais elementares direitos do homem e/ou da dignidade humana, o acesso ou a transposição das fronteiras territoriais para solicitarem proteção internacional e, concomitantemente, obterem a garantia da aplicação do princípio de *non-refoulement*, de não extradição, não devolução e/ou não expulsão para os países de origem ou de residência.

Portanto, o asilo territorial é um ato livre, soberano, discricionário e arbitrário, de um Estado face ao outro, em prol de nacionais de países terceiros, vítimas de perseguição por motivos diversos bem como por razões humanitárias (Velasco, p. 627)⁴³. Contudo, convém realçar que, apesar de esta classe de asilo ter sido usada e aplicada desde tempos imemoriais, encontra-se somente consagrada num documento internacional de cariz universal, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem: «[Toda] a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas» (Combesque, 1998, p.35).⁴⁴ É de realçar que esta classe de asilo está num instrumento internacional de carácter regional, nomeadamente, da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático e Territorial de 1954.

3.2.2 O asilo diplomático

O asilo diplomático (Guillien & Vincent, 1978, p.30; Cornu, p.68; Marín, J., Martín, J., & Martín, C., 1994, p.44; Molina & Torres, 2006, p.42)⁴⁵ é, segundo Égídio Reale,

⁴³ É de todo conveniente ler esta explicação de Velasco: «así como para el Estado la concesión de asilo es un derecho derivado de su soberanía territorial, para el particular asilado no aparece como un derecho, sino como una concesión graciosa del Estado asilante».

⁴⁴ Cfr. n.º 1 e 2.º do art. 24.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁴⁵ O asilo diplomático é segundo Guillien (1978, p. 30) a «[protection] qu'un Etat peut assurer, grace à l'inviolabilité des locaux diplomatiques, aux personnes objet de poursuites qui s'y sont réfugiées, en refusant de les remettre aux autorités locales ou d'autoriser celles-ci à venir les arrêter». Para, Cornu é a «[protection] recherchée dans les locaux d'une ambassade étrangère, au nom de l'inviolabilité dont ceux-ci jouissent; institution aujourd'hui



«[inconnu] jusqu'au XV siècle, l'asile diplomatique a été souvent appliqué au cours des siècles suivants, pour disparaître ensuite ou être limité, dans les pays où il a survécu, aux seuls réfugiés politiques. À la différence de l'asile territorial ou extérieur, l'asile diplomatique est accordé dans le pays même où le délit a été commis, ou par lequel le réfugié est poursuivi. Il est offert sur le territoire de la juridiction dont relève le réfugié. L'asile diplomatique apparaît donc, non comme une conséquence de la souveraineté territoriale, mais comme une limitation de celle-ci, consentie par le souverain du lieu de refuge, en vertu d'un accord ou d'une coutume, ou comme un acte de courtoisie internationale» (Reale, p.511).

O asilo diplomático surge e desenvolve-se com a diplomacia, ou melhor, a partir da Paz de Westefália, de 1648, quando esta se torna, de facto, uma instituição do direito internacional. Consequentemente, é só a partir de 1648 que o direito internacional foi concedendo, de forma gradual, aos agentes diplomáticos, um conjunto de direitos, privilégios e prerrogativas capazes de melhorar o desempenho do asilo diplomático nas missões no estrangeiro, bem como possibilitar a independência face ao poder instituído ou às ações das autoridades locais (Moncada, pp. 69-75; *Jornal Público*, 2012)⁴⁶.

É de sublinhar que, de entre estes privilégios concedidos, é, sem sombra de dúvida, a inviolabilidade dos edifícios da missão diplomática, um dos mais importantes, na medida em que possibilita a salvaguarda de um dos mais elementares direitos do homem, nomeadamente, o de asilo (*Jornal Público*, 2012).⁴⁷ Por outro lado, a concessão deste privilégio confere ao agente diplomático, uma liberdade de movimentos e de decisões no seio dos edifícios da missão diplomática, bem como a independência, a segurança e a estabilidade emocional para decidir em consciência face a uma eventual atrocidade dos mais elementares direitos humanos.

contestée, sauf lorsqu'elle est consacrée par une convention internationale qui permet de refuser de remettre une personne recherché aux autorités locales ou d'autoriser celles-ci à venire l'arrêter». Para, Marín, J., Martín, J., & Martín, C., (1994, p. 44) é a «[protección] que se da al refugiado político contra las autoridades territoriales. El amparo se presta en razón del privilegio de inviolabilidad de que gozan los edificios de las embajadas o legaciones». Por último, para Ricardo Molina et. al., é a «[protección] que se se concede, en una legación diplomática, a la persona que en ella busca refugio – o lo solicita – perseguida en su país de origen por razones políticas o ideológicas. Se consideran inviolables los edificios de embajadas y legaciones».

⁴⁶Recentemente, como refere o *Jornal Público* esta forma de asilo diplomático foi aplicada na Europa: «[o] fundador do site Wikileaks, Julian Assange, procurado por acusações de violação na Suécia, conseguiu o que pretendia, na tentativa de evitar a extradição do Reino Unido. O Equador concedeu-lhe asilo político e direitos diplomáticos. Se agora consegue sair da embaixada em Londres sem ser detido, ainda está por saber».

⁴⁷ Porém, infelizmente, como refere o mesmo *Jornal Público* estes privilégios estiveram quase a ser quebrados por parte do Reino Unido no caso de Julian Assange, conforme algumas notícias que circularam: «[resta] saber se Londres aceita que Assange saia do país sem consequências – pela primeira reação conhecida, dir-se-ia que não. E os acontecimentos das últimas 48 horas sugerem que não será tarefa fácil para o fundador do Wikileaks. Segundo o ministro equatoriano, os ingleses ameaçaram invadir a embaixada do Equador em Londres, para deter Assange e evitar a sua saída do país. Uma ameaça duramente criticada por Ricardo Patiño, que reafirmou a posição equatoriana, entendendo que se tratou de uma ameaça «inaceitável».



Deste modo, uma prática consuetudinária assente na simples cortesia, tolerância convivência e/ou conveniência política, converteu-se num foro de direito cujo corolário máximo se consubstancia na inviolabilidade das missões diplomáticas ou sob a forma de asilo-imunidade (Moncada, pp.74-75)⁴⁸. Aliás, a este respeito, reiterou Carlos V, imperador da Alemanha e Rei de Espanha, que as casas dos embaixadores serviam de asilo inviolável como, outrora, os templos dos deuses, pelo que não era permitido às pessoas violarem este asilo, sob qualquer pretexto (Moncada, pp.63-70).

Assim, durante os séculos vindouros, séculos XVI e XVII, o asilo diplomático ganhou uma amplitude que não se restringia apenas às missões diplomáticas (UN General Assembly, 1975, A/10139).⁴⁹ Era muito mais vasto.

Vigorava, na altura, o denominado *jus quarteriorum* ou a «imunidade do bairro» que se estendia por todas as casas e ruas do bairro onde estava situada a missão diplomática. Todavia, a partir do século XIX, o asilo diplomático começa a entrar em declínio, ao ponto de desaparecer

⁴⁸ Como refere Cabral de Moncada (1945, p.74-75)«[a] doutrina ou [teoria] da ficção da extraterritorialidade [embora não aceite por todos os autores, tenta justificar o direito de asilo interno. Segundo ela,] os edifícios das missões diplomáticas no estrangeiro são considerados como pedaços isolados no próprio território do Estado que representam. Nestas circunstâncias, claro está, qualquer violação destes edifícios por parte das autoridades locais seria equiparada à violação do território de um Estado estrangeiro. Estava, portanto, com esta doutrina, obtida uma justificação jurídica sólida para prática do direito de asilo».

⁴⁹ Contudo, como salienta o Relatório do Secretário-Geral da UN, no século XVIII, «*ambassadors continued to grant asylum in their dwellings, as is demonstrated by two famous episodes in diplomatic history. One concerns the Duke of Ripperda, Minister for Finance and Foreign Affairs to Philip V of Spain, who, accused of betraying the trust of his office, was apprehended in 1726 at the residence of the British Ambassador at Madrid. The other, which dates from 1747, involves one Christopher Springer, a merchant born in Russia and domiciled at Stockholm, who, having been found guilty of complicity in an act of high treason, took refuge with the British Ambassador at Stockholm, but was finally handed over by the Ambassador to the Swedish authorities*».



dos Estados Europeus (UN General Assembly, 1975, A/10139)⁵⁰, em virtude dos usos e abusos cometidos (Moncada, pp.78-79 e pp.80 e 86)⁵¹.

Em suma, o asilo diplomático, também conhecido como asilo extraterritorial, é, em sentido estrito, sinónimo de asilo interno de direito internacional (Oliveira, pp.49-50)⁵². O citado Documento Final, adotado pela Conferência Ibero-americana sobre Direito de Asilo, celebrada em Montevideo em outubro de 1996, define o asilo diplomático como «o direito do Estado conceder nas instalações diplomáticas, navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares, a proteção a perseguidos por motivos políticos, por delitos políticos, delitos comuns conexos com os políticos ou por delitos comuns cometidos com fins políticos, por tempo estritamente necessário para garantir a segurança do requerente perante o perigo de ser privado da sua vida ou liberdade». É, portanto, um ato livre, soberano, discricionário e arbitrário de um Estado face ao outro, em prol de nacionais de países terceiros, vítimas de perseguição por motivos diversos, bem

⁵⁰ De facto, como refere o Relatório do Secretário-Geral da UN, a partir do século XIX, «*diplomatic asylum almost ceased to be granted in Europe except during political disturbances. In Greece, for example, during the Revolution of 1862, refuge was given in legations and consulates to persons whose lives were in danger. In Spain, in 1841 and again in 1843, Chevalier d'Alborgo, chargé d'affaires of Denmark, received into his dwelling a number of Spaniards who were being sought for political reasons, including the Marquis of Casa-Irujo, who later became the Duke of Sotomayor. This led to the Chevalier becoming a grandee of Spain, with the title of Barón del Asilo, but did not prevent the Duke of Sotomayor, then Minister for Foreign Affairs, from ordering the authorities to enter the house of his former benefactor during the insurrection of 26 March 1848 in order to seize some political opponents. In Portugal during the Revolution of 1910, which brought down the monarchy, a few legations granted asylum to supporters of the ancien régime. Various instances of asylum in China, Persia, Morocco and Turkey could also be cited*».

⁵¹ É de notar como refere Cabral de Moncada que «a doutrina no séc. XVIII se mostra hesitante na defesa do direito de asilo. Vattel é um exemplo típico desta fase de transição. Este autor começa por defender energicamente a inviolabilidade dos edifícios das missões diplomáticas. Todavia afirma logo a seguir que o soberano local não poderá suportar que nestes edifícios seja concedido asilo a toda e qualquer espécie de criminosos. Finalmente, empreende a vaga distinção entre *crimes leves e graves*. Só para os primeiros seria de admitir o direito de asilo». A título de curiosidade, convém sublinhar ainda que «(...) [os] Estados Unidos nunca reconheceram a prática do direito de asilo diplomático a dentro das suas fronteiras, e também não nos consta que tal direito aí fosse alguma vez reivindicado por um Estado estrangeiro. No entanto, no território dos outros Estados – sobretudo na América Latina – os Estados Unidos exerceram repetidas vezes o mesmo direito de asilo».

⁵² Tal como foi posto em relevo por Sofia Oliveira (2009, pp.49-50) «[o] asilo extraterritorial é concedido pelo Estado, fora do seu território nacional, mas em espaço sob a sua jurisdição e isento de qualquer ação ou interferência por parte das autoridades locais. Do ponto de vista do autor da perseguição, este asilo é interno, na medida em que é concedido nos limites do seu próprio território. Na América latina, esta forma de asilo é chamado asilo *tout court*. O asilo diplomático não se restringe, no entanto, à proteção conferida em missões diplomáticas, embora seja esta a sua manifestação mais frequente, mas inclui também o asilo concedido em navios de pavilhão estrangeiro estacionados nas águas territoriais de um outro Estado – o chamado asilo naval – e o asilo militar, concedido em acampamentos militares estrangeiros implantados no território onde se verifica a perseguição. Usualmente, estas três formas de asilo são designados, por sinédoque, como asilo diplomático, dado ser esta a manifestação mais frequente desta forma de asilo».



como por razões humanitárias, e a principal obrigação assumida pelo Estado asilante é o dever de não devolução e a transferência ou deslocação do asilado fora do país. Esta classe de asilo, apesar de ser recente evoluiu ao nível dos princípios e dos direitos apregoados, a par do asilo territorial (Reale, p.515)⁵³.

Na essência, o asilo diplomático comporta a mesma natureza do asilo territorial e confere os mesmos direitos e garantias, exceto na obrigatoriedade dos requerentes de asilo terem que abandonar o país de origem para solicitarem os pedidos de asilo. Efetivamente, com o asilo diplomático, os requerentes de asilo já não necessitam abandonar o país de origem para solicitar o pedido de asilo, podem requerê-lo em virtude do princípio da inviolabilidade das missões diplomáticas (Convenção sobre Relações Diplomática, 1961),⁵⁴ nas embaixadas, nos consulados, nos navios de guerra, nos acampamentos e/ou em aeronaves militares.

Todavia, não devemos esquecer que esta classe de asilo deveria ser apenas utilizada em circunstâncias excepcionais e somente em caso de urgência ou perigo efetivo, uma vez que não confere uma proteção definitiva, mas apenas uma proteção provisória até o requerente de asilo ser transferido para o Estado asilante. Iremos, de igual modo, analisar com mais pormenor esta classe de asilo no *item* que reservámos para a Convenção de Caracas sobre o Asilo Diplomático e Territorial de 1954, até porque esta classe de asilo é originária da América Latina (Oliveira, p. 51; Rotaecche, p. 59)⁵⁵.

⁵³ Aliás, como refere Egídio Reale, (1938, p. 515) «*son] existence était officiellement consacrée par un jugement du pape Clément VIII, à l'occasion d'un conflit entre les Cours de France et d'Espagne. En juillet 1601, des Français, qui avaient été insultés, attaquèrent des soldats espagnols, en tuèrent deux et en blessèrent d'autres. Après quoi, ils se réfugièrent à l'Ambassade de France à Madrid. À la suite du tumulte du peuple, qui menaçait de mettre feu à l'hôtel de l'ambassadeur, et pour apaiser sa colère, les autorités espagnoles firent arrêter les coupables. Les protestations de l'ambassadeur, le comte de Rochefort, furent vaines. La Cour d'Espagne fit ses excuses pour la violation de l'Ambassade, mais elle retint les prisonniers. Le roi de France, Henri IV, demanda alors des réparations, qui ne lui furent pas accordées. À la suite de ce refus, les relations, même commerciales, entre les deux pays, furent interrompues. Clément VIII, auquel les deux Cours soumièrent le conflit, donna raison au roi de France, blâmant la violation de l'asile. Les prisonniers furent rendus au Pape qui, à son tour, les remit à l'Ambassadeur de France à Rome.*»

⁵⁴ Cfr. «1- Os locais da missão são invioláveis. Os agentes do Estado acreditador não poderão neles penetrar sem o consentimento do chefe de missão.2 – O Estado acreditador tem a obrigação especial de adotar toda as medidas apropriadas para proteger os locais contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações que afetem a tranquilidade da missão ou ofensas à sua dignidade. 3- Os locais da missão, o seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução (Cfr. n.º1 a 2 do art. 22.º da Convenção sobre Relações Diplomáticas, celebrado em Viena, em 18 de abril de 1961).

⁵⁵ Tal como foi sublinhado Sofia Oliveira (2009. p.51) «[na] América Latina, a prática de asilo diplomático (aí designado simplesmente por asilo) permanece e é aceite como necessária na luta contra a ditadura e os governos



3.2.3 O asilo neutral

A doutrina tem caracterizado o asilo neutral como um instituto humanitário originário e derivado, essencialmente, de conflitos armados. Deste modo, para Trujillo Herrera, «*esto es, el refugio concedido por un país no beligerante en tiempos de guerra, y que se concede por igual a cualquiera de los enfrentados*» (Herrera, p.101). Por outro lado, Díez de Velasco considera que o verdadeiro enquadramento desta classe de asilo se encontra no seio dos conflitos bélicos, ou seja, é «*la protección que concede un Estado neutral en tiempo de guerra a miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio. Es práctica generalmente admitida que los grupos de combatientes sean internados en el referido Estado neutral*» (Velasco, p.515). Por último, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino consideram que estamos perante esta classe de asilo, «quando este, em tempo de guerra, é concedido no território de um Estado neutro, mediante o respeito de determinadas condições, a tropas ou a navios de Estados beligerantes» (Bobbio, Matteucci, Pasquino, 1998, pp.57-58).

Assim, por muito que não seja fácil caracterizar esta classe de asilo, podemos, em traços gerais, definir «asilo neutral» como um apoio humanitário concedido por um Estado neutral ou Estado terceiro a nacionais de Estados beligerantes e a membros das forças armadas (Moncada, p.506)⁵⁶. Em caso de conflito armado entre dois ou mais Estados, um Estado terceiro não participante neste conflito poderá conceder asilo neutral aos nacionais de qualquer um dos Estados beligerantes e aos membros das forças armadas, sem qualquer tipo de distinção ou discriminação, «*[salvo] supuestos objetivos de mera imposibilidad material – por ejemplo, ante*

militares». No mesmo sentido foi dito por Rotaeché que «*[la] práctica del asilo en las legaciones diplomáticas – embajadas, consulados u otro tipo de representaciones extranjeras acreditadas en un país - , ha sido bastante frecuente, muy especialmente en Iberoamérica. Ello ha dado lugar a que se regule el asilo diplomático como institución diferenciada del asilo territorial. (...) Por otra parte, el asilo diplomático tiene una aparición más tardía que la práctica del asilo territorial, ya que, lógicamente, sólo comienza cuando, consolidados los primeros Estados modernos, se institucionaliza la diplomacia y se generalizan las embajadas permanentes. Con dichas embajadas permanentes se suma, a la inmunidad personal de los enviados, la del lugar por ellos ocupado, lugar donde comienza a ejercerse el asilo*».

⁵⁶ A título de curiosidade, refere Cabral de Moncada (1945, p.506) que «[na] Ordenança naval portuguesa de 1930 encontramos igualmente prescrito no artigo 412.º "em ocasiões de perturbações políticas, o comandante em chefe da força naval surta em águas estrangeiras, pode conceder asilo a bordo dos seus navios aos refugiados políticos que fujam a um perigo iminente e em outros casos externos..." e, no artigo 413.º, que: "o comandante em chefe deve proteger os cidadãos portugueses em países estrangeiros contra quaisquer ataques independentemente de instruções especiais...concedendo-lhes asilo a bordo dos navios da armada..."» .



el elevado número de aspirantes a sus beneficios –, el asilo se otorgará siempre provisionalmente por razones de humanidad; confirmandose o denegándose definitivamente según la petición formulada se asienta sobre razones de índole político o pretenda encubrir actividades delictivas de naturaleza común o generadoras de responsabilidad penal internacional» (Diccionario Jvridico, pp.193-195).

É de sublinhar, contudo, que esta classe de asilo integra o tronco comum de qualquer outra classe de asilo (territorial ou diplomático) e, conseqüentemente, assenta nos mesmos pressupostos e exige o preenchimento dos mesmos requisitos para a sua concessão, exceto no que concerne, naturalmente, ao tempo e aos sujeitos, pois esse vigora apenas em tempos de conflitos armados e tem como sujeitos destinatários, exclusivamente, os nacionais dos Estados beligerantes ou os membros das forças armadas.

Portanto, o asilo neutral nasce da consciência dos efeitos nefastos dos conflitos armados, bem como da premente necessidade de amparo e de apoio humanitário aos sujeitos beligerantes. Para além disso, esta classe de asilo baseia-se em princípios humanitários e no respeito pelos direitos fundamentais a que os Estados estão vinculados nas suas relações interestaduais, bem como nas relações com os seus concidadãos, independentemente do período da Guerra.

Contudo, julgamos que esta categoria de asilo não tem razão de ser, pois todas as formas de asilo *per se* deveriam ser por natureza neutras, independentemente do pedido de asilo provir de um período conturbado ou de guerra e/ou proceder de uma zona circunscrita ou em tempo de paz. A matriz subjacente à análise de qualquer pedido de asilo deveria incidir somente na salvaguarda dos mais elementares direitos humanos e na proteção efetiva de todos aqueles que sejam vítimas silenciosas de perseguições sistemáticas que põem em causa os elementares direitos da pessoa humana.

É de exaltar, porém, que o propósito que o instituto de asilo neutral pretende salvaguardar se encontra, *a priori*, protegido internacionalmente pela Convenção de Genebra relativa a proteção das pessoas civis em tempo de guerra (IV).⁵⁷ Esta, apesar de não fazer qualquer referência em todo o seu articulado ao instituto de asilo, refere um conjunto de conceitos jurídicos que estão, direta ou indiretamente, relacionados com este instituto, como, por exemplo,

⁵⁷ Assinada em Genebra – Suíça, a 12 de agosto de 1949 e, entrou em vigor a 21 de outubro de 1950.



o repatriamento (art.º 6.º), a extradição (art.º 45.º), o regresso (art.º 45.º), a deportação (art.º 49.º)⁵⁸ e o refúgio (art.º 70.º).⁵⁹

A presente Convenção de Genebra, relativa à Proteção das Pessoas Civis em tempo de Guerra, conseguiu aglutinar, de forma mais abrangente e eficaz, a essência do asilo neutral, pelo que este acabou por ser absorvido pelo asilo territorial.

3.3. Asilo, refúgio e outras formas de proteção internacional: Relacionamento e diferenças conceituais

Não é fácil estabelecer uma diferenciação categórica entre asilo, refúgio e outras formas de proteção internacional. Contudo, como analisámos, o asilo tem uma origem que remonta aos tempos imemoriais da História da Humanidade. Ao invés, o refúgio e as outras formas de proteção internacional, nomeadamente a proteção temporária e a proteção subsidiária, surgem principalmente no século XX (Lopes, Moura, Rocha & Filho, 2010, p. 2).⁶⁰

Na verdade, o êxodo populacional (Iglesias, p.267)⁶¹ ocorrido no século XX, resultado de diversos conflitos armados que eclodiram por diversas partes do mundo, propiciou o aparecimento de vários grupos de pessoas que almejavam entrar no território de outros Estados, e

⁵⁸ «As transferências forçadas, em massa ou individuais, bem como as deportações de pessoas protegidas do território ocupado para o da Potência ocupante ou para o de qualquer outro país, ocupado ou não, são proibidas, qualquer que seja o motivo. (...)»

⁵⁹ «As pessoas protegidas não poderão ser presas, processadas ou condenadas pela Potência ocupante por atos cometidos ou por opiniões manifestadas antes da ocupação ou durante uma interrupção temporária desta, com exceção das infrações às leis e costumes da guerra. Os súbditos da Potência ocupante que, antes do início do conflito, tiverem procurado refúgio no território ocupado não poderão ser presos, processados, condenados ou deportados desse território, a não ser que infrações cometidas depois do início das hostilidades ou delitos de direito comum praticados antes do início das hostilidades, segundo a lei do Estado cujo território está ocupado, tivessem justificado a extradição em tempo de paz».

⁶⁰ Como sublinham André Lopes et. al. (2010), impõe-se esclarecer os termos em causa: «muitos textos internacionais se [equivocam] no emprego de ambas as expressões. O instituto do asilo não se confunde com o do refúgio. A concessão do *status* de refugiado se dá não em virtude de uma perseguição política, mas sim em virtude de perseguição por motivos de raça, religião ou de nacionalidade, ou ainda pelo fato de pertencer a determinado grupo social ou ter determinada opinião política. O controle de normas é realizado por organismo internacional (ACNUR), enquanto que o asilo constitui ato discricionário do Estado concedente no uso do exercício de sua soberania. Outra diferença a ser destacada entre os institutos do asilo e do refugio diz respeito a motivação de ambas as situações. O primeiro se aplica em situações de perseguição de carácter nitidamente mais individual, o segundo tem por motivos determinantes situações que atingirem sempre uma coletividade».

⁶¹ Na verdade, realça Maria Iglesias (2010, p. 45) « (...) millones de personas han huido y continúan huyendo de las zonas afectadas por la violencia armada, donde las violaciones del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal de los civiles, particularmente de las mujeres, los niños y los ancianos, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las persecuciones, las deportaciones son las causas principales del éxodo».



bem assim de outras pessoas que, pura e simplesmente, se viram forçadas a deslocar-se e a deambular, sem rumo e sem norte, mas que, de igual modo, ansiavam por uma proteção internacional.

Em consequência desses fatores, os Estados viram-se obrigados a destringir este grupo de pessoas, de acordo com as motivações inerentes ao abandono do seu local de origem. Deste modo, *a priori*, subdividiram este grupo de pessoas em três categorias: os imigrantes (aqueles que buscavam, apenas, melhores condições de vida), os refugiados (aqueles que eram forçados a deslocar-se em virtude de conflitos armados, bem como por outras causas diversas) e os requerentes de asilo (aqueles que requeriam uma proteção internacional, alegando, para o efeito, uma violação sistemática dos seus mais elementares direitos humanos).

Para além disso, os Estados encetaram um processo de endurecimento das políticas respeitantes à migração e adotaram várias medidas restritivas de entrada nos seus territórios e/ou no âmbito das suas fronteiras. Finalmente, optaram, também, por criar outras formas de proteção internacional, como, por exemplo, a proteção temporária e a proteção subsidiária, de modo a abarcar e a proteger todas aquelas pessoas que, por circunstâncias diversas, se viam obrigadas a abandonar o seu país de origem.

Portanto, as deslocações forçadas do século XX foram, de facto, o motor impulsionador para o aparecimento jurídico de outras formas de proteção internacional (Iglesias, p.45),⁶² nomeadamente, proteção temporária e proteção subsidiária que na prática são formas de refúgio. Contudo, não é tarefa fácil distinguir estes dois institutos jurídicos (asilo e refúgio), (Alland, 1997, p.16),⁶³ uma vez que, cada um deles tem especificidades próprias. Podemos, no

⁶² Aliás, como refere Maria Iglesias «[la] génesis del Derecho Internacional de los Refugiados esta inexorablemente unida a los conflictos armados. Fueron ellos los que dieron origen a este sector del ordenamiento jurídico internacional».

⁶³ É interessante analisar a posição de Denis Alland (1997, p.16) relativamente ao asilo e ao refúgio. O autor sustenta que partindo «d'une conception rigoureuse et étroite qui n'est évidemment pas la seule possible: l'asile est un espace, le réfugié une personne. Ce qui fait qu'un espace peut offrir asile provienne de l'exclusivité de la compétence qu'y exerce un sujet et fait obstacle aux entreprises d'un autre sujet sur un ou plusieurs individus. Lorsqu'il s'agit d'asile international, les sujets en cause sont les Etats d'origine et d'accueil et la compétence exclusive est la compétence exercée à raison du territoire («compétence territoriale»). (...) Le réfugié, quant à lui, est un individu qui, contraint de vivre en dehors de son Etat d'origine, n'est pas regardé dans l'Etat qui l'accueille comme un étranger ordinaire parce qu'il jouit d'un status spécial, le «statut de réfugié». Cette acception étroite du mot réfugié doit éter complétée par l'attention qu'il faut accorder aux personnes qui ne bénéficient pas du status de réfugié mais attendent que cette qualité leur soit reconnue ou refusée: les demandeurs de status. Il arrive souvent – cela ne simplifie pas les choses –

entanto, elencar um conjunto de motivações comuns subjacentes a ambos os institutos como, por exemplo: a) as perseguições individualizadas ou em massa resultantes de conflitos armados ou da inoperância por parte dos Estados de origem ou de residência em salvaguardar a paz social e a segurança das pessoas; b) as violações sistemáticas dos mais elementares direitos humanos aptos a colocarem em risco a vida dos visados de forma atual e efetiva; c) o abandono do país de origem ou de residência rumo a um Estado terceiro; d) a expectativa de obter nos Estados terceiros a proteção mínima ou definitiva, bem como a segurança efetiva para as suas vidas (Moro, p. XVI)⁶⁴; e) a esperança de não serem discriminados e expulsos ou devolvidos aos Estados de origem ou de residência. Ou seja, a esperança de serem respeitados o princípio de não discriminação⁶⁵ e o princípio de *non-refoulement*.⁶⁶

Todavia, apesar destas motivações comuns entre o instituto de asilo e o refúgio, ao longo da história, o asilo foi muitas vezes considerado sinónimo de refúgio (Santiago, 1999, p.56)⁶⁷. Outras vezes foi categorizado como um instituto jurídico autónomo e, conseqüentemente, distinto do refúgio. Mais recentemente, passou a ser visto como um dos ramos do tronco comum que é o direito de asilo. O direito de asilo passou a congrega estes dois institutos jurídicos (asilo e

qu'on les appelle des «demandeurs d'asile», ou même également des «réfugiés». Un premier regard sur les notions permet de se rendre compte qu'il est possible de jouir de l'asile sans avoir le status de réfugié, et que la reconnaissance par un État de la qualité de réfugié n'entraîne pas pour lui l'obligation d'accorder l'asile. L'indépendance des notions est patente».

⁶⁴ Merece ser lida a explicação Lucia Moro (2007, p. XVI) a este propósito: «[los] Estados que gozan de sistemas políticos democráticos estables, donde impera la ley y el respeto del derecho, donde el nivel de garantía en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales es alto y efectivo, son especialmente atractivos como puntos de destino para asilados y refugiados, que esperan encontrar en ellos la protección y la seguridad que van buscando. Suele tratarse, también en general, de Estados con una economía desarrollada y estable, que les permite tener unos servicios sociales eficaces, que dan cobertura a la mayoría de la población, aunque no siempre es el caso».

⁶⁵ Cfr. art. 3.º (Não discriminação) da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado: «Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem».

⁶⁶ Cfr. art. 33.º (Proibição de expulsar e de repelir) da Convenção de Genebra: «1- Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. 2. Contudo, o benefício da presente disposição não poderá ser invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigo para a segurança do país onde se encontra, ou que, tenho sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país».

⁶⁷ Leia-se destriça terminológica efectuada por Jaime Santiago (1999,p.56):« (...) o asilo representa o exercício de um ato soberano próprio dos Estados e a respeito do qual não existe nenhum organismo encarregado de seu cumprimento. (...) o asilo é uma instituição que nasce como proteção frente a uma perseguição, a qual deve ser atual e presente, contra uma pessoa (...) o refúgio, ao contrário, é menos rigoroso a esse respeito, pois não requer uma atual e efetiva perseguição é suficiente «o fundado temor de perseguição».



refúgio) porque estão intimamente relacionados e possuem idênticas motivações subjacentes ao pedido de proteção de internacional (Ramos, 1994, p.86; Gil, 2010, p.804).⁶⁸

Contudo, deve-se sublinhar que o conceito de refugiado apenas, se materializou como um conceito político suscetível de proteção jurídica e, como instituto jurídico autónomo *per se*, no período entre as duas Grandes Guerras do século XX (Herrera, p. 104), condicionando, deste modo, que alguns autores o considerassem como o século dos refugiados e dos deslocados (Velasco, 2009, p. 629; Iglesias, p.27).⁶⁹

Conquanto se tenham adotado diversos instrumentos jurídicos, medidas e/ou políticas referentes aos refugiados durante este período,⁷⁰ é somente com a adoção sob a égide das Nações

⁶⁸ Aliás, refere Maria Ramos (1994, p.86) «*Es evidente que el Estatuto de refugiado no implica el asilo. Ambos difieren en su regulación y efectos jurídicos de protección. No obstante, la tendencia actual de los gobiernos es igualarlos concetual y normativamente. El reconocimiento de la condición de asilado implica una gran generosidad de los Estados porque internacionalmente no están obligados por ningún tratado o instrumento jurídico. Por ello son pocos los Estados que lo recogen en su legislación (los más significativos eran RFA, Francia y más recientemente España [Portugal, también]). Hoy casi ninguno sigue sosteniéndolo sin desnaturalizar su contenido*». Neste sentido, Sílvia Gil refere, também, que : «[al] igual que los demandantes de asilo, los refugiados son personas especialmente vulnerables en tanto en cuanto coletivo de extranjeros que entra en relación con sociedades nacionales y que es susceptible de exclusión a causa de la ausencia del vínculo de la nacionalidad pero, a diferencia de los primeros, existe un cuerpo normativo de Derecho internacional universal a la protección específica de su dignidad».

⁶⁹ Aliás, como refere Maria Iglesias (2000, p.27)«[Desde] comienzos del siglo XX hasta nuestros días se asiste a un proceso de humanización de la Sociedad internacional y de su ordenamiento jurídico. Proceso de humanización perceptible, no solo en la necesidad de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de la persona e impedir sus violaciones en tiempo de paz, sino también en el reconocimiento y protección de esos derechos en tiempo de conflicto armado. Una de las manifestaciones más relevantes del carácter humanista del Derecho internacional es la reafirmación y progresiva evolución de sus ramas humanitarias, particularmente de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional y del Derecho relativo a la protección internacional de los refugiados».

⁷⁰ Ao longo do século XX, foram adotados diversos Acordos *ad hoc* para situações específicas de refugiados e/ou de deslocados. Porém, muitos outros instrumentos, medidas ou políticas adotadas despoletaram, direta ou indiretamente, a humanização do Direito Internacional como, por exemplo: - a assinatura do Pacto das Sociedades das Nações (1920); - a nomeação do Dr. Fridtjof Nansen para o cargo de Alto Comissariado para os Refugiados Russos (1921-1929), e, depois, para os refugiados arménios (1924), sírios e turcos (1928); - adoção do Acordo relativo à emissão de certificados de identidade para os refugiados russos (5 de julho de 1922), conhecido por «Passaporte Nansen» (1922). Este passaporte não serviu apenas como documento de identificação, mas também de viagem. Mais tarde, foi melhorado com o «selo de Nansen» que servia para um «Fundo Humanitário»; - a adoção do Acordo relativo ao estatuto legal dos refugiados russos e arménios (30 de junho de 1928); - a criação do Gabinete Internacional Nansen para os refugiados (1931); - a adoção da Convenção relativa ao estatuto internacional dos refugiados (28 de outubro de 1933), ratificada por oito Estados. Esta faz referência ao princípio de *non-refoulement* ou de não devolução dos refugiados aos países de origem; - a nomeação do Alto Comissariado para os Refugiados provenientes da Alemanha, nomeadamente, para judeus e outros (1933-1938); - a adoção do Acordo relativo ao estatuto dos refugiados provenientes da Alemanha (4 de julho de 1936); - a criação do Comité Intergovernamental para os refugiados, presidido por Lord Winterton (1938). O mandato deste comité estendeu-se, posteriormente, aos refugiados espanhóis; - a adoção da Convenção relativa à emissão de certificados de identidade para os refugiados da Alemanha (10 de fevereiro de 1938) e da Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados alemães (10 de fevereiro de 1938),



Unidas da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado,⁷¹ de 28 de julho de 1951, e, posteriormente, com a sua alteração resultante do Protocolo Adicional relativo ao Estatuto dos Refugiados, também conhecido como o Protocolo de Nova Iorque, de 16 de dezembro de 1966,

tendo o seu âmbito pessoal sido estendido aos refugiados austríacos com a adoção do Protocolo adicional (14 de setembro de 1939); - a criação do escritório do Alto Comissariado para os Refugiados (1939-1946); - a criação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento (ANUAR) (1943-1948); - a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945); - a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR) (1946); - a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); - a criação do ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (1949) e a aprovação do seu Estatuto (1950); - a assinatura da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950); - a nomeação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e a assinatura da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); - a criação do Comité Intergovernamental para as Migrações Europeias, convertido mais tarde em Organização Internacional para as Migrações (1952); - a criação do Fundo das Nações Unidas para Refugiados (UNREF), (1954); - a assinatura do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e do Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e/ou Protocolo de Nova Iorque (1966); - a assinatura da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969); a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (23 de maio de 1969), entre muitos outros.

⁷¹ Ao longo do século XX, foram adotados diversos Acordos *ad hoc* para situações específicas de refugiados e/ou de deslocados. Porém, muitos outros instrumentos, medidas ou políticas adotadas despoletaram, direta ou indiretamente, a humanização do Direito Internacional como, por exemplo: - a assinatura do Pacto das Sociedades das Nações (1920); - a nomeação do Dr. Fridtjof Nansen para o cargo de Alto Comissariado para os Refugiados Russos (1921-1929), e, depois, para os refugiados arménios (1924), sírios e turcos (1928); - adoção do Acordo relativo à emissão de certificados de identidade para os refugiados russos (5 de julho de 1922), conhecido por «Passaporte Nansen» (1922). Este passaporte não serviu apenas como documento de identificação, mas também de viagem. Mais tarde, foi melhorado com o «selo de Nansen» que servia para um «Fundo Humanitário»; - a adoção do Acordo relativo ao estatuto legal dos refugiados russos e arménios (30 de junho de 1928); - a criação do Gabinete Internacional Nansen para os refugiados (1931); - a adoção da Convenção relativa ao estatuto internacional dos refugiados (28 de outubro de 1933), ratificada por oito Estados. Esta faz referência ao princípio de *non-refoulement* ou de não devolução dos refugiados aos países de origem; - a nomeação do Alto Comissariado para os Refugiados provenientes da Alemanha, nomeadamente, para judeus e outros (1933-1938); - a adoção do Acordo relativo ao estatuto dos refugiados provenientes da Alemanha (4 de julho de 1936); - a criação do Comité Intergovernamental para os refugiados, presidido por Lord Winterton (1938). O mandato deste comité estendeu-se, posteriormente, aos refugiados espanhóis; - a adoção da Convenção relativa à emissão de certificados de identidade para os refugiados da Alemanha (10 de fevereiro de 1938) e da Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados alemães (10 de fevereiro de 1938), tendo o seu âmbito pessoal sido estendido aos refugiados austríacos com a adoção do Protocolo adicional (14 de setembro de 1939); - a criação do escritório do Alto Comissariado para os Refugiados (1939-1946); - a criação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento (ANUAR) (1943-1948); - a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945); - a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR) (1946); - a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); - a criação do ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (1949) e a aprovação do seu Estatuto (1950); - a assinatura da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950); - a nomeação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e a assinatura da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); - a criação do Comité Intergovernamental para as Migrações Europeias, convertido mais tarde em Organização Internacional para as Migrações (1952); - a criação do Fundo das Nações Unidas para Refugiados (UNREF), (1954); - a assinatura do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e do Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e/ou Protocolo de Nova Iorque (1966); - a assinatura da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969); a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (23 de maio de 1969), entre muitos outros.



que passamos a ter verdadeiramente o primeiro e o único instrumento jurídico de cariz universal referente aos refugiados⁷². Porém, lamentavelmente, as Nações Unidas não procederam de igual modo com o instituto de asilo. Aliás, como refere Glória Arribas, este é órfão de normas jurídicas internacionais vinculantes para os Estados (Arribas, p.5).⁷³

Todavia, estes dois instrumentos jurídicos internacionais permitiram que os Estados dispusessem de um conceito jurídico orientador para a definição de refugiado (Iglesias, p.64),⁷⁴ embora com algumas limitações jurídico-conceituais.⁷⁵ Como refere Maria Teresa Ponte Iglesias,

«[en] un sentido genérico el término «refugiado» describe a toda persona que se ha visto obligada a abandonar su lugar de residencia habitual. Sin embargo, una definición tan amplia como ésta apenas si permite distinguir entre aquellos que han tenido que dejar su propio país y quienes han sido desplazados dentro de las fronteras de su país. Tampoco presta especial atención a las causas de huida: ya sea escapar de la persecución, de la violencia política, de los conflictos armados internacionales o

⁷² Esta entrou em vigor, conforme o disposto no art. 43.º da mesma, a 22 de abril de 1954. A Espanha aderiu à Convenção a 17 de agosto de 1978, tendo esta entrado em vigor no ordenamento jurídico espanhol a 12 de novembro de 1978 (B.O.E. num. 252, de 21 de outubro de 1978), e aderiu ao Protocolo Adicional, a 14 de agosto de 1978, tendo este entrado em vigor na mesma data (B.O.E. num. 252, de 21 de outubro de 1978). Por sua vez, Portugal aderiu à Convenção a 1 de outubro de 1960, tendo esta entrado em vigor no ordenamento jurídico português a 22 de março de 1960 (D.R. n.º91/76, de 17 de abril), e aderiu ao Protocolo Adicional, a 17 de abril de 1975, tendo este entrado em vigor a 13 de julho de 1976 (D.R. I, n.º90, de 17 de abril de 1975).

⁷³ Aliás, tal como foi referido por Glória Arribas, (2007, p. 5) *«resulta harto complicado debido a que existen diferentes regulaciones sobre las mismas en el ámbito internacional, además de que, a pesar de encontrarnos con un instrumento internacional como es la Convención de Ginebra, que nos pudiera servir para dar una definición generalmente aceptada por los Estados sobre lo que es el estatuto de refugiado, no existe por otro lado, un instrumento que del mismo modo nos ofrezca una definición generalmente aceptada sobre lo que es el asilo, y que nos permita de este modo distinguir ambas instituciones»*.

⁷⁴ Como sustenta, Maria Iglesias (2000, p.63) *«[la] primera definición convencional del término refugiado se localiza en el Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios, de 1926 que establece lo siguiente: «2.º En lo relativo a la definición de la cualidad de refugiado, la Conferencia adota las definiciones siguientes: Ruso: Toda persona de origen ruso que no goza o no goza más de la protección del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y que no ha adquirido otra nacionalidad. Arménio: Toda persona de origen armenio que no goza o no goza más del Gobierno de la República turca y que no ha adquirido otra nacionalidad»*. Por outro lado, não podemos esquecer também que a Resolução de 16 de fevereiro de 1946, do Comité Económico Social das Nações Unidas, também definiu em termos gerais este conceito de refugiado. Contudo, é com a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado, de 1951, que este conceito ganha, verdadeiramente, uma amplitude universal.

⁷⁵ Cfr. Art.º 1.º (Definição do termo «refugiado») da Convenção relativo ao estatuto dos refugiados (1951): *«A. Para os fins da presente Convenção, o termo «refugiado» aplicar-se-á a qualquer pessoa: (1) Que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos arranjos de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados. (...) (2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar»*.



internos o de otros acontecimientos que perturben gravemente el orden público» (Iglesias, p.63).

Por conseguinte, houve necessidade de encontrar outras formas de proteção internacional de modo a abarcar também um vasto grupo de pessoas (deslocadas/refugiados de facto ou *non-status refugee*) que não eram formalmente reconhecidas pelos Estados como refugiados, nem reuniam os pressupostos mínimos para lhes ser concedido o estatuto de asilado, mas que, de igual modo, necessitavam de uma qualquer outra forma de proteção internacional. Deste modo, foram sendo implementadas, no seio dos próprios Estado⁷⁶e/ou em organizações internacionais regionais (v.g., Conselho da Europa e União Europeia)⁷⁷ outras duas formas de proteção internacional que conferiam, comparativamente aos restantes estrangeiros, um tratamento mais favorável às pessoas excluídas da tutela da Convenção de Genebra (Terol, 2010, p.8)⁷⁸quer sob a

⁷⁶ Não podemos esquecer que os Estados no uso da sua soberania territorial poderiam conceder ou não qualquer tipo de proteção internacional ou condições mais favoráveis a terminados grupos de pessoas.

⁷⁷ Cfr., por exemplo, a Recomendação (773) sobre os refugiados de facto que não se enquadram na Convenção de Genebra relativa aos Estatuto dos refugiado (1976), a Recomendação (1237) sobre a situação dos requerentes de asilo cujos pedidos foram recusados (1994), a Resolução de 25 de setembro de 1995, relativa à repartição dos encargos decorrentes do acolhimento e da estadia temporária das pessoas deslocadas (JO C 262 de 7.10.1995, p.1), a Decisão 96/198/JAI relativa a um procedimento de alerta e de emergência para a repartição dos encargos decorrentes do acolhimento e da estadia temporária das pessoas deslocadas (JO L 63 de 13.3.1996, p.10), a Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária, no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas, e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-membros ao acolherem estas pessoas e ao suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. (JO L 212 de 07/08/2001, p. 0021-0023), a Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto e relativas ao conteúdo da proteção concedida. (JO L 304 de 30/09/2004, pp. 0012-0023). Esta última Diretiva foi revogada pela Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida. (JO L 337 de 20/12/2011, pp.0009-0024)

⁷⁸ Aliás, como foi referido António Pérez e Juan Terol (2010, p.8) «[no] obstante, y aunque desde una ótica bienintencionada el estatuto de refugiado goza de un cierto prestigio en tanto que institución protectora de los derechos más elementales, la realidad es tozuda, como puede derivar-se de la enorme cantidad de personas que son objeto de asistencia por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Además, desde un punto de vista jurídico, la cuestión adquiere una gran complejidad que se traduce en una multiplicidad de calificaciones de las situaciones subjetivas (bajo el paraguas de lo que se entiende coloquialmente como refugiado, desde una perspectiva jurídica más rigurosa se sitúan, junto a esa figura en sentido estricto, el asilo y los desplazados internos) y de formas de protección (el refugio tiene un alcance más limitado que el asilo y la llamada protección subsidiaria trata de dar respuesta a las situaciones que no encajan en las figuras anteriores».



forma de proteção temporária quer sob a forma de proteção subsidiária (Sousa, 2001, p.265; Iglesias, pp-63-68).⁷⁹

Assim, no âmbito da União Europeia, estas duas formas de proteção internacional encontram-se reguladas na Diretiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de julho de 2001, (proteção temporária) (Directiva 2001/55/CE)⁸⁰ e na Diretiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de abril de 2004, (proteção subsidiária) (Directiva 2004/83/CE)⁸¹. Naturalmente, essas duas formas de proteção internacional conferem aos seus beneficiários um conjunto de direitos mais favoráveis em relação aos restantes estrangeiros, como, por exemplo, a emissão de autorização de residência, o direito de acesso ao emprego, a um alojamento adequado, às prestações sociais necessárias e/ou ao sistema educativo, entre muitos outros.

Feita esta caracterização em traços gerais das diversas formas de proteção internacional, urge restringir o nosso âmbito de investigação, essencialmente ao asilo e ao refúgio. Evidentemente, como vimos, o contributo das Nações Unidas foi meritório para a definição dos princípios e normas referentes ao estatuto de refugiado. Porém, infelizmente, e, apesar de o instituto de asilo e o refúgio terem motivações comuns, o facto é que «[la] figura del Refugio se

⁷⁹ Tal como foi sublinhado por Constança Sousa (2001, p.265) «[a] proteção temporária – visa dar resposta célere a casos de urgência humanitária e ao êxodo de pessoas, permitindo a admissão durante um período de tempo determinado de uma categoria genérica de beneficiários e.g., deslocados do Kosovo. A proteção subsidiária – é conferida individualmente e, em princípio, não está relacionada com uma situação de afluxo maciço». A este respeito, também foi dito por Iglesias «[tras] la guerra en la antigua Yugoslavia, y el inmenso éxodo de refugiados que ha provocado en Europa, se ha acuñado un nuevo término; la denominada «protection temporal». No existe un estándar mínimo al respecto al respecto y cada Estado europeo há regulado de diferente manera dicho status de «protección temporal».

⁸⁰ Deste modo, a proteção temporária é «um procedimento de caráter excepcional que assegure, no caso ou perante a iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma proteção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem proteção» (Cfr. alínea a) do artigo 2.º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de julho de 2001 - JO L 212 de 07/08/2001, pp. 0021-0023).

⁸¹ Deste modo, uma pessoa elegível para proteção subsidiária será «o nacional de um país terceiro ou apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país. (Cfr. alínea e) do artigo 2.º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004 (JO L 304 de 30/09/2004, pp.0012-0023). Esta Diretiva foi revogada pela Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida. (JO L 337 de 20/12/2011, pp.0009-0024)



considera, como un componente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha venido recogiendo aspectos fundamentales del Asilo, debido a que hasta la fecha la institución del asilo territorial no ha alcanzado una codificación convencional aceptada por todos los Estados de la Comunidad Internacional» (Aunión, p.21).

Contrariamente ao refúgio, o instituto de asilo, como já vimos, não dispõe de um instrumento internacional, juridicamente vinculativo para os Estados (Martínez, Cascón & Liesa, 2001, pp.539-540)⁸². Para além disso, o instituto de asilo foi sempre pensado para situações isoladas ou pontuais, enquanto o refúgio «*se inscribe (...) dentro de um marco jurídico convergente representado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados (...) [que, apesar de, distintos,] se hallan estrechamente vinculados tanto en razón de los principios básicos que están en su base como en razón del objetivo esencial al que responden, cual es el de la protección de la persona humana en cualquier circunstancia y, en definitiva en razón del principio de humanidad» (Iglesias, pp.15-28).*

Por outro lado, o direito de asilo (Alland, p.15)⁸³ «es un derecho imperfecto, en el sentido de que posibilita la búsqueda de asilo pero no el derecho a recibirlo» (Guardiola, pp.382-383), ao

⁸² Aliás, a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado não faz qualquer referência ao instituto de asilo em todo o seu articulado exceto na Ata Final da Conferência de Plenipotenciários e no preâmbulo: «*[considerando] que la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (...) han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales [;considerando] que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales [;considerando] que es conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados [; considerando] que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacional es han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional [;expresando] el deseo de que los estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados. (...)».*

⁸³ Tal como foi referido por Alland (1997, p.15), «*[l]'expression «droit de l'asile» n'est pas d'un usage fréquent; nous avons plutôt été habitués à «asile», «droit d'asile», «asile politique», «droit des réfugiés», etc. Ce n'est pas par goût de la complication ou volonté d'originalité que nous ajoutons «droit de l'asile» à ces déjà nombreuses expressions mais parce que ces dernières ont pour effet d'assimiler couramment des terms désignant pourtant des institutions différentes concernant des questions juridiquement distinctes. En exposant pourquoi le droit de l'asile permet d'éviter les confusions, on aura fait une mise au point terminologique importante pour cerner le sujet. En effet, dans l'incertitude particulière qui plane sur les mots essentiels ici (asile, réfugié) gît une question préalable sans la solution de laquelle on ne peut espérer aucune évaluation juridique du phénomène».*



passo que o refúgio se apresenta como uma instituição genérica do sistema universal de proteção, mas convergente entre os diversos ramos humanitários do Direito Internacional (Iglesias, p.40)⁸⁴. Este não é mais do que uma proteção temporária ou mínima que um Estado terceiro decide conceder ao requerente de asilo, em caso de fundado temor de perseguição e no estrito respeito de um imperativo de Direito Internacional – princípio de *non-refoulement* ou não devolução ou não expulsão (Rotaeché, pp.323-368)⁸⁵.

Aliás, este princípio visa garantir que nenhum dos Estados Contratantes da Convenção de Genebra expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, forçado a sua ida para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas, em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.⁸⁶ Todavia, o princípio de *non-refoulement* não é sinónimo da obtenção do estatuto de refugiado ou de asilado nem tão-pouco do direito de permanência ou residência no país.

Pelo contrário, este princípio configura-se «*como una protección mínima que garantiza la no devolución del refugiado a un país en el que su vida o su libertad corran peligro, pero en ningún caso significa la acogida de la persona con carácter definitivo en el territorio del Estado, protección que sólo otorgaría la concesión del asilo. No obstante, la practica internacional desarrollada por los Estados ha convertido a la obligación que se deriva del principio del non-refoulement en una obligación de Derecho Internacional general íntimamente vinculada a la*

⁸⁴ A este respeito, observa Maria Iglesias (2000, p. 40) «[el] Derecho Internacional de los Refugiados, junto a los Derechos del Hombre y el Derecho Internacional Humanitario, integran un corpus jùris destinado esencialmente a la protección del individuo. El elemento común de estos tres setores del ordenamiento jurídico internacional es la defensa, la garantía y la protección efetiva de los derechos de la persona humana con carácter general o ante situaciones concretas que requieren un tratamiento especial».

⁸⁵ O princípio de *non-refoulement* é princípio geral do direito internacional, nomeadamente, um princípio de *jus cogens* internacional.

⁸⁶ O princípio de *non-refoulement* não é mais do que a consagração positiva de um dos princípios de *jus cogens* internacional. Todavia, é de sublinhar que este não é um princípio absoluto, uma vez que se encontra limitado pelas exceções previstas nos n.º 1 a 3 do artigo 32.º da Convenção de Genebra: «1. Os Estados Contratantes só expulsarão um refugiado que se encontre regularmente nos seus territórios por razões de segurança nacional ou ordem pública. 2. A expulsão de um refugiado só se fará em execução de uma decisão tomada em conformidade com o processo previsto pela lei. O refugiado, a não ser que razões imperiosas de segurança nacional a isso se oponham, deverá ser autorizado a apresentar provas capazes de o ilibar de culpa, apelar e a fazer-se representar par esse efeito perante uma autoridade competente ou perante uma ou mais pessoas especialmente designadas pela autoridade competente. 3. Os Estados Contratantes concederão a esse refugiado um prazo razoável para este procurar ser admitido regularmente noutro país. Os Estados Contratantes poderão aplicar durante esse prazo as medidas de ordem interna que entenderem oportunas».

protección de los derechos humanos, existiendo incluso afirmaciones de su carácter imperativo» (Guardiola, p.385).

Deste modo, os Estados limitam-se a proceder a uma análise unilateral dos argumentos apresentados pelo requerente de asilo (Velasco, p.629)⁸⁷, podendo conceder asilo ou estatuto de asilado e/ou enquadrar apenas estes argumentos dentro do âmbito da Convenção de Genebra de 1951 e do seu Protocolo Adicional de 1967, concedendo, unicamente, o refúgio ou a atribuição do Estatuto de Refugiado. Contudo, é de sublinhar que o estatuto de refugiado é condição *sine qua non* para que, eventualmente, o Estado decida conceder, de igual modo, o estatuto de asilado. A simples concessão do estatuto de refugiado não confere uma proteção definitiva mas temporária, garantindo sempre o princípio de *non-refoulement*, bem como concedendo a permissão de permanência no território respetivo, com inerência a todos os outros direitos conferidos por instrumentos internacionais. É neste contexto que o «refúgio e o asilo» são interdependentes e formam parte do mesmo tronco comum que é o Direito de Asilo.

Na verdade, o direito de asilo não é mais do que um direito subjetivo do requerente de asilo, na medida em que este pode solicitar asilo ou refúgio, embora a concessão de asilo continue a ser um privilégio exclusivo, discricionário, independente, unilateral e soberano dos Estados nacionais recetores do pedido de asilo. É, com efeito, um livre exercício da soberania nacional e da aplicação do direito interno dos Estados, diferentemente da concessão de refúgio que está dependente do preenchimento dos requisitos da Convenção de Genebra. Por conseguinte, nas palavras do Tribunal Internacional de Justiça, a concessão de asilo não é mais do que «um normal exercício da soberania territorial e não precisa de outra justificação» (ASYLUM CASE, 1950, p. 274).

⁸⁷ Segundo Manuel Velasco, (2009, p. 629) o refugiado «*se asemeja bastante a la del solicitante de asilo, sin embargo es más restrictiva que aquella, puesto que limita taxativamente las causas que justificarían la concesión del estatuto de refugiado. Por outro lado, el concepto de refugiado se diferencia también del asilado por el régimen jurídico aplicable a una y otra categoría. Y así, mientras que el asilado político es aquella persona que recibe una efectiva protección territorial por parte del Estado asilante, una persona puede obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado de acuerdo con la Convención de 1951 sin que de tal reconocimiento se deduzca para el Estado que lo otorga obligación alguna de conceder al particular un permiso de residencia y de trabajo en su propio territorio. En realidad, el reconocimiento del estatuto de refugiado tan sólo confiere al particular un derecho de garantía básico que se identifica con el principio de no devolución (non-refoulement), de acuerdo con el cual el solicitante de refugio y el refugiado no pueden ser devueltos en ningún caso al territorio del Estado en que sufren o temen sufrir persecución. Lo que no impide, sin embargo, su expulsión o devolución hacia otro Estado considerado como seguro».*

Tabela 1. Síntese dos Institutos – Asilo e Refúgio

| Asilo | Refúgio |
|--|--|
| <i>Semelhanças</i> | |
| Objetivos: ambos visam à proteção de indivíduos por outro Estado que não o de origem e/ou residência habitual dos mesmos | |
| Fundamentação: ambos se fundam na solidariedade e na cooperação internacionais | |
| Fundamentação legal: ambos se fundam no respeito pelos direitos humanos e, conseqüentemente, podem ser entendidos como abarcados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos | |
| Caráter: ambos têm caráter humanitário [Constituem amparos à vida, integridade, liberdade, segurança e outros direitos fundamentais básicos] | |
| Proteção Assegurada: a saída compulsória das pessoas é limitada | |
| <i>Diferenças</i> | |
| Data da Antiguidade | Nasce no séc.XX |
| É atualmente praticado, sobretudo, na América Latina | Tem abrangência universal |
| Temas de tratados regionais desde o século XIX | Tem como base tratados universais, sendo somente a partir da década de 60 do século XX que passa a ser tema de tratados regionais |
| Hipóteses discricionárias de concessão. [Todos os instrumentos internacionais que regulam a instituição do asilo, incluindo a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhecem ao indivíduo o direito a solicitar asilo, mas atribuem ao Estado a autoridade de considerar a possibilidade de conceder ou negar este mesmo pedido de asilo] | Hipóteses claras de reconhecimento do <i>status</i> de refugiado |
| Limitado a questões políticas | Cinco motivos (opinião política, raça, religião, nacionalidade e pertencimento a grupo social) |
| Baseia-se na perseguição em si | O elemento essencial da sua caracterização é o bem fundado temor de perseguição, ou seja, a perseguição não precisa ter sido materializada |
| Não existe um órgão internacional encarregado de fiscalizar a prática de asilo | Exige que um indivíduo esteja fora do seu estado de origem e/ou nacionalidade |
| Não há cláusulas de exclusão (*) | Tem limitações quanto às pessoas que podem gozar dele (cláusula de exclusão), para que seja coerente com os princípios e propósitos da ONU, uma vez que é um |

| Asilo | Refúgio |
|---|---|
| | órgão dessa organização que fiscaliza a sua atuação |
| Não há cláusulas de cessação | A proteção concedida pelo refúgio tem previsões para deixar de existir (cláusula de cessação) |
| A decisão de concessão de asilo é constitutiva | Reconhecimento do <i>status</i> de refugiado é declaratório |
| Da concessão não decorrem obrigações internacionais para o Estado de acolhimento (**) | Do reconhecimento do <i>status</i> de refugiado decorrem obrigações internacionais ao Estado de acolhimento |
| Dele não decorrem políticas de integração local | Dele devem decorrer políticas de integração local dos refugiados |

Fonte: Sousa, Hildebrand & Beck, 2008, pp.147

4 CONCLUSÃO

É certo que a Comunidade Internacional até à data não encontrou um consenso político alargado entre os Estados no sentido de adotar um instrumento jurídico internacional no âmbito do asilo, de carácter universal. Aliás, os Estados preferem gerir os anseios, as expectativas, as inseguranças e os receios dos requerentes de asilo de forma soberana, arbitrária, discricionária e variável de Estado para Estado. Todavia, é verdade que, em 1977, as Nações Unidas tentaram dar um passo em frente, embora tenham fracassado.

Aliás, como refere Antonio Muñoz Aunión (2006, pp.58-59), este fracasso

«puso de manifiesto que los Estados no estaban dispuestos a admitir, ni siquiera a través de Convenios Internacionales, nuevos límites jurídicos a su soberanía en materia de asilo territorial o derechos de los refugiados, más estrictos que los ya existentes. En realidad, (...) puede extraerse la opinión de que muchos Estados ni siquiera querían seguir manteniendo las obligaciones establecidas en este terreno por los instrumentos jurídicos en vigor. Dada la ausencia de consenso sobre la materia, la Conferencia simplemente recomendó a la Asamblea General que se volviera a convocar en un momento adecuado. La Conferencia nunca se volvió a reunir» (Aunión, pp.58-59).

Volvidos trinta e cinco anos desse último fracasso das Nações Unidas era fundamental que esta Conferência voltasse a reunir ou que a Comunidade Internacional e, em particular, os Estados compreendessem, definitivamente, que o refúgio e o asilo são institutos jurídicos distintos que necessitam, urgentemente, de regulamentações específicas, apesar de ambos procederem de um mesmo tronco comum, o Direito Humanitário. Na realidade, e, apesar de a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, salvaguardar o direito de procurar asilo e



de beneficiar de asilo em outros países (n.ºs. 1 e 2 do art.º 14.º), esta não tem mais do que a força jurídica de uma *soft law*, pelo que o seu cumprimento não é obrigatório para os Estados.

Aliás, como sustenta Ana Lethea da Cunha Possa "os direitos abarcados pela Declaração Universal preenchem os requisitos para a formação de uma norma de natureza do *jus cogens*, podendo ser vinculante a todos. Assinala-se o já referido carácter universal dos Direitos Humanos, além do fato de que um número expressivo de Estados vêm admitindo a imperatividade desses direitos, incorporando-os em seus ordenamentos internos. [No entanto, a] *soft law* é um novo conceito abordado pela doutrina como, em uma tradução literal, um direito mole, flexível. O fato de a Declaração Universal não ter, em tese, força obrigatória, suscita-se a questão de ela se enquadrar nesse novo tipo de norma internacional" (Possa, 2007, pp.41-42).

Por conseguinte, ao longo dos tempos, os Estados foram sempre gerindo a concessão de asilo como um direito livre, arbitrário e discricionário, assente na soberania territorial (Mello, p. 1101)⁸⁸, com total prejuízo para os requerentes de asilo. É fundamental, portanto, eliminar toda esta discricionariedade de critérios no âmbito do asilo e sujeitar os Estados a princípios convencionais, justos, unívocos, imparciais, legítimos, igualitários, solidários e íntegros da dignidade da pessoa humana.

Para o efeito, julgamos que as Nações Unidas poderão vir a ter de desempenhar, novamente, um papel crucial na defesa dos direitos humanos. Aliás, não podemos esquecer que, em 1948, no seio das Nações Unidas, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, posteriormente, aperfeiçoados os seus princípios, quer através do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, quer por via do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1967. Por outro lado, no que concerne aos refugiados as Nações Unidas também desempenharam um papel fundamental na sua defesa, com a adoção da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado, de 1951 e o seu Protocolo Adicional de Nova Iorque, de 1967.

Contudo, as Nações Unidas não procederam de igual modo no que concerne ao instituto de asilo, muito embora o caminho a seguir neste âmbito esteja delineado, uma vez que é

⁸⁸ Aliás, tal como foi referido por Mello (2000, p.1101) «[não] existe qualquer obrigatoriedade do Estado em conceder o asilo. A sua concessão é um ato discricionário do Estado asilante. O asilo é um direito do Estado, e não do indivíduo».

comummente aceite pelos Estados que o refúgio e o asilo são institutos jurídicos distintos, pelo que exigem instrumentos jurídicos específicos. Deste modo, somos da opinião de que é necessário: a) adotar um instrumento universal no âmbito de asilo, de modo a enfrentar os complexos problemas legais, económicos, sociais, culturais, laborais e humanitários que afetam os requerentes de asilo; b) uniformizar os princípios, as normas e os mecanismos de proteção dos asilados e dos refugiados; c) salvaguardar o princípio de *non-refoulement*; d) enfatizar o caráter humanitário e apolítico do instituto de asilo; e) reconhecer o papel importantíssimo desempenhado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, bem como criar um Alto Comissariado das Nações Unidas para os Asilados; f) propiciar uma melhor coordenação e cooperação institucional entre todas as organizações governamentais e não-governamentais, internacionais ou nacionais, no campo da proteção dos requerentes de asilo; g) promover a divulgação, o ensino, a investigação dos instrumentos jurídicos no âmbito do asilo e a formação de todos os intervenientes nesta matéria.

Para o efeito, todos estes princípios, e em particular o do direito de asilo, poderão ser salvaguardados, em nossa opinião, no seio da Comunidade Internacional e na União Europeia por diversas formas jurídicas como, por exemplo: I) com inclusão de um capítulo específico sobre direito de asilo na Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiados; II) com a adoção de uma Convenção relativa ao Direito de Asilo autónoma; III) com a inclusão de um capítulo específico sobre o direito de asilo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; IV) com a adoção de uma política única de asilo para a União Europeia.

Todas estas soluções têm em consideração o facto de, atualmente, o estatuto de refugiado estar, intimamente, correlacionado com o estatuto de asilado, na medida em que a concessão do estatuto de refugiado *a priori* é condição *sine qua non* para a atribuição do estatuto de asilado. Por outro lado, estas soluções permitiriam eliminar os refugiados em órbita ou o *asylum shopping*. Para além disso, garantiriam uma objetividade de critérios, de procedimentos, de direitos, de deveres e de meios, quer para os Estados quer para os requerentes de asilo. Por último, reduziria os encargos de todos os Estados, na medida em que os requerentes de asilo deixariam de procurar brechas jurídicas ou legislativas ou de tentar encontrar os melhores



Estados ou os Estados mais humanitários e solidários ou os Estados que *a priori* pudessem proporcionar-lhes as melhores condições de acolhimento.

Aliás, perfilhamos a opinião de que, para o requerente de asilo, ser-lhe-á, totalmente indiferente que o Estado conceda asilo, caso existam os mesmos critérios de objetividade entre os Estados aquando da análise do pedido de asilo, após concessão ou na rejeição deste mesmo pedido de asilo. Por tudo isso, é necessário uniformizar os critérios de análise, de concessão e de rejeição dos pedidos de asilo.

REFERÊNCIAS

ACNUR. (1998). *A situação dos refugiados no Mundo 1997-98 – Um programa humanitário*. Lisboa. ACNUR.

ALDAVE, H. R. (2010). *El Asilo histórico. Análisis institucional y fuentes jurídicas. Su incidencia en Navarra*, Navarra, ed. Universidad Pública de Navarra.

ALLAND, D. (1997). Le dispositif international du droit de l'asile – Rapport Général. *In Droit d'asile et des réfugiés*. Société Française pour le Droit International. Colloque de Caen. Paris. ed. A. Pedone.

AMNISTIA INTERNACIONAL. (2012). Retrieved from <http://www.amnesty.org/es/region/greece/report-2012>

ANDRADE, J.H.F. de. (1996). *Direito Internacional dos Refugiados – Evolução Histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro -São Paulo. Editora Renovar.

ARÉCHAGA, E. J. de., VIGNALI, E. A. & RIPOLLI, R. P. (2008). *El asilo, el refugio y la extradición*. Fundación de Cultura Universitaria, Tomo II, Montevideo.

ARRIBAS, G. F. (2007). *Asilo y Refugio en la Unión Europea*. Granada. Comares.

ASYLUM CASE (1950). *International Court of Justice Reports*. Retrieved from http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1950.11.20_asylum.htm

AUNIÓN, A. M. (2006). *La Política Común Europea del Derecho de Asilo*. Valencia. Tirant lo Blanch.

BETANCOURT, M. R. (2011). La crisis del asilo y el refugio en América Latina. *In International Association for the Study of Forced Migration (IASFM), IASFM13: Governing Migration*. Retrieved from <http://iasfm.org/iasfm-13/>



- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., & PASQUINO, G. (1998). *Dicionário de Política*. Brasília. 11.^a ed. UnB, V. I.
- CARLINER, D. (1984). Domestic and International Protection of Refugees. In *Guide to International Human Rights Practice* (Hannum, H. Dir.). Philadelphia. University of Pennsylvania Press.
- CARO, M. P. (1960). *Delitos políticos, extradición y derecho de asilo*, Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Madrid Ediciones de Conferencias y Ensayos.
- CIERCO, T. (2010). *A instituição de Asilo na União Europeia*. Coimbra. Almedina.
- COMBESQUE, M. A. (1998). *Introdução aos Direitos do Homem*. Lisboa. Terramar.
- CONSTITUTION FRANÇAISE. (1792). Retrieved from <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du24-juin1793.5084.html>
- CORELLA, A. S. (2010). Un decálogo sobre la crisis del asilo en España. In *Revista de ciencias sociales*, n.º218.
- CORNU, G. (1987). *Vocabulaire Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France (Puf).
- DICCIONARIO JVRÍDICO. (1991). Fundación Tomás Moro. Madrid. Espasa Calpe.
- DORIGA, L. R. Y. L. (1928). *Nacimiento del derecho de asilo*. Madrid. Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia.
- DUARTE, M. L. (1992). *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública do Direito Comunitário*. Coimbra. Coimbra Editora.
- EINARSEN, T. (1995). Mass flight: The case for international asylum. In *International Journal of Refugee Law*, V.7, n.º4.
- EXECUTIVE COMMITTEE OF THE HIGH COMMISSIONER`S PROGRAMME. (1993). Forty-fourth session – Note on International Protection submitted by the High Commissioner - Doc. A/AC. 96/815, tópico II (8) (Asylum).
- FRANCO, J. M. & MARTINS, H. A. (1991). *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*. Coimbra. 3.^a ed. Almedina.
- GARRIDO, D. L. (1991). *El Derecho de Asilo*. Madrid. Ed. Trotta.



GAZZANIGA, J. L. (1995). Le droit d'asile religieux: évolution historique. In AA.VV.: *Droit d'asile, de, voir d'accueil*. Paris. ed. Desclée de Brouwer.

GIL, S. M. (2010). La Protección de los Demandantes de Asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del tribunal europeo de los Derechos Humanos. In *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. núm.37, septiembre/diciembre. Madrid.

GOODWIN-GILL, G. S. (1993). *Towards a Comprehensive Regional Policy Approach- The Case for Close Inter-Agency Cooperation*. Ottawa. Carleton University.

GOODWIN-GILL, G. S. (1995). Asylum: The law and politics of change. In *International Journal of Refugee Law*, V. 7, n.º1.

GUARDIOLA, C. A. (2008). El asilo y el refugio en la Unión Europea. In *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo* (Lloret. J.F. & Caballero, S.S. (Dir). Valencia. Tirant lo Blanch.

GULLIEN, R. & VINCENT, J. (1978). *Lexique de termes juridiques*. Paris. Quatrième Édition Dalloz.

GUTERRES, A. (2010/04/29). Entrevista com António Guterres – Alto Comissário da ONU para os refugiados. Retrieved from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=pt&type=IM-PRESS&reference=20100426STO73424>

HATHAWAY, J. C. (1990). A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. In *Harvard International Law Journal (HILJ)*, n.º31, 1.

HERRERA, R. T. (2003). *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*. Madrid. ed. Dykinson.

IGLESIAS, M. T. P. (2000). *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional atual*. Santiago. Tórculo Edições.

JORNAL PÚBLICO (2012/08/16). Retrieved from <http://www.publico.pt/Mundo/equador-da-asilo-a-julian-assange1559236>

LATER, C. (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo. Companhia das Letras.

LOPES, A. R. M., MOURA, L. M. de., ROCHA, L. M. de., & FILHO, P. B. M. C. (2010). Asilo político e a intervenção do Brasil na crise Hondurenha. In *Âmbito Jurídico*, nª 75. Rio Grande.

MAEKELT. T. B. de. (1982). Instrumentos Regionales en Materia de Asilo. Asilo Territorial y Extradición. La Cuestión de los Refugiados ante las Posibilidades de una Nueva Codificación



Interamericana. In AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en America Latina*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

MAGNO, P. (2009). Refugiado, Cidadão Universal: uma análise do direito à identidade pessoal. In *Lugar Comum*, jan-abr, n.º27.

MARÍN, J. M., Martón, J. M. & Martín C. A. (1994). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada. editorial Comares.

MARTÍNEZ, G. P-B., Cascón, A. L., & Liesa, C. F. (2001). *Textos Básicos de Derechos Humanos – Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, (Avilés, M. d. C. B. et al., Dirs.), Navarra. Editorial Aranzadi.

MARTÍNEZ, J. M. F. (2006). *Diccionario Jurídico*. Navarra. 4ª Edición. Aranzadi- Thomson.

MEHENSZ, C. Z. (1962). El Derecho de Asilo de los Antiguos Grego-Romanos. In *Revista La Ley*, Tomo 108.

MEISSNER, D. M. (2005). Los Nuevos Retos de las Migraciones Internacionales Perspetivas y Prioridades de las Políticas Migratorias en Norteamérica, Europa, Japón y la Comunidad Internacional. In tópico III. La Comunidad Europea (A. Europa y la inmigración, hoy), ponto 4. (La crisis del asilo), *Ensayo INCIPE*, n.º5. Retrieved from <https://www.worldcat.org/title/nuevos-retos-de-las-migraciones-internacionales-perspectivas-y-prioridades-de-las-politicas-migratorias-en-norteamerica-europa-japon-y-la-comunidad-internacional-informe-para-la-comision-trilateral/oclc/39238092/editions?referer=di&editionsView=true&fq=>

MELLO, C. D. A. (2000). *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro. 12.ª ed. Renovar, V. 2.

MOLINA, R. V. R. & Torres, M. A. D. A. (2006). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada. 2.ª edición. Comares Editorial.

MONCADA, H. C. de, MERÊA, P., RIBEIRO, T. (1945). O Asilo Interno em Direito Internacional Público (Origem, Evolução e Estado Atual do Problema). In *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XXI, Universidade de Coimbra.

MORO, L. M. (2007). Prólogo. In Arribas, G. F. (2007). *Asilo y Refugio en la Unión Europea*. Granada. Comares.

MOURA, M.L.de. (1967). *Platão, Apologia de Sócrates*. Rio de Janeiro. ed. Tecnoprint.

NAYAR, M.G.K. (1972). The Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects. In *Saint Louis University Law Journal*, V. XVII.

Oliveira, A.S.P. (2009). *O Direito de Asilo na Constituição – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*. Coimbra. Coimbra Editora.



OOSTING, D. (2012/08/18). La crisis del asilo y refugio: un reto para la Unión Europea. Retrieved from <http://www.morfonet.cl/secciones/informe/002i.htm>

PATRNOGIC, J. (1988). Réflexions sur la relation entre le droit international humanitaire et le droit international des Réfugiés, leur promotion et leur diffusion. In *International Review of the Red Cross*.

POSSA, A.L.D.C. (2007). A eficácia jurídica da declaração universal dos direitos humanos, Revista Jurídica- Unicuritiba, V.20, nº4. Retrived from <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/22>

RAMOS, M. L. E. (1994). Asilo e Inmigracion en la Union Europea. In *Revista de Estudios Políticos*, nº 86. Octubre-Diciembre. Madrid.

REALE, E. (1938). Le Droit d`Asile. Recueil de Cours de L`Académie de Droit International de La Haye (RCADI), V.1.

RONDANINI, A. (1997). El Derecho a solicitar asilo. In AAVV.: *Derechos Humanos*. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo (FDA).

ROTAECHE, C. J. G. (1997). *Derecho de Asilo y «No Rechazo» Del Refugiado*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas. Dykinson.

SANTIAGO, J. R. de. (1999). Temas relevantes del Derecho Internacional de los Refugiados com respecto al problema de los refugiados en América Latina. In *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza. V.I. n.º1.

SÉGUR, P.P. (1998). *La Crise du droit d`asile*, Paris, Presses Universitaires de France (Puf).

SILVA, G. (2012/08/16). O direito de asilo. Retrieved from http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/gs.html

SINHA, S. P. (1971). *Asylum and International Law*, The Hague, Martinus, Nijhoff.

SOBRAL, H. P. F. (1974). Direito de Asilo. In *Tribuna da Imprensa*. Porto Alegre. Editora Imprensa livre.

SODER, R. M. (2007). *O direito de asilo na União Europeia: um olhar normativo sobre a «Europa-Fortaleza»* (dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Retrieved from <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13170/000598482.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



SOUSA, C. U. de. (2001). A proteção temporária enquanto elemento de um sistema Europeu de asilo. A proposta de diretiva comunitária sobre proteção temporária. *In Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, N.º3, Lisboa.

SOUSA, S. H. L. de S., HILDEBRAND, C. R. F., & Beck, J. C. da Silva. (2008). Direito Internacional dos Refugiados. *In Revista de Direito*, vol. XI, n.º 13.

STOESSINGER, J.G. (1956). *The Refugee and the World Community*. Minneapolis. University of Minnesota Press.

TEROL, J. M. O. (2010). Presentación: Asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad. *In Pérez, A. J. T. & Terol, J. M. O. (Coordinadores): Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al hilo de la nueva ley*. Madrid. ediciones Sequitur.

UN General Assembly. (1975/09/22). *Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*. A/10139 (Part II). Retrieved from <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68bf10.html>
Velasco, M. D. de. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. Tomo I 17ª ed. Tecnos.

VIEIRA, M. A. (1961). *Derecho de asilo diplomático (asilo político)*. *In Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica*, Montevideo.

VILLAPPANDO, W. (1996). Nuevas Características del asilo com especial referencia a la situación Europea. *In ELSA – Direitos Humanos: a promessa do século XXI*, Porto, Universidade Portucalense, ELSA.

WEIS, P. (1968). Recent Development in the Law of Territorial Asylum. *In Revue des Droits de l'homme (RDH)*, V. I, 39.

ZÁRATE, L. C. (1957). *El Asilo en el Derecho Internacional Americano*. Bogotá. ed. Iqueima.



EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, COSMOPOLITISMO E INTERCULTURALIDADE: A CONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO PÚBLICO DA HUMANIDADE COMO INSTRUMENTO DA PAZ

HUMAN RIGHTS EDUCATION, COSMOPOLITANISM AND INTERCULTURALITY: CONFIGURING A PUBLIC LAW OF HUMANITY AS AN INSTRUMENT OF PEACE

Ângelo José Menezes Silvino¹
Maria Creusa de Araújo Borges²

Resumo: O presente artigo, com fundamento na vertente jurídico-dogmática e na abordagem sociojurídica, articula os conceitos de interculturalidade, cosmopolitismo e educação em direitos humanos (EDH), enfrentando a seguinte questão: o projeto de educação para a paz, propósito da Organização das Nações Unidas (ONU) desde a sua criação em 1945, desde que assente na interculturalidade e no cosmopolitismo, poderia se concretizar por intermédio de uma educação em direitos humanos? Desde a criação das Nações Unidas, o ideal de educação para a paz está posto em sua Constituição como um instrumento relevante para a efetivação da segurança internacional. A questão que se coloca é saber como a EDH poderá contribuir na configuração da paz, agindo como coadjuvante nesse processo. Nessa perspectiva, a tarefa da EDH consiste na formação de cidadãos globais aptos a operar um Direito Público da Humanidade voltado à consecução da paz, que o processo educativo contribua no desenvolvimento de habilidades e de técnicas, mas, sobretudo, promova a internalização de valores próprios ao Estado de Direito e a aprendizagem da Constituição e da normativa nacional e internacional em prol da paz e dos direitos humanos. Esse propósito constitui um desafio para os Estados, pois os incita a adotar programas de EDH para concretizar tal finalidade em âmbito doméstico. Este artigo assume o propósito de discutir esse ideal e essa concepção no contexto das investigações desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa CNPq Tribunais Constitucionais, Direito à Educação e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Brasil.

Palavras-chave: Educação em Direitos Humanos. Paz. Interculturalidade. Cosmopolitismo.

Abstract: This article, based on the juridical-dogmatic and socio-juridical approaches, articulates the concepts of interculturality, cosmopolitanism and human rights education (HRED), addressing the following question: could the project of education for peace, the purpose of the

¹ Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista CAPES. Email: angelojms@hotmail.com

² Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Professora Associada III do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Email: mcaborges@hotmail.com



United Nations (UN) since its creation in 1945, provided that it is based on interculturality and cosmopolitanism, be realized through human rights education? Since the creation of the United Nations, the ideal of education for peace has been placed in its Constitution as a relevant instrument for the effectiveness of international security. The question that arises is how HRED can contribute to the configuration of peace, acting as a coadjuvant in this process. In this perspective, the task of HRED consists in the formation of global citizens capable of operating a Public Law of Humanity aimed at achieving peace, so that the educational process contributes to the development of skills and techniques, but, above all, promotes the internalization of values proper to the Rule of Law and the learning of the Constitution and of national and international norms in favor of peace and human rights. This purpose constitutes a challenge for states, as it requires them to adopt HRED programs to achieve this goal at the domestic level. This article aims to discuss this ideal and this conception in the context of the research developed by the CNPq Research Group Constitutional Courts, Right to Education and Society of the Postgraduate Program in Legal Sciences at the Federal University of Paraiba, Brazil.

Keyword: Human Rights Education. Peace. Interculturality. Cosmopolitanism.

Sumário: 1 Introdução. 2 Culturas, multiculturalismos, interculturalidade: a relação com a ideia de paz. 2.1. Para a paz perpétua: a federação de estados livres e o direito cosmopolita. 2.2. O multiculturalismo emancipatório: um sustentáculo para a paz perpétua? 3 Educação em direitos humanos, cidadania e a configuração de um direito público da humanidade. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No século XVIII, Immanuel Kant vislumbrou, em cenários de compressão do tempo e de espaço, decorrentes dos avanços tecnológicos, temáticas concernentes à construção do cosmopolitismo, cidadania e educação. Considerado como um dos visionários e preconizadores das bases do Direito Internacional Público, Kant dedicou parte de sua produção intelectual a problematizar questões que eram - e assim prosseguiriam com maior intensidade na medida em que os anos avançassem - suscitadas em âmbito macro, ou seja, buscando respostas para as tensões oriundas do acirramento das interações entre os mais diversos Estados que passavam a estruturar a sociedade internacional contemporânea.

Dentre as principais obras que se dedicam a problematizar essas questões, se destaca o opúsculo *Para a Paz Perpétua (Zum ewigen Frieden)*, obra em que Kant lança alguns artigos - divididos em preliminares e definitivos - voltados à reflexão e à problematização sobre o ideário de uma paz perpétua.

Atualmente, a sociedade global padece, não obstante a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, e das demais normativas internacionais que a



sucederam, de qualquer aproximação com aquilo que Kant estabeleceu como horizonte a ser perseguido. Os constantes avanços e retrocessos no âmbito do Direito Internacional Humanitário; a denominada “Primavera Árabe”; as incursões estadunidenses no Afeganistão e no Iraque; a ascensão do Estado Islâmico, da crise de refugiados e das novas ondas de xenofobia e de intolerância, constituem exemplos que ilustram e transmutam uma sociedade cada vez mais afastada de uma lógica de paz e de segurança internacional e mais próxima de um retorno ao *status quo ante* ao Pós-Guerra, antes da criação da Organização das Nações Unidas em 1945 (ONU, 1945).

Sem embargo e não obstante esse cenário, a ideia de paz, com aporte na perspectiva de paz perpétua kantiana, especialmente aquela problematizada nos artigos definitivos de número dois e três, parece inexecutável no contexto de uma sociedade global compartimentalizada e cada vez mais fragmentada pelos novos muros erguidos e abismos culturais que se expandem na medida em que espaço e tempo se comprimem.

Desta feita, se pretende, com o presente artigo, enfrentar a seguinte problemática: seriam as categorias de interculturalidade, cosmopolitismo e educação em direitos humanos que, se articuladas, poderiam conduzir a uma concepção de sociedade global fundamentada na paz e na segurança internacional, com fundamento na perspectiva de paz perpétua kantiana?

Parte-se do pressuposto de que a educação em direitos humanos, definida como uma prática de socialização cultural, cognitiva e de formação para a cidadania, guiada pela construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos e de desenvolvimento pleno da pessoa, assume a tarefa fundamental de formação de cidadãos aptos a respeitarem os valores da interculturalidade (multiculturalismo emancipatório), isto é, indivíduos que, orientados pelo reconhecimento e respeito da diversidade cultural, fomentam a construção de uma sociedade cosmopolita pautada por um Direito Público da Humanidade, articulando os conceitos da interculturalidade, do cosmopolitismo e da educação em direitos humanos no contexto da consecução da paz.

Nesse âmbito, se faz necessário: i) identificar o conceito de paz com aporte na obra de Immanuel Kant; ii) analisar a relação existente entre paz e interculturalidade no cenário global contemporâneo; iii) avaliar a tarefa da educação em direitos humanos na formação de cidadãos globais aptos a operarem um Direito Público da Humanidade. Os resultados foram produzidos com fundamento nos procedimentos das vertentes metodológicas denominadas de jurídico-



sociológica e jurídico-dogmática, empregando técnicas de pesquisa de documentação indireta, especialmente, a pesquisa de artigos, dissertações e teses disponíveis nos repositórios dos programas de pós-graduação brasileiros e no Portal de Periódicos da CAPES.

2 CULTURAS, MULTICULTURALISMOS, INTERCULTURALIDADE: A RELAÇÃO COM A IDEIA DE PAZ

O nascedouro da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, representa, sobretudo, um ato paradigmático fundamentado em uma nova concepção de sociedade, de humanidade e de educação. A Carta de São Francisco, instrumento constitutivo da ONU, elege como tarefa fundamental a construção de uma sociedade baseada na paz e na segurança internacionais, como uma resposta às atrocidades cometidas no período da Segunda Grande Guerra (1939-1945), principalmente, por regimes totalitários.

A Organização elege como valores fundantes da construção dessa nova sociedade a justiça, a paz, a liberdade no quadro da concepção de Estado de Direito. Com aporte nessa concepção, a Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 1945) elege, como fundamento da cooperação interestatal, a concepção da educação para a paz e a segurança internacionais, reconhecendo que a construção da guerra e da paz nascem nas mentes humanas. Assim, a paz deve ser construída pela humanidade como um processo de conscientização e de formação de novas mentalidades. Nasce, assim, no quadro das Nações Unidas, a ideia de uma educação da humanidade fundamentada na justiça, na liberdade e na paz.

A ideia de uma sociedade fundamentada na paz e na segurança internacionais não prescinde da educação. Esta não é acessória. Constitui tarefa central a ser assumida no âmbito doméstico dos Estados e nas relações internacionais. A concepção de educação da humanidade propugnada pela UNESCO, em sua Constituição, se fundamenta na paz.

Dessa forma, pretende-se responder ao seguinte questionamento: em que ponto a teoria kantiana de paz perpétua poderia dialogar com as concepções de cosmopolitismo e de multiculturalismo?

Para isso, primeiramente, são analisados os artigos definitivos para a paz perpétua (especificamente o 2º e o 3º) e assentadas as bases do que se entende por um direito cosmopolita



em Kant. Pretende-se abordar a categoria sob o olhar do teórico português Boaventura de Sousa Santos para, assim, identificar eventuais tensões e similitudes.

2.1. Para a Paz Perpétua: a Federação de Estados Livres e o Direito Cosmopolita

Em 1795, a França, após sucessivas vitórias, em diversas batalhas, presencia alguns dos seus maiores adversários da Primeira Coalizão (Espanha e Prússia) a assinar os Tratados de Basiléia, os quais, conjunta e posteriormente, foram denominados Paz de Basileia. Nesse contexto histórico - por coincidência ou não - Kant (2006) publica a sua tese na obra denominada *Para a Paz Perpétua*.

A ideia central da tese kantiana é estabelecer uma espécie de releitura das dinâmicas e das relações travadas entre os diferentes Estados, estabelecendo três âmbitos em que o Direito funcionará como imperativo: i) internamente, com o Direito Civil do Estado; ii) na relação entre diferentes Estados, com o Direito dos Povos ou das Gentes; iii) na relação entre toda a espécie humana, numa espécie de Direito Cosmopolita – que regeria o Estado Universal de Homens (KRITSCH, 2017, p. 30-31). Dessa forma, Kant apresenta 06 (seis) artigos preliminares e 03 (três) artigos definitivos, os quais se relacionam com cada um desses âmbitos, guiados pela consecução do ideal de Paz Perpétua (ZICARI, 2016, p. 157-159).

Diante do recorte temático estabelecido, são avaliados os artigos definitivos de número 02 (dois) e 03 (três), os quais estão relacionados, sobretudo, com o Direito Cosmopolita.

Feitas essas considerações, se faz necessário apresentar uma definição mínima para o entendimento das categorias “Paz Perpétua” e “Direito Cosmopolita” no quadro da obra ora em análise. Dessa forma, a primeira baliza que deve ser firmada é a de que a ideia de uma paz eterna não é encarada como factível por Kant.

Conforme afirma Pim (2006, p. 13), a paz eterna, enquanto principal objetivo (ou última meta) de um Direito Cosmopolita representa um ideal irrealizável, porquanto indica, tão somente, um horizonte a ser perseguido – ainda que jamais seja alcançado.

Para se aproximar desse horizonte, então, é preciso encontrar meios de emprestar efetividade (concretude) aos comandos normativos estruturados sob as seguintes formas.

Segundo Artigo definitivo para a Paz Perpétua – O Direito de Gentes deve fundamentar-se em uma federação de Estados Livres [...]

Terceiro Artigo definitivo para a Paz Perpétua – O Direito Cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal (KANT, 2006, p. 73 e 79).



Visando explicar o fundamento do segundo artigo, é necessário invocar a ideia de Hobbes (2003, p. 112-137) quando da fixação das duas primeiras leis naturais, buscando o motivo de sua existência e sua relação com a necessidade de instituição de uma República.

Porque as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as faça ser respeitadas, são contrárias as nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita quando tem vontade de as respeitar e quando o podem fazer com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros (HOBBS, 2003, p. 143-144).

No quadro de um mesmo recorte epistemológico, John Locke estabelece balizas que devem ser mencionadas por guardarem pertinência com o que se pretende expor adiante.

Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-se a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. Sendo por ele retirada do estado comum em que a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens. Por ser esse trabalho propriedade inquestionável do trabalhador, homem nenhum além dele por ter direito àquilo que a esse trabalho foi agregado, pelo menos enquanto houver bastante e igual qualidade deixada em comum para os demais (LOCKE, 2005, p. 407-409).

Parte-se, assim, da ideia de que, da mesma forma como em um dado momento pretérito, os homens livres precisaram abdicar de parcela substancial da sua liberdade natural, talvez seja necessário que os Estados-Nação, em um dado momento, abdicuem de um dado elemento que poderia (ou não) corresponder analogamente a sua liberdade natural, para organizar-se sob a forma de uma Federação de Estados (ANDUJAR, 1989).

A tese de Kant funda-se, portanto, na extensão do imperativo categórico responsável pela formação dos Estados, o qual obrigou os indivíduos a se associarem e abandonarem o completo estado de natureza e selvageria, aos próprios Estados – aqui considerados dentro de uma perspectiva global.



O motivo é simples: os Estados, assim como os indivíduos selvagens, conforme apontado por Hobbes, pela sua mera coexistência e natureza, irão entrar em conflito e causar prejuízos uns aos outros, fomentando problemas, especialmente, no campo da segurança (ou guerra).

A saída para isso, aponta Kant (2006) perpassa: (i) pelo surgimento (em escala global) de uma figura análoga à Constituição civil, ora responsável pela sedimentação, a nível interno (dentro de um mesmo Estado), de um padrão de civilidade mínimo e pelo abandono do apego à liberdade sem lei – ponto abordado no artigo definitivo seguinte; e (ii) pela criação de uma Federação de Estados Livres.

No âmbito dessa segunda proposta indicada pelo artigo em estudo, o grande problema apontado, entretanto, é que da mesma forma como os indivíduos não queriam abdicar de suas liberdades naturais para se submeter a uma República, os Estados encontram resistência em abrir mão de parte de sua “soberania” (atributo aqui considerado como correlato à liberdade natural) e submeterem-se a uma força legal, externa e permanente (PIM, 2006).

Contudo, a ideia sugerida não é a de um pacto de paz, visto que esse somente põe fim a um conflito que especificamente existe no espaço e tempo, mas, sim, de uma federação de paz (de Estados livres), a qual, *prima facie*, não usurparia nenhum poder dos Estados ou lhes sujeitaria a qualquer tipo de lei e sua respectiva sanção, zelando, tão somente e de maneira recíproca, pelo exercício de suas liberdades inerentes - soberania e autonomia - dentro de padrões que os encaminhassem para o horizonte da paz perpétua (HABERMAS, 1997).

Como afirma Guedes de Lima (2017), não obstante alguns teóricos tenham duras críticas a tese da Federação de Povos (HEGEL, 1997) e sua factibilidade, a proposta kantiana - datada ainda do século XVIII - busca estabelecer uma interconexão entre direito, política e moral, por intermédio da fixação de um imperativo categórico que atinge a todos (indivíduos e Estados), buscando, assim, uma legitimação filosófica das condições de possibilidade da sua tese.

Sem embargo de todas essas colocações feitas com base no segundo artigo definitivo, Kant anuncia, de maneira taxativa, no terceiro artigo definitivo, o alcance e objetivo precípuo do que entende ser o Direito Cosmopolita de uma sociedade global que busca a paz perpétua.

Neste pórtico, limita, sobremaneira, o conteúdo do Direito Cosmopolita, estabelecendo que esse Direito deve se dedicar tão somente às condições da hospitalidade universal, *i. e.*, “o direito



que tem o estrangeiro de não ser tratado hostilmente pelo fato de estar em um território alheio” (KANT, 2006, p. 79).

O que tenta ser enunciado, nesse ponto, é o centro gravitacional de um direito que regeria uma espécie de Estado Mundial. Dessa maneira, fixa, dentro desse contexto, que uma pessoa não deve receber um tratamento diferenciado (positiva ou negativamente) e ter mais ou menos direitos, simplesmente, pela razão de ocupar um determinado espaço no globo.

Kant (2006) demonstra um raciocínio extremamente vanguardista considerando a época na qual foi escrita essa obra, porquanto ao defender a necessidade de estruturação de um Direito Público da Humanidade (aqui empregado como sinônimo de Direito Cosmopolita), menciona algo que, anos depois, fora mencionado por Harvey (2008) e Robertson (2000) como a ideia de compressão do espaço e do tempo.

É importante destacar que alguns autores, anos depois, propuseram pequenas revisões ou atualizações na teoria kantiana, em razão do decurso temporal entre a época na qual fora escrita e as transformações ocasionadas nas relações sociais nos séculos seguintes, especialmente, em razão da globalização. Nesse sentido, destacam-se:

Estas reflexiones críticas muestran que La Idea kantiana de un orden cosmopolita deben ser reformuladas si no quieren perder el contacto con una situación mundial modificada sustancialmente. La necesaria revisión del marco conceptual básico se ve facilitada porque La Idea misma no ha permanecido, por así decir, quieta. Desde la iniciativa del presidente Wilson y La fundación de la Sociedad de Naciones esa idea se ha incorporado a la política y se ha puesto em práctica. Después de la Segunda Guerra Mundial La idea de la paz perpetua ha encontrado forma concreta em las instituciones, declaraciones y políticas de las Naciones Unidas. La fuerza desafiante de las incomparables catástrofes del siglo xx ha dado un impulso a La idea. Ante este sombrío panorama, el espíritu del mundo, como se hubiera expresado Hegel, se habría estremecido (HABERMAS, 1997, p. 71).

Curiosamente, dos centúrias después de su fallecimiento, los grandes temas del pensamiento kantiano se ven redimensionados em las coordenadas de La globalización. No se trata de cuestiones superadas, sino que son, precisamente, las grandes cuestiones pendientes. La universalidad de la ética kantiana, edificada sobre el reconocimiento de La dignidad humana, contribuyó de manera decisiva a otorgarun fundamento universal a los derechos humanos. Este predicamento universal de los derechos humanos planteaen nuestros dias cuestiones que no pueden ser eludidas y que afectan de forma decisiva a su propia viabilidad em términos prácticos (JULIOS-CAMPUZANO, p. 2004, p. 78).

Sem embargo, portanto, das aludidas possíveis revisões (ou atualizações feitas em razão do decurso do tempo), é nítido que, ainda, no final do século XVIII, Kant visualiza e menciona a possibilidade de criação de redes de interconexões entre diferentes povos alocados em diferentes



regiões do globo. Nesse sentido, a violação do direito em um ponto do planeta pode repercutir no outro extremo.

Defende, assim, a ideia de um Direito Cosmopolita (diferentemente da Paz Perpétua) não é utópica, mas necessária, posto que o Direito das Gentes atinente tão somente à relação indivíduo-Estado não será mais suficiente para regular as relações travadas entre as mais diversas comunidades – ao menos não dentro de uma lógica de manutenção da paz.

Tal proposta, entretanto, apesar de factível (em tese), se constrói como um caminho estreito e tortuoso, o qual possui em seu fim a paz perpétua, mas que se encontra acima de um penhasco cujo fundo representa o cemitério da humanidade, e, nesse trilhar, os Estados são constantemente balançados pelos ventos e obstáculos que representam seus instintos naturais à guerra.

Diante disso, cabe prosseguir e buscar responder à indagação: se a paz perpétua é o horizonte que deve ser perseguido e considerando o mundo tal como ele existe hoje, demarcado por tantas linhas abissais (SANTOS, 2009) que dividem o Ocidente do Oriente, o Norte do Sul, Povos Desenvolvidos dos Subdesenvolvidos, como pensar em uma Federação dos Povos?

2.2. O Multiculturalismo Emancipatório: um sustentáculo para a paz perpétua?

Constituem obstáculos para a criação de uma Federação dos Povos ou para a estruturação de um Direito Cosmopolita, tal como preconizado por Kant, os entraves, tensões e diferenças existentes no campo da cultura. Como um esforço de superação dos problemas relacionados ao abismo existente entre as promessas de uma das primeiras normas que pretendeu dar origem a um Direito Público da Humanidade – a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) – e a realidade fática subjacente, se problematiza a emergência de uma sociedade global apta a entender os valores do multiculturalismo.

Mas afinal, o que seria cultura? Com base nisso, o que poderia ser estabelecido como multiculturalismo? Existiria somente um tipo de multiculturalismo ou seria possível falar de várias modalidades de multiculturalismo? A ideia é responder a essas questões, articulando com a configuração de um Direito Cosmopolita.

Parte-se da definição das diferentes culturas como “[...] totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições



materiais e simbólicas” (SANTOS, 2003, p. 27). Nessa tônica, a expressão multiculturalismo³ passa a ser objeto de estudo das Ciências Sociais e se torna uma categoria passível de diferentes conceituações.

Dessa forma, é possível agrupar os discursos existentes sobre a categoria multiculturalismo em duas perspectivas distintas: as que alocam e trabalham o multiculturalismo como descrição; e aquelas que constroem uma ideia de multiculturalismo emancipatório.

No quadro da proposta de Santos (2003), o multiculturalismo como descrição agrupa discursos pautados na ideia de uma multiplicidade de culturas no mundo, as quais podem coexistir dentro de um mesmo Estado-nação e que se interinfluenciam. Por sua vez, o multiculturalismo emancipatório tem em seu centro gravitacional o binômio igualdade e diferença, partindo da máxima que a igualdade de tratamento entre as diferentes culturas deve ser assegurada sempre que a diferença as inferiorize; e que a diferença entre as culturas deve ser respeitada, sempre que a igualdade significar erosão ou, até mesmo, extinção de uma determinada cultura pela via da homogeneização cultural.

Diante das promessas normativas da ordem internacional sintetizadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos demais tratados e convenções que a sucederam, entende-se que o marco teórico adequado para trabalhar a categoria multiculturalismo é o esboçado pelo viés emancipatório.

Isso se explica na medida em que um dos maiores problemas existentes na sociedade internacional (no campo jurídico e, também, cultural) está relacionado à não inserção de variados povos, comunidades e sujeitos historicamente alocados na parte *invisível* das linhas abissais anteriormente mencionadas, nos debates que dão fruto a essas normativas.

A forma como foi redigida a Declaração de 1948 constitui um exemplo. Pertencente ao sistema *onusiano*, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966, a Declaração, não obstante a reduzida participação dos Estados e a existência de nações na condição de colônia, representa um documento-símbolo, formando com esses instrumentos a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*) (RAMOS, 2019; BORGES, 2015).

³ Importante mencionar que o termo não é livre de críticas, nesse sentido cf. Zizek (1997). Por essa razão, o termo interculturalidade foi utilizado no título da pesquisa.



Ávila (2014), aprofundando na história da redação do referido documento, evidencia que a Declaração é fruto, principalmente, da ementa produzida por John Peters Humphrey (Canadense), Rene Cassin (Francês) e Jacques Maritain (Francês) nas discussões travadas no âmbito da extinta Comissão de Direitos Humanos da ONU. O objetivo primário era a criação de um instrumento vinculante. Entretanto, as tensões do então período da Guerra Fria adiou esse objetivo, concretizado mais tarde com a aprovação dos Pactos de 1966 (POOLE *et al*, 2007; BORGES, 2015; RAMOS, 2019)

Nesse cenário, com aporte na proposta da Teoria da Tradução, o multiculturalismo emancipatório pode se constituir em importante instrumento de interpretação da Declaração de 1948 e de outras normativas internacionais de direitos humanos. A teoria da tradução consiste, basicamente, em um conjunto de práticas ligadas às políticas multiculturais que buscam identificar características isomórficas em diferentes discursos que clamam pelo já binômio “igualdade e diferença”. É uma tentativa, portanto, de articular diferenças (sem fazer com que desapareçam ou percam sua autonomia) e recursos intelectuais/cognitivos de diferentes sujeitos/comunidades/povos para produzir conhecimento sobre iniciativas e experiências contra-hegemônicas (SANTOS, 2003).

Nessa visão, se o multiculturalismo é o horizonte comum para a configuração de um Direito Público da Humanidade, de qual forma ele poderia ser *factualmente* promovido, considerando as diferenças culturais e as problemáticas daí decorrentes? Emerge, nesse cenário, a necessidade de se problematizar a partir de uma perspectiva de educação em direitos humanos com vistas à conscientização para a paz.

3 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E A CONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO PÚBLICO DA HUMANIDADE

A ideia de paz fundamentada na concepção de Paz Perpétua kantiana se localiza, em especial, no campo da teoria. Isso significa que a preocupação principal do autor é com a legitimação filosófica das construções teóricas (imperativos categóricos) apontados no corpo da sua tese. Nesse sentido, buscando a sua aproximação com uma prática concreta de fomento a um Direito Público da Humanidade, se afirma que tal caminho perpassa, necessariamente, pela educação em direitos humanos.



A educação em direitos humanos constitui um conjunto de práticas de socialização cultural, cognitiva e de formação para o exercício da cidadania, relacionadas à formação de sujeitos aptos a disseminar, nas mais diversas práticas e nos nichos sociais que habitam, uma cultura de defesa e promoção dos direitos, das liberdades e garantias fundamentais (SILVEIRA, 2007; BORGES; FILHO, 2015; BORGES, 2018). Tomando como inspiração o Relatório Delors (1996) da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Borges & Filho (2015) considera que a educação se organiza em torno de quatro aprendizagens, presentes ao longo da vida da pessoa humana, e que constituem os pilares do conhecimento: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser. Os princípios basilares de uma perspectiva educativa para a convivência.

Nessa perspectiva, a educação para a convivência encontra-se, portanto, na base de um projeto de educação que se define como “uma educação que promova o conhecimento e a valorização da própria cultura dos povos originários, das comunidades remanescentes de quilombos, dos povos ciganos, entre outros. Mas, sobretudo, que favoreça o diálogo entre as culturas, na perspectiva da construção da convivência entre os povos” (BORGES & FILHO, 2015, p. 23).

A educação em direitos humanos, nessa perspectiva, se fundamenta em uma concepção de educação intercultural, não elegendo uma única forma de saber como válida e as outras como descartáveis. O desafio consiste em pautar a educação em direitos humanos no reconhecimento da diversidade, na promoção de diálogos interculturais e em procedimentos de tradução, com a finalidade de tornar inteligíveis as diferentes culturas. Como afirmam BORGES & FILHO:

A questão do reconhecimento da diversidade tem se constituído como a tônica do debate contemporâneo no campo dos direitos humanos e da educação. Movimentos sociais, organizações não-governamentais, cortes constitucionais e de direitos humanos, atuação de governos e da mídia têm se pautado no reconhecimento da diversidade como um direito humano fundamental. (...) um movimento internacional de reconhecimento, promoção e valorização dos direitos humanos, no âmbito de organizações internacionais e regionais, tais como: a Organização das Nações Unidas (ONU) - e suas agências especializadas, como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) - e a Organização dos Estados Americanos (OEA), entre outras. No âmbito dessas organizações, tem sido fecundo o trabalho legislativo e jurisprudencial, bem como a formulação de recomendações que versam sobre temas ligados ao reconhecimento e proteção da diversidade dos diferentes sujeitos sociais, tais como povos originários e tribais; crianças; mulheres; pessoas com deficiência (2015, p. 19-20).

Dessa forma, a categoria direitos humanos é construída a partir de um olhar cosmopolita, adequada a um Direito Público da Humanidade, com aporte em cinco premissas básicas: i)



superar o debate entre universalismo e relativismo, se promovendo os debates interculturais sobre preocupações convergentes; ii) na realização desses debates, identificar quais são as preocupações isomórficas em termos de direitos humanos entre as mais variadas culturas; iii) fomentar a consciência da incompletude cultural de todas as culturas, para que nenhuma se julgue acima e superior as demais; iv) utilizar, como base para um multiculturalismo, aquelas culturas que apresentam um círculo de reciprocidade mais amplo em termos de dignidade da pessoa humana (valor central da categoria direitos humanos); e v) colocar como centro gravitacional dessa categoria, também, o binômio “direito à igualdade e direito à diferença” (SANTOS, 2003).

Parte-se, assim, da ideia de que os direitos humanos são, em especial, garantias fundamentais - ora já sedimentadas nos textos legais, ora em processo de positivação - conquistadas historicamente em razão das tensões sociais travadas nos mais diversos campos, em especial, o social e o político, que perseguem a realização de um acesso mais igualitário (ou menos desigual) aos bens materiais e imateriais que todos os cidadãos necessitam para que possam existir de maneira digna (HERRERA FLORES, 2009).

Por intermédio da educação em direitos humanos e da formação de sujeitos - a nível individual e coletivo - capazes de pensar a categoria direitos humanos de forma pluridimensional, que se pretende dar início à mitigação do abismo criado entre as promessas da Declaração de 1948 e a realidade fática, permitindo a construção e a ressignificação daqueles direitos por sujeitos que historicamente não puderam participar desses debates (BORGES, 2008). Significa, portanto, trabalhar na perspectiva de uma educação intercultural (MAIA *et al*, 2019).

Na prática, portanto, a educação em direitos humanos atuaria na promoção desse multiculturalismo necessário à configuração de um Direito Público da Humanidade nos seguintes âmbitos: i) formação de sujeitos de direito (individual e coletivamente) aptos a se articularem nos planos ético, político-social e jurídico na idealização de práticas concretas que devem ser perseguidas pelas sociedades; ii) empoderamento (*empowerment*) de minorias, permitindo sua participação em espaços de deliberações e na sociedade civil; iii) educação para “o nunca mais”, isto é, sem dissociar as práticas educativas da conscientização das realidades passadas que apontam para as maiores atrocidades cometidas pela humanidade (CANDAUI, 2007; 2012).

Em cenários de tensões que marcam as relações de política internacional, marcadamente conflituosas e polarizadas, com repercussões nos âmbitos domésticos estatais, se coloca o desafio



da estruturação de um Direito Público da Humanidade. Este não prescinde de uma cidadania global cosmopolita, apta a lidar com as diferenças inerentes às especificidades de culturas e as respectivas leituras que fazem sobre os direitos humanos, liberdade, justiça e paz, valores proclamados no sistema *onusiano* e, especificamente, na Constituição da UNESCO. Nesse cenário, a educação em direitos humanos constitui uma prática de conscientização e de socialização que pode promover o diálogo intercultural fundamentada no procedimento hermenêutico da tradução dos diferentes discursos para uma linguagem, a qual representa o paradigma do Estado de Direito: a de promoção e respeito aos direitos humanos como eixo fundante de um direito cosmopolita, pautado no reconhecimento da diferença e na promoção da igualdade, cujo horizonte final consiste na consecução de uma sociedade internacional baseada na ideia de paz e de segurança.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu articular os conceitos de interculturalidade, cosmopolitismo e educação em direitos humanos, enfrentando o problema que ensejou a criação do sistema *onusiano* e que fundamenta a Constituição da UNESCO, o de consecução da paz e da segurança internacionais. A Carta da ONU, 1945, instrumento constitutivo da organização, elege como eixo estruturante a perspectiva da educação como um mecanismo para a efetivação do objetivo das Nações Unidas de pautar as relações e a cooperação internacional a partir da configuração de um projeto de sociedade fundamentado nos valores da justiça, liberdade, direitos humanos, segurança e paz. Esse projeto não prescinde da educação em direitos humanos, a qual assume a perspectiva da educação da humanidade para a paz.

Dessa forma, procedeu-se, inicialmente, a uma análise da obra “Para a Paz Perpétua” de Immanuel Kant. Compreende-se, sobretudo, que a sua perspectiva de uma paz eterna passa, necessariamente, pela estruturação de uma federação de povos guiada por uma concepção que denominou de “Direito Cosmopolita” ou “Direito Público da Humanidade”.

Nesse âmbito, foi identificado que a tese kantiana se sustenta em dois pilares fundamentais: i) esse Direito Cosmopolita extremamente enxuto, objetivo e direto, enfatiza, tão somente, aspectos relativos à hospitalidade universal; ii) a paz perpétua é um horizonte a guiar as



diferentes interações e dinâmicas estabelecidas entre os Estados, representando uma ideia que deve ser perseguida do que propriamente algo que, realmente, será realizado no plano concreto.

Percebeu-se que a tese em análise - inserida na obra “Para a Paz Perpétua” - tem como objetivo central fixar elementos que justificassem filosoficamente a ideia de paz perpétua, não se preocupando, prioritariamente, em oferecer subsídios materiais ou um percurso real a ser perseguido para sua consecução.

Dessa forma, se buscou entender de qual forma seria possível estruturar uma federação de povos em um mundo demarcado, cada vez mais, pela formação de ilhas culturais entre e no âmbito de comunidades/sociedades/Estados-nação.

Nessa perspectiva, foi possível avaliar que a ideia de multiculturalismo emancipatório (interculturalidade) e a proposta da teoria da tradução, teriam um importante papel a ser desempenhado, especialmente, no que tange à criação de um horizonte de diálogo intercultural e tendo a perspectiva de educação da humanidade pautada nos valores onusianos, os quais, ainda, constituem um projeto a ser concretizado. Assim, problematizar que tipo de interconexões poderia ser estabelecido entre a configuração de um Direito Cosmopolita e a educação em direitos humanos.

Destaca-se que a perspectiva da educação em direitos humanos como uma prática de conscientização e de socialização cultural que atua diretamente: (i) na formação de sujeitos em nível individual e coletivo; (ii) nos processos de empoderamento; e (iii) na educação para o Nunca Mais. Uma educação que constitui uma prática central para a promoção de uma cidadania cosmopolita, apta a lidar com políticas interculturais globais que apontem para a construção de um cenário favorável em termos de configuração de um Direito Público da Humanidade no contexto de construção de um horizonte mais próximo da paz e da segurança.

REFERÊNCIAS

ANDUJAR, Antonio Hermosa. La Concepcion Kantiana de las relaciones internacionales. **Nueva Epoca: Revista de Estudios Políticos**, Madrid, v. 1, n. 64, p.163-189, jun. 1989. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27028.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (ASEAN). **ASEAN Human Rights Declaration.2013**. Disponível em:



<http://www.asean.org/storage/images/ASEAN_RTK_2014/6_AHRD_Booklet.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

ÁVILA, Flávia de. **Direito e direitos humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual**. Curitiba: Appris, 2014.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS (São Paulo). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público e um serviço comercializável**. Campina Grande: EDUEPB, 2018. 276 p.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O direito à educação na normativa internacional de proteção dos direitos humanos e sua regulação no ordenamento jurídico nacional: análise preliminar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Conpedi Law Review**, v.1, n.3, 2015.

BORGES, Maria Creusa de Araújo & FILHO, Galdino Toscano de Brito. À Guisa de Introdução: Reconhecimento da Diversidade e Educação em Direitos Humanos para a Convivência. In: BORGES, Maria Creusa de Araújo & FILHO, Galdino Toscano de Brito. **Educação, Direitos Humanos e Justiça Social**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, v. 2. 308 p.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. Princípios norteadores da educação em direitos humanos na instituição universitária. **Verba Juris**, ano7, nº 7, jan./dez 2008, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa, UFPB.

BRASIL. Decreto nº 678, de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 120, p.715-726, set. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10set. 2017.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (Org.). **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária (EDUEPB), 2007. p. 399-412.

GUEDES DE LIMA, Francisco Jozivan. As condições de possibilidade de efetivação da paz perpétua segundo Kant. **Revista Opinião Filosófica**, [S.l.], v. 1, n. 2, fev. 2017. ISSN 2178-1176. Disponível em:



<<http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/595>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

HABERMAS, Jürgen. La ideakantianade paz perpetua: Desde la distancia histórica de doscientos años. **Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política**, Madrid, v. 1, n. 16, p.61-90, jun. 1997. Disponível em: <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/184/184>>. Acesso em: 02 out. 2017.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. 17ª Ed. São Paulo: Loyola, 2008. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de Orlando Vitorino.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. De la paz perpetua al constitucionalismo cosmopolita. **Teorema: Revista Internacional de Filosofía**, Valencia, v. 23, n. 1, p.71-88, jan. 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1087930.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua**. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. Tradução de Bárbara Kristensen.

KRITSCH, Raquel. Estado, direitos do homem, constituição republicana e a construção de uma "federação de povos livres": à Paz Perpétua de I. Kant. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 1, n. 192, p.26-37, maio 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/36573/19143>>. Acesso em: 01 out. 2017.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Julio Fischer.

MAIA, Luciano Mariz; BORGES, Maria Creusa de Araújo Borges; FILHO, Antônio Eudes Nunes da Costa. O princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e o direito à educação intercultural indígena no Brasil. **Revista Jurídica**, Curitiba, Paraná, Unicuritiba, v. 55, abr./jun. 2019, p. 372-389.



ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 1982. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

PIM, Joám Evans. Paz e conflito no pensamento kantiano: uma aproximação efêmera para a paz perpétua. In: KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua**. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. p. 14-51.

POOLE, Hilary *et al* (orgs.). **Direitos humanos**: referências essenciais. Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROBERTSON, Roland. **Globalização** – Teoria Social e Cultural Global. Recife: Vozes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-461.

SANTOS, Boaventura Sousa. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Globalização – Fatalidade ou Utopia?** Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-71.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**. n. 39, p. 105-124. São Paulo: CEDEC, 1997.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Educação em/para os direitos humanos: entre a universalidade e as particularidades, uma perspectiva histórica. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al* (Org.). **Educação em Direitos Humanos**: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária (EDUFPB), 2007. p. 245-274.

ZICARI, Julián. Kant y el sueño de una paz perpetua: Surecepciónen los debates recientes Habermas, Huntington, Rawls, Negri y Hardt. **Question: Revista Especializada en Periodismo y Comunicación**, La Plata, v. 1, n. 51, p.156-169, set. 2016. Disponível em: <www.perio.unlp.edu.ar/question>. Acesso em: 02 out. 2017.

ZIZEK, Slavoj. Multiculturalism, or, the Cultural Logic of Multinational Capitalism. **New Left Review**, Londres, v. 1, n. 225, p.28-51, out. 1997. Disponível em: <<https://newleftreview.org/I/225/slavoj-zizek-multiculturalism-or-the-cultural-logic-of-multinational-capitalism>>. Acesso em: 02 out. 2017.



**LUTAS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: RESISTÊNCIA À OPRESSÃO
E DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM NORBERTO BOBBIO, HANNAH
ARENDT E HENRY THOREAU**

**SOCIAL STRUGGLES AND HUMAN RIGHTS: RESISTANCE TO
OPPRESSION AND CIVIL DISOBEDIENCE IN NORBERTO BOBBIO,
HANNAH ARENDT AND HENRY THOREAU**

André Luiz Valim Vieira ¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo geral o estudo da resistência à opressão e da desobediência civil como propostas de lutas sociais e representativas de direito humanos e fundamentais. Como objetivos específicos nos propomos a estudar esses elementos da resistência e da desobediência com os referenciais teóricos e metodológicos de Norberto Bobbio, Hannah Arendt e Henry David Thoreau. Esses pensadores em várias de suas obras se dedicam a criar os preceitos teóricos e as condições políticas necessárias para que as lutas sociais organizadas possam enfrentar regimes totalitários e alcançar formas legítimas e democráticas de governos e de controles de poder do governante. A partir das ideias de outros autores da resistência e da desobediência pretendemos entender a resistência à opressão com fundamento, *ex parte populi*, e a desobediência civil como direitos humanos ainda que não positivados na ordem internacional ou nos sistemas jurídicos internos das nações. Dessa forma, nas lutas contra Estados totalitários ou democráticos com ações ilegítimas se torna possível a conquista de objetivos coletivos a partir das lutas sociais.

Palavras-chave: resistência à opressão; desobediência civil; direitos humanos; Norberto Bobbio; Hannah Arendt.

Abstract: This article aims to study the resistance to oppression and civil disobedience as proposals for social struggles and representative of human and fundamental law. As specific objectives we propose to study these elements of resistance and disobedience with the theoretical and methodological references of Norberto Bobbio, Hannah Arendt and Henry David Thoreau. These thinkers in several of their works are dedicated to creating the theoretical precepts and political conditions necessary for organized social struggles to face totalitarian regimes and achieve legitimate and democratic forms of governments and government controls. From the ideas of other authors of resistance and disobedience we intend to understand the resistance to oppression on the basis, *former part populi*, and civil disobedience as human rights even if not positive in the international order or in the internal legal systems of nations. Thus, in the struggles against totalitarian or democratic states with illegitimate actions it becomes possible to achieve collective goals from social struggles.

¹ Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista. Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais) pela UNESP - Universidade Estadual Paulista. Advogado.



Keys-word: resistance to oppression; civil disobedience; human rights; Norberto Bobbio; Hannah Arendt.

Sumário: 1. Introdução. 2. A resistência à opressão e direito de resistência. 3. A desobediência civil. 4. Convergências entre os pensamentos de bobbio, arendt e thoreau. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral o estudo e compreensão dos institutos do direito de resistência juntamente com o fenômeno teórico e prático da desobediência civil. Como objetivos específicos procuramos entender e diferenciar o que seria o direito de resistência e a resistência à opressão; assim como o que se caracteriza como desobediência e seu modo de diferenciação da objeção de consciência; incluindo-se ainda quais elementos e pensamentos teóricos os individualizam tendo como referencial teórico e metodológico as obras de Norberto Bobbio, Hannah Arendt e Henry Thoreau.

Para isso, na primeira parte deste trabalho procuramos identificar os contornos do direito de resistência enquanto direito humano e fundamental e como os atos de resistência à opressão são métodos e práticas legítimos e juridicamente viáveis para enfrentamento de atos institucionais violentos, autoritários e opressores. Para isso se faz imprescindível o entendimento da perspectiva política de práticas sociais de resistência e organização política e social – de modo a encontrar efeitos jurídicos plenos – quando tomada sob uma perspectiva *ex populi* como identificada por Norberto Bobbio.

Em um segundo momento propomos a esclarecer o fenômeno da desobediência desde o seu aspecto histórico – com a proposta de Henry Thoreau no século XIX – e como essa proposta teórica de resistência encontra recepção no século XX e no século XXI a partir de uma perspectiva de direitos humanos identificadas por Hannah Arendt e por Celso Lafer, aluno e discípulo da filósofa alemã. Verificamos como a desobediência civil se apresenta como direito fundamental de aplicabilidade interna e igualmente como direito humano de reconhecimento internacional, desde que mediante práticas e organizações de lutas sociais não violentas, ou seja, sem a utilização de instrumentais de dor, sofrimento e terrorismos. Ainda com fundamento no pensamento arendtiano e como exposto por Lafer procuramos identificar eventuais diferenças e semelhanças entre a desobediência civil (enquanto prática individual ou coletiva) e a objeção de consciência individual.



Por fim, na última parte procuraremos demonstrar as convergências e similitudes entre os pensamentos de Noerberto Bobbio, Hannah Arendt e de Henry Thoreau sobre os temas do direito de resistência e da resistência à opressão (*ex parte populi*); da desobediência civil e seu direito humano e fundamental de prática e teorização enquanto formas de exercício por sujeitos de direitos e cidadãos ou por uma coletividade politicamente organizada.

2 A RESISTÊNCIA À OPRESSÃO E DIREITO DE RESISTÊNCIA

A violência têm sido uma personagem presente em todos os acontecimentos humanos ao longo da história. Ao analisar a trajetória dos conflitos bélicos no século XX, Hannah Arendt nos alerta que “[...] o progresso técnico dos instrumentos da violência alcançou agora o ponto onde objetivo político algum poderia corresponder ao seu potencial de destruição ou justificar o seu emprego real em conflitos armados”². E, inversamente do que se antes se esperava ao fim de uma guerra e ao emprego da violência, após a Segunda Guerra Mundial, não teve como resultado a paz razoável e durável. Sucederem-se diversas outras guerras, seja na explosão do uso da violência seja em conflitos internos dos Estados e na dinâmica internacional.

Por essas razões reitera a pensadora alemã:

Hoje em dia todas essas antigas verdades sobre o relacionamento entre a guerra e a política ou sobre a violência e o poder tornaram-se inaplicáveis. À 2ª Guerra Mundial não se seguiu a paz, mas sim uma guerra fria e o estabelecimento do complexo militar-industrial.³

Inversamente, quando se fala em de resistência à opressão ou direito de resistência – identificamos direitos individuais de cunho político e diretamente ligado às liberdades civis – configurando-se como direitos fundamentais. Busca-se o reconhecimento do direito, resiste-se à opressão ilegal ou inconstitucional, porém, vale-se de outras armas que não a violência ou o sofrimento, mas sobretudo, instrumentos libertadores e não opressores como aqueles sob os quais se confronta.

A resistência à opressão se diferencia da oposição à lei injusta por suas características de materialidade. A resistência somente se mostra possível mediante a negação de cumprimento. Exige ações concretas e físicas que se direcionam para a clarificação da opressão praticada

² ARENDT, Hannah. **Da violência**. Tradução: Claudia Drummond Trindade. Brasília: UnB, 1985, p. 01.

³ Idem, p. 08.



quando no cumprimento da lei ou na execução de determinada medida de comando. Assim, sendo a medida violenta ou de legalidade uma opressão atentatória aos direitos humanos, de forma infundada ou sem bases reais, sua resistência é prática legítima e digna.

Nesse sentido, é magistral a fala de um dos grandes constitucionalistas brasileiros do século XX, Pinto Ferreira, quando discorre que, “[...] se, apesar das garantias estabelecidas, para assegurar o respeito e a aplicação do direito pelo Estado, houver violação do direito, diz-se, segundo a terminologia das declarações de direitos que há opressão”⁴. Essa opressão sob a forma violenta pode resultar de diversos atores e tem por alvo diversas vítimas. Contudo, a relação estabelecida pela violência entre opressores e oprimidos contém, em maior ou menor grau, uma sujeição estabelecida pelo poder. Esse poder pode ser o exercido conforme as normas jurídicas positivas ou mesmo ao avesso, pela ilegalidade.

Celso Lafer utiliza a questão da afirmação histórica dos direitos humanos ao afirmar que o tema da resistência à opressão por meio da desobediência à lei injusta, a partir do pensamento de Bobbio, pode ser analisado com base na distinção entre a perspectiva *ex parte principis* e *ex parte Populi*.⁵ Assim, sob o ponto de vista dos governantes e do pensamento político de manutenção e legitimação do poder do governante os súditos ou cidadãos devem obediência às leis emanadas do soberano. Todavia, sob a perspectiva *ex parte populi* e os teóricos da liberdade o dever de resistência à opressão se destaca perante o dever de obediência.

O direito de resistência é, portanto, a consequência de uma crise no estado da sociedade civil, que fere a liberdade tornando possível a reversão provisória ao estado da natureza (...). A regeneração do Estado e da sociedade civil, nestas hipóteses, transita pela resistência e pela desobediência, ou seja, pelo direito natural dos homens de não se deixarem oprimir pelos governantes.⁶

O direito de resistência ou a resistência à opressão são relevantes medidas contra qualquer ordem que se mostre injusta, ilegal ou ilegítima. Sua conformação com as práticas pacifistas extrai a sua utilização sem qualquer tipo de violência. Diferencia-se, ainda, da passividade ou da inércia justamente por representar uma força contrária à força e à violência do Estado. Segundo Machado Paupério:

⁴ PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**, v. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 679.

⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 187.

⁶ *Idem*, p. 190.



A resistência à opressão adquire, assim, características de autêntica proteção da ordem estabelecida, deixando de ser o ataque insólito contra autoridade que o individualismo libertário fomenta e desenvolve. Constitui, na verdade, a última instância da sociedade contra a arbitrariedade dos governantes.⁷

O Estado Liberal e sua posterior passagem ao Estado Democrático tiveram por uma das consequências mais notáveis a regulamentação da vida em todas as perspectivas. Enquanto o sistema econômico se regularia por leis de mercado sem interferência estatal no sistema político temos – juntamente com o surgimento de diversos direitos e sua positivação em normas jurídicas estatais – a previsão de sistemas legais herméticos e fechados. Toda a vida do Estado, da sociedade e do cidadão passa pela Constituição. Esta antes o resultado final de um procedimento popular de insurreição contra governos autoritários e de limitação de poderes; agora, passa a se revelar a matriz inicial de toda sociedade política. Assim, ao mesmo tempo em que normatiza e prevê direitos, limita-os e impossibilita exercícios de outros que não previstos nas Magnas Cartas.

Enquanto o século XVIII e XIX possibilitava a ausência de constituições de direitos ao mesmo tempo a insurgência contra os desmandos ou eventuais injustiças se faziam no seio da sociedade organizada pela resistência à opressão. Contudo, quanto maior a afirmação de sociedades centradas na Constituição, inclusive com limitação de todos os demais poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; maior a limitação também do poder popular e do povo, principalmente contra atos de discordância ou de desobediência. Nesse *locus*, qualquer ato de resistência ou rebeldia possibilitaria ao Estado a decretação de exceções legais, inclusive com a suspensão de direitos fundamentais, de modo a resguardar e retornar a situação de conflito.

Então, os atos de resistência e desobediência devem ser somente àqueles autorizados no sistema político e jurídico, por exemplo: o direito de petição (art. 5º, da nossa Constituição Federal), direito de recorrer a medidas judiciais (art. 5º, XXXV) ou a denúncia por abuso de autoridade, ou mesmo a *nottitia criminis* processual penal. Segundo Bobbio, ao atender as demandas da burguesia na regulamentação de forma a limitar e delimitar o poder tradicional:

Dado que essas demandas foram feitas em nome ou em forma de direito à resistência ou à revolução, o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode bem ser chamado de processo de “constitucionalização” do direito de resistência e de revolução.

⁷ PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 21-22.



Os institutos através dos quais se obtém este resultado podem ser distinguidos com nos dois tradicionais modos através dos quais se acreditava viria a degeneração do poder: o abuso no exercício do poder (o *tyrannus quoad exercitium*) e ausência de legitimação (o *tyrannus absque titulo*).⁸

É de se considerar ainda a afirmação de Celso Lafer ao relatar que as anteriores consagrações legislativas do direito à resistência desapareceram posteriormente do Direito Positivo.⁹ Enquanto diversos outros direitos humanos foram afirmados e positivados nas declarações de direitos e outros instrumentos jurídicos o direito à resistência fora esquecido pelo pensamento jurídico-filosófico do século XIX. Conclui o autor isso ser resultado da identificação da justiça com a lei.

Há ainda ser imperioso a separação entre a resistência e a contestação. Embora ambos se conjuguem em atos de oposição ao sistema legal e de poder a contestação se apresenta como um ato contrário à aceitação, todavia, mostra-se condizentes com comportamentos de crítica social aos “*modelos culturais gerais*”¹⁰ do que necessariamente comportamentos de ruptura e de crise como se presta à resistência. Nas palavras do jusfilósofo italiano:

Sendo contrária à obediência, a resistência compreende todo comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que coloque em crise o sistema por seu próprio produzir-se, como acontece em um tumulto, em uma sublevação, em uma rebelião, em uma insurreição, até o caso-limite da revolução; coloca-o em crise, mas não o coloca necessariamente em questão.¹¹

Na estruturação dos Estados jurídicos modernos a partir de um prisma do positivismo o Estado passa a senhor da vida e da morte.¹² Logo, a produção de normas jurídicas voltadas aos interesses dos sistemas de governos e detentores do poder faz com que as regras de obediência e punição sejam superestimadas. As Constituições passaram então à valorização equânime entre os direitos fundamentais e os instrumentos de controle e repressão. Afirma Paupério:

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e a lição dos clássicos**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000, p. 256.

⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 191.

¹⁰ LAVAU, Georges. La constestazione politica. *Apud* BOBBIO, Norberto. P. 254.

¹¹ *Idem*, p. 253-254.

¹² O Estado enquanto senhor do destino da vida da nação e do sujeito humano ou o *homo sacer* que nas palavras de Agambem é: “[...] aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida humana matável e sacrificável: o *homo sacer* [...]”, pois, afinal, “[...] um direito que pretende decidir sobre a vida toma o corpo em uma vida que coincide com a morte.” (AGAMBEN, Giorgio. 2007. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 91).



Mesmo no caso de algum texto legislativo consagrar a resistência à opressão como direito, de pouco ou nada valeria tal consagração. De fato, nenhum governo admitirá que exerce a opressão. Assim sendo, de modo algum apoiará a resistência que porventura se ofereça às suas atitudes. Dessa forma, mesmo que a lei o reconheça, jamais é o chamado direito de resistência garantida pela força coativa do governo. Assim, a faculdade de resistir à opressão não pode apoiar-se na força do governo.¹³

Se a resistência não encontra sustentação nas normas jurídicas expressas em âmbito interno e nem no governo, é no reconhecimento social que sua construção irá se fortalecer. Enquanto não há o reconhecimento pela legislação ou pela jurisprudência do direito de resistir aos mandos ilegais ou prejudiciais, embora seja possível a identificação de concordantes teóricos e doutrinários, sua prática vai se evidenciar como legítimo sob o postulado *ex parte populis* [da parte do povo]. Na opinião de Nery Costa:

É uma incongruência, que a resistência e o recurso à força possam ser garantidos por uma norma positiva. Isso não quer dizer, que a sociedade não tenha a faculdade de resistir ao governo, quando arbitrário. A consagração da resistência à opressão em um texto legislativo, perde consistência porque jamais um governo admite que seja opressivo, não apoiando de modo algum a resistência que se possa oferecer à sua atitude. A teoria da resistência é uma categoria jurídica que faz parte dos direitos de cidadania, que perde conteúdo quando positivado.¹⁴

O direito de resistir ou impor resistência a mandos de natureza ilegal ou a ordens socialmente ilegítimas que possam causar opressão e sofrimento à sociedade ou a sujeitos individualmente considerados se denota, pois, como medida razoável e juridicamente possível. Não significa em ato de desobediência penal ou contra determinadas autoridades juridicamente competentes; senão, em medidas de enfrentamento que tem como alvos a contestação de escolhas políticas dos governantes ou contra a estrutura jurídico-político de determinadas instituições que sob o manto da legalidade acabam por causar a supressão de direitos individuais ou sociais de modo ilegítimo ou sem apoio da comunidade.

Nas palavras de Celso Lafer:

Estas tendências multiplicaram as possibilidades da opressão e recolocaram na ordem do dia o tema da resistência, que não se volta mais, como no paradigma do Direito Natural, contra uma pessoa – pois não é abatendo o tirano que se instaura a liberdade – mas, sim

¹³ PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 243.

¹⁴ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 21.



contra um “sistema”. Na análise da resistência e da contestação a um “sistema” é preciso rastrear as origens da crise da legitimidade da legalidade e da identificação da justiça com a lei, nas quais, no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito, se procurou fundamentar o dever de obediência à lei.¹⁵

A lógica do direito de resistência e, por consequência, a resistência à opressão política e institucional praticada pelos governantes ou instituições estatais como todo direito de matriz fundamental encontra reconhecimento normativo internacional em regras de *jus cogens* ou mesmo em previsões de normas *soft law*. Ocorre, contudo, que mesmo a resistência á opressão e o direito de resistir se apresentam como conteúdos relativos cujo reconhecimento social não encontra legitimidade ou juridicidade ante a atos de violência ou que possam causar terrorismo. Por essas e outras que:

A resistência à opressão, baseada no terrorismo político, tem sido considerada ilícita pelo Direito Internacional Público, o que se explica não só em função dos direitos humanos dos inocentes, violados pelas suas técnicas, mas também porque o terrorismo político contesta a lógica do sistema interestatal, que confere aos Estados o monopólio dos meios da violência.¹⁶

Logo, ambas matizes de direito fundamental – direito de resistência e a resistência à opressão – quando aplicadas nos limites dos Estados nacionais e internamente contra governantes ou instituições; assim como quando aplicadas em espaço internacional se caracterizam como medidas juridicamente possíveis e socialmente aceitáveis quando praticadas sem violência. A resistência à opressão ilegal ou inconstitucional e mesmo o direito de resistir contra práticas atentatórias de direitos humanos fundamentais não se coaduna, portanto, com práticas de violência ou de terrorismo, jamais.

3 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A materialização do direito de resistência encontra exemplo histórico, no século XIX, com a teoria da desobediência civil a partir das formulações de Henry David Thoreau propondo práticas de desobediência como formas de protesto e de manifestação política contra injustiças e

¹⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 193.

¹⁶ *Idem*, p. 199.



arbitrariedades. Tais métodos de resistência centrados na desobediência influenciaram diretamente a doutrina filosófica de muitos ativistas e personalidades históricas do século XX.¹⁷

A proposta de Thoreau escrita em uma pequena monografia em seus tempos na prisão, publicada em 1849, que procurava evidenciar os motivos e fundamentos pelos quais os cidadãos deveriam se opor à decisão dos governantes. No caso específico do ativista norte-americano, sua insurgência se dera em contestação à iniciativa dos Estados Unidos de uma guerra contra o México. Em razão do conflito, o governo efetuou um grande aumento na cobrança de impostos, justamente com o intuito de financiar seu intento belicoso.

Argumentava Henry Thoreau não ser desejável a qualquer pessoa ou cidadão – a quem ele chama de súdito – cultivar respeito pela lei igual ao que se nutria pelo direito. A lei seria manipulável pelos governantes com o propósito de fazer com que os súditos realizassem ações as quais não desejam, como entrar em guerra. O respeito à lei poderia levar o cidadão a agir contra sua própria consciência, contra sua vontade, contra seu bom-senso.

Por essa razão, dizia que “[...] a lei nunca tornou os homens mais justos, no mínimo que fosse; e, por via de seu respeito a ela, mesmo os de boas disposições veem-se diariamente convertidos em agentes da injustiça”¹⁸. Mesmo aqueles que se apresentam no *front* de batalha, servindo e marchando em propósitos de guerra, estariam tão apenas seguindo a lei e obedecendo a ordens. Porém, todos teriam inclinações pacíficas.

São eles apenas pessoas que devem seguir os ditames da lei e cujas vidas podem ser sacrificadas em prol do Estado. Segundo Thoreau, “a maioria dos homens serve ao Estado dessa maneira, não como homens de fato, mas como máquinas, com seus corpos”¹⁹. Esses homens não poderiam usar de suas consciências, não haveria livre raciocínio nem liberdade em seu senso moral.

A crítica de Thoreau ao governo estadunidense reside em sua inconformidade com a realização de uma guerra injusta e desnecessária; e, igualmente com a manutenção do sistema escravagista. Como ativista e defensor da liberdade, proclamava a direção das ações sob imperativos morais acima das exigências legais. Afirmava que “[...] todos os homens reconhecem o direito de revolução, isto é, o direito de recusar obediência ao governo, e resistir-lhe, quando

¹⁷ ACKERMAN, Peter; KRUEGLER, Christopher. **Strategic nonviolent conflict**: the dynamics of people power in the twentieth century. Praeger, 1994.

¹⁸ THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 19.

¹⁹ Idem, p. 20.



ele se revele despótico ou sua ineficiência seja grande e intolerável”²⁰. Logo, para não agir em favor das injustiças que se exorta o descumprimento da lei.

Compreender então a desobediência civil²¹ como um direito de resistência centrado em um poder inerente a cada indivíduo e manejável por grupos coletivos – enquanto direito humano fundamental e uma das faces do direito à liberdade – revela-se com um grande potencial de conquistas contra a violência institucionalizada pelo Estado, enquanto ente soberano, através de seus instrumentos de controle: polícia, judiciário, entre outros.

Desse modo, a desobediência civil poderia se construir a partir de duas ações específicas: tanto em um fazer ilícito, como em uma omissão ilícita à norma opressora. Para Maria Garcia a desobediência civil mais do que uma possibilidade ou uma garantia de resistência frente ao poder lícito, porém, injusto ou ilegítimo é um direito fundamental com amplo fundamento nas teorias políticas e nas normas de direitos humanos. Seria a desobediência civil:

[...] a forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato da autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação.²²

A prática da resistência e da desobediência somente se legitimam ao denotar, diametralmente oposta e contrária, às práticas violentas dos poderes instituídos e contra os quais se confrontam. Assim, a não-violência qualifica e adjetiva estas práticas políticas de enfrentamento demonstrando seu potencial de grande transformação. A resistência à opressão baseada nas técnicas da violência contrapõe-se à resistência apoiada na não-violência, merecendo destaque todo especial a desobediência civil.²³

Para Celso Lafer a desobediência civil como formulada por Thoreau pode ser compreendida como direito humano de primeira geração.²⁴ Ainda segundo ele, a desobediência

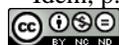
²⁰ Idem, p. 21.

²¹ “Esta transgressão à norma, na desobediência civil, é vista como cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validade universal e absoluta, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica.” (LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 200).

²² GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: Direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 293.

²³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 199.

²⁴ Idem, p. 200.



civil visa a demonstrar a injustiça da lei através de uma ação que almeja a inovação e a mudança da norma através da publicidade do ato de transgressão.

Em síntese, creio que se pode dizer que a desobediência civil, no século XX, conserva de Thoreau o caráter predominantemente não-violento da resistência individual à opressão e à injustiça, e de Gandhi a dimensão de uma ação de grupo, que se exprime através de uma resistência coletiva, afirmada eticamente através da convergência entre os meios e fins.²⁵

Já segundo o pensamento de Evaldo Vieira:

A desobediência civil representa a desobediência dos cidadãos em sua sociedade, diante de certas condições ou de diversas leis, em particular porque elas os ofendem, elas os agridem. São pessoas atuando como cidadãos, isto é, como indivíduos possuidores de direitos e de obrigações perante o Estado.²⁶

Compreender então a desobediência civil como um direito de resistência centrado em um poder inerente a cada indivíduo e manejável por grupos coletivos – enquanto direito humano fundamental e uma das faces do direito à liberdade – se revela com um grande potencial de conquistas contra a violência institucionalizada pelo Estado, enquanto ente soberano, através de seus instrumentos de controle: polícia, poder judiciário, entre outros.

Novamente Vieira esclarece que:

A desobediência civil descobriu um único meio de lutar contra os fiéis adoradores da força bruta. Este único meio consiste em inventar e em aplicar táticas inteiramente diferentes das cultivadas pelos violento. Elas não nasceram do nada. São táticas de nasceram de profundas meditações sobre o inestimável valor da vida, e tomam sentido contrário a qualquer manifestação violenta. [...] A desobediência civil escolhe definitivamente o repúdio à violência e à injustiça, mesmo com os sérios riscos decorrentes deste ato.²⁷

Desse modo, a desobediência civil poderia se construir a partir de duas ações específicas: tanto em um fazer ilícito, como em uma omissão ilícita à norma opressora. Para Maria Garcia, a desobediência civil mais do que uma possibilidade ou uma garantia de resistência frente ao poder

²⁵ Idem, p. 201.

²⁶ VIEIRA, Evaldo. **O que é desobediência civil**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 08.

²⁷ VIEIRA, Evaldo. **O que é desobediência civil**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 20.



lícito, porém injusto ou ilegítimo, é um direito fundamental com amplo fundamento nas teorias políticas e nas normas de direitos humanos. Seria a desobediência civil para a autora:

[...] a forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato da autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação.²⁸

A desobediência civil como idealizada por Thoreau não exigiria uma prática coletiva de manifestação ou de resistência. Caberia em manifestações individuais ou mesmo isoladas. Ainda que não houvesse a adesão coletiva ou de uma pluralidade de pessoas, a desobediência seria capaz de ser uma ação de exemplo aos demais na mesma medida de possibilitar satisfação íntima do sujeito em coerência com seu pensamento. Suas falas seguem essa linha argumentativa de valorização de toda forma de desobediência civil, ainda que isoladas ou particulares, quando proclama que “jamais haverá um Estado realmente livre e esclarecido enquanto o Estado não venha a reconhecer o indivíduo como o poder mais alto e independente, do qual se origina todo o seu próprio poder e autoridade [...]”²⁹.

Diametralmente, outros autores mais modernos justificam a necessidade de a desobediência civil conformar um grupo coletivo de ação. Caso isso não acontecesse, estaríamos perante a objeção de consciência. Nery Costa entende que:

A desobediência civil é ato normalmente coletivo. Os grupos exercem pressão mais eficiente para modificar as leis ou as práticas governamentais, clamando por uma maior rapidez para a solução do impasse. Mas isto não impede que seja cometida por um indivíduo isolado, como na objeção de consciência.³⁰

Nessa mesma linha argumentativa da objeção de consciência como uma desobediência civil de caráter isolado e individual, temos, segundo Lafer, que:

Hannah Arendt, neste sentido, sublinhando a dimensão pública da desobediência civil, que ela nunca é um ato isolado de um indivíduo, mas sempre uma ação de grupo. O seu momento inicial resulta de minorias organizadas, unidas por uma opinião comum, que tomam a decisão de se opor a leis ou políticas governamentais percebidas como injustas, ainda que estas tenham o apoio da maioria. É a ação conjunta, baseada no acordo, que dá

²⁸ GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: Direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11.

²⁹ THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 46.

³⁰ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 46.



credibilidade à desobediência civil, independentemente da maneira como as pessoas chegaram, individualmente, às suas conclusões.³¹

Outra questão de destaque é que a prática da resistência e da desobediência somente se legitimam ao se denotar diametralmente oposta e contrária às práticas violentas dos poderes instituídos e contra os quais se confrontam. Assim, a não-violência qualifica e adjetiva essas práticas políticas de enfrentamento, demonstrando seu potencial de grande transformação. A resistência à opressão baseada nas técnicas da violência se contrapõe à resistência apoiada na não-violência, merecendo destaque todo especial a desobediência civil.³²

Costa afirma que “[...] a possibilidade de desobedecer às leis consistia num instrumento essencial da cidadania, porque procurava modificar, pacificamente, a legislação e a prática governamentais.”³³. A desobediência civil para ser correta e completa precisa do agregado ativo e consciencial da não-violência. Desobediência civil enquanto meio de resistência e direito de cada pessoa e do grupo coletivo de cidadãos não comporta sua utilização através de atos de violência ou que causem dor ou sofrimento ao outro.

Ao confrontar e resistir ao Estado opressor, injusto ou violento, por meio da desobediência civil, o indivíduo exerce um direito fundamental. Não significa atividade subversiva, paramilitar ou com emprego de armas, pois assim se desnatura o real sentido das lutas sociais e se concede justificativa às ações estatais repressoras e aos sistemas de controle e perseguição penal.

Não significa também um descontentamento geral contra tudo, pois desse modo também se perde o verdadeiro desiderato. É preciso a manifestação pública e com conhecimento amplo e irrestrito dos motivos e fundamentos da desobediência. Necessário se faz o esclarecimento das razões e justificativas da resistência frente às causas da opressão.

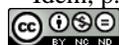
A desobediência civil é uma oposição a determinadas leis ou práticas governamentais injustas, e não ao ordenamento jurídico como um todo.³⁴ Embora possa parecer aos olhos mais desatentos, o direito de resistência e a desobediência civil como instrumentos que se assemelham

³¹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 232.

³² Idem, p. 199.

³³ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35.

³⁴ Idem, p. 39.



à lógica dos argumentos populares e de luta dos trabalhadores contra o sistema capitalista são caminhos bem diferentes.

Aplicar e exercitar a desobediência civil e do direito de resistência pode parecer aos incautos a advocacia em favor da revolução, o que não denota verdade. A revolução consiste em uma modificação fora dos quadros constitucionais vigentes do Direito e Estado normalmente se valendo de meios violentos.³⁵ A desobediência não consiste em uma desconformidade geral, ilimitada e irrestrita contra o sistema político ou contra o ordenamento jurídico por completo. Significa mais uma medida política de insatisfação e inconformidade manifestada publicamente com seus fundamentos e dispositivos.

A distância entre o Direito formalmente válido e a realidade social não significa, no entanto, que a desobediência civil possa ser considerada como uma variante adicional da crescente conduta ilícita. Em outras palavras, não é a falta de durabilidade da lei, na incompetência da polícia, na inépcia do sistema carcerário e na inadequação do Judiciário que se radica a desobediência civil.³⁶

Para muitos a desobediência civil seria uma forma de objeção de consciência. Contudo, como explica Celso Lafer a partir do pensamento de Hannah Arendt essa questão não está ligada às questões morais e de foro íntimo, portanto, de natureza privada. Mas sim à esfera pública de deliberação, pois:

Entretanto, não é na consciência individual e numa filosofia de subjetividade que se fundamenta a desobediência civil. O desejo de ser bom está na esfera do privado e corresponde a uma legítima preocupação com o próprio ser. Entretanto, na ação política a preocupação não é com o *eu*, mas com o *mundo* e, portanto, na esfera do interesse público é que se coloca o tema da desobediência civil, enquanto expressão do direito de resistência à opressão.³⁷

A insistência e sua obstinação por criar alguma medida real que demonstrasse sua rejeição pelas escolhas políticas dos governantes levam o pensador libertário a projetar a desobediência como uma ação prática e racional. Afinal, em seu entender, “[...] há milhares que, opinativamente, se opõe à escravidão e à guerra e que, no entanto, nada fazem para pôr lhes um

³⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 1991, p. 223.

³⁶ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 227.

³⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 231.



fim”³⁸. Essas ações que centralizariam em um primeiro momento a insatisfação do cidadão com aquilo que lhe obrigam, e, ainda, com a recusa ao oferecimento de seus préstimos do governo e suas iniciativas, são os pontos primordiais da desobediência civil.

Vieira afirma que, “[...] na realidade, a desobediência consiste em não se sujeitar à vontade, à autoridade de outras pessoas ou simplesmente não ceder às suas decisões”³⁹. A desobediência civil não é a negação da autoridade, mas sim a negação da prática daquilo que se é determinado pela autoridade e por conseguinte por determinação da lei contra qual se contesta e se insurge com a desobediência.

Novamente gravitando seu pensamento em torno das propostas de Hannah Arendt o jurista Celso Lafer expõe que:

Observa Hannah Arendt, neste sentido, sublinhando a dimensão pública da desobediência civil, que ela nunca é um ato isolado de um indivíduo, mas sempre uma ação de grupo. O seu momento inicial resulta de minorias organizadas, unidas por uma opinião comum, que tomam a decisão de se opor a leis ou políticas governamentais percebidas como injustas, ainda que estas tenham o apoio da maioria. É a ação conjunta, baseada no acordo, que dá credibilidade à desobediência civil, independentemente da maneira como as pessoas chegaram, individualmente, às suas conclusões.⁴⁰

Qualquer resistência e desobediência, quando utilizada por instrumentos violentos, passa a se igualar ao opressor, porém este possui o amparo da legalidade e o controle dos veículos estatais de repressão. A desobediência civil integra parcela da natureza de direitos fundamentais e individuais irreprimíveis do cidadão. Sua liberdade o condiz à prática e sua fundamentação, quando manejada como inconformidade social, demonstra a ilegitimidade do governante perante aquilo que se desobedece civilmente.

Na argumentação de Thoreau se encontra a ideia de que, “[...] se mil homens se recusassem a pagar seus impostos este ano, isso não seria uma medida violenta ou sangrenta, como seria pagá-los e capacitar o Estado a cometer violências e a derramar o sangue inocente”⁴¹. Concluindo ser esta, na realidade, a definição de uma revolução pacífica. Para ele, custa-se menos incorrer nas penalidades de desobediência ao Estado do que simplesmente obedecê-lo incontestemente. A prática da desobediência civil, portanto, apresenta também dificuldades e prejuízos,

³⁸ THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 23.

³⁹ VIEIRA, Evaldo. **O que é desobediência civil**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 08.

⁴⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 232.

⁴¹ THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 31.



mas muito menores do que o cumprimento daquilo que não se concorda. Seguindo nessa mesma linha de raciocínio que:

Neste sentido, o tratamento que dá à desobediência civil não foge às características da reflexão contemporânea sobre a resistência à opressão, que desloca a discussão do plano jurídico para o plano político. A sua originalidade reside na demonstração de que os meios violentos são inadequados porte destrutivos do poder e da autoridade, de que o caminho para se evitar esta destrutividade reside na própria ação política, da qual a desobediência civil é uma expressão possível em situações-limite.⁴²

4 CONVERGÊNCIAS ENTRE OS PENSAMENTOS DE BOBBIO, ARENDT E THORAU

A partir das premissas teóricas e metodológicas anteriormente expostas conseguimos compreender que o direito de resistência e a desobediência civil são instrumentos políticos, coletivos, públicos – ainda que não juridicamente ou positivamente expressos – desde não violentos que se destinam à implementação e realização de lutas sociais para garantia de direitos humanos e fundamentais. Além de possibilitar a desconstrução de Estados totalitários ou mesmo de Estados formalmente democráticos, isto é, com mera aparência de igualdade tão somente no aspecto da lei sem, contudo, capaz de garantir instrumentos e ferramentas políticas, sociais e econômicas de isonomia material e real.

O direito de resistência, na visão de Norberto Bobbio, pode nascer quando o poder exercido pelo Estado e pelo governante ultrapassa os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Em situações de ilegalidade, ou de abuso de poder por parte dos detentores desse poder e da violência, é possível a busca de soluções jurídicas: *habeas corpus*, mandado de segurança e outros remédios constitucionais; desvelando-se a resistência e o seu exercício como direito em freio às ações violentas desvirtuadas.

A possibilidade de resistir à opressão em situações de legalidade, ou seja, quando o exercício do poder do soberano e do Estado se realizam nos limites das previsões normativas jurídicas não é algo inimaginável. Como relata o pensador italiano Bobbio, ainda que aja conforme os mandamentos da legalidade, é a resistência à opressão uma solução para as medidas exercidas com ausência de legitimidade. Quando ainda que realizada pela legalidade, a atuação

⁴² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 235.



da violência estatal pode apresentar consequências ou formas que prejudicam o plano de convivência social e de cidadania.

A resistência à opressão seria então uma forma coletiva de demonstração de inconformidade e inconcordância com a lei e as ações dos poderes constituídos. O dever de obediência às leis e ordens pode ter aspectos *ex parte principis* [da parte do príncipe] ou *ex parte populis* [da parte do povo], segundo as expressões de uso bobbio. A legitimidade como critério hierárquico de determinação poderia se fundamentar, assim, sob a perspectiva governante ou do povo. Para os teóricos da liberdade, o dever de resistência à opressão se destaca perante o dever de obediência, por residir no primado do poder social.

O direito de resistência surgiria então como uma alternativa não-violenta quando o poder exercido pelo Estado e pelo governante ultrapassasse os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Logicamente, isso significaria o uso da violência pelo governante e a escolha de alternativas por parte da população.

Ainda que aja conforme os mandamentos da legalidade, é a resistência à opressão uma solução para as medidas exercidas contra a ausência de legitimidade. As práticas não violentas, quando se valem do direito de resistência, serve aos domínios da política e da ação social organizada. Mesmo não encontrando no direito regras a autorizar a resistência, é na política que as práticas da oposição se tornam factíveis.

Como teorizado por Hannah Arendt e compartilhado por Celso Lafer enquanto na objeção de consciência há apenas sujeitos particulares, a resistência à opressão seria uma prática coletiva. Embora a grande maioria das constituições contemporâneas, mesmo as mais democráticas, não reconheçam juridicamente o direito de resistência. Resistir à opressão representa uma medida de ação política que pode ou não encontrar conformidade no domínio da permissão jurídica ou da penalização.

A desobediência civil, em outra medida, pode significar uma medida de enfretamento e oposição ao Estado e aos governantes de forma individual ou coletiva. Henry Thoreau, como um dos primeiros teóricos da desobediência civil, propunha práticas de desobediência como formas de protesto e de manifestação política contra injustiças e arbitrariedades. Assim, a desobediência é a defesa do desrespeito e descumprimento das leis emanadas do Estado.



Isso porque, a lei seria manipulável pelos governantes com o propósito de fazer com que os súditos realizassem ações as quais não desejam, como entrar em guerra ou realizar o serviço militar. O respeito à lei poderia levar o cidadão a agir contra sua própria consciência, contra sua vontade, contra seu bom senso e contra seus concidadãos. A desobediência seria uma forma pacifista de não agir em favor das injustiças, exortando-se assim o descumprimento da lei.

A desobediência civil poderia se construir a partir de duas ações específicas: tanto em um fazer ilícito, como em uma omissão ilícita à norma opressora. Conforme outros pensadores, mais do que uma possibilidade ou uma garantia de resistência frente ao poder lícito, porém, injusto ou ilegítimo, a desobediência civil consistiria em um direito fundamental com amplo fundamento nas teorias políticas e nas normas de direitos humanos. Para outros, contudo, desobediência civil deve ser coletiva; senão, apenas seria objeção de consciência.

A desobediência não consiste em uma desconformidade geral, ilimitada e irrestrita contra o sistema político, ou contra o ordenamento jurídico por completo, tendo seus alvos e justificativas, seus argumentos e suas condições. Havendo direito de resistência, então, somente se é legitimamente e socialmente exercitável mediante práticas não-violentas. O direito de resistência e a desobediência civil são instrumentos políticos, coletivos, públicos – ainda que não juridicamente ou positivamente expressos – de ações e práticas de não violentas visando à garantia de direitos e exercício no âmbito interno ou na esfera da sociedade internacional de direitos humanos, os mais fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Peter; KRUEGLER, Cristopher. **Strategic nonviolent conflict: the dynamics of people power in the twentieth century**. Praeger, 1994.

AGAMBEN, Giorgio. 2007. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah. **Da violência**. Tradução: Claudia Drummond Trindade. Brasília: UnB, 1985.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e a lição dos clássicos**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000.



COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: Direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**, v. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

TEIXEIRA, José Horácio Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 1991.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

VIEIRA, Evaldo. **O que é desobediência civil**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984.



OBRIGAÇÕES POSITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

POSITIVE OBLIGATIONS IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW: PERSPECTIVES FOR EFFECTIVENESS OF THE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Paula Uematsu Arruda¹

Resumo: A Corte Europeia de Direitos Humanos, através do desenvolvimento dos seus julgados, interpreta e aplica os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos usando a dogmática dos deveres de respeitar, proteger e promover. Utiliza também o critério do balanceamento como forma de conciliar o cumprimento dos Estados Partes da Convenção para com as normas estabelecidas, sem desrespeitar o limite democrático, o que confere legitimidade às suas decisões. Todo esse aparato decisório contribuiu para proporcionar efetividade aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais presentes na Convenção.

Palavras-Chave: Obrigações Positivas. Corte Europeia de Direitos Humanos. Balanceamento. Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Abstract: Through the development of its case law the European Court of Human Rights interprets and applies the rights established in the European Convention on Human Rights using the theory of the duties to respect, protect and promote. The Court also uses the balancing criteria in order to reconcile the compliance of the States parties with the norms established in the European Convention on Human Rights without disrespecting the democratic limit, which gives legitimacy to their decisions. This decision-making apparatus contributed for the effectiveness of the Economic, Social and Cultural Rights.

Keywords: Positive Obligations. European Court of Human Rights. Just Balance. European Convention on Human Rights.

Sumário: 1 Introdução. 2. Histórico da proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema europeu de direitos humanos. 3. O desenvolvimento da dogmática dos deveres/obrigações dos direitos humanos. 4. Considerações sobre a justiciabilidade das obrigações positivas. 5. Conclusão. Referências. Jurisprudência e textos normativos.

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa. Advogada. E-mail: paulauematsu@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6602987216953839>; ORCID <http://orcid.org/0000-0002-7063-619X>



1 INTRODUÇÃO

Ao longo do processo de desenvolvimento dos sistemas internacionais dos direitos humanos, um grau de proteção menor foi conferido aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), categorizados como direitos de segunda geração, em relação aos direitos civis e políticos, denominados de direitos de primeira geração. A teoria geracional dos direitos humanos (MARSHALL, 1950, p.14-28; VASAK, 1977 p. 29), aceita por parte da doutrina, baseia-se na suposição de que os direitos de primeira geração mereceriam uma proteção mais eficaz que os da segunda geração no seio do ordenamento jurídico internacional de proteção dos direitos humanos. Segundo uma outra corrente doutrinária a efetividade dos DESC ocorreria pela via indireta, ou seja, através dos direitos civis e políticos propagando o conceito de indivisibilidade dos direitos humanos (BREMS, 2007, p.138).

O presente estudo é crítico à essas abordagens tradicionais apresentando a dogmática que desloca o eixo do direito para os deveres/obrigações (de respeito, promoção e proteção) correlatas aos direitos humanos. Argumentamos que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) desenvolveu uma metodologia própria de interpretação e aplicação dos direitos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos como forma de contornar a ausência formal dos direitos econômicos sociais e culturais.

Os julgados da Corte foram fundamentais na construção de uma visão unitária dos direitos humanos desde os casos pioneiros Airey e Caso Linguístico Belga, quando a Corte afirmou que “não há divisor de águas que separa a esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, do campo dos direitos protegidos pela Convenção”. Argumentamos que a Corte fortaleceu a justiciabilidade desses direitos ao adotar a metodologia do balanceamento (just balance) como forma de conciliar a efetividade dos seus julgados com o respeito ao limite democrático, agindo, por vezes com deferência às escolhas dos Estados Partes.

Na primeira seção trataremos um breve histórico do desenvolvimento da proteção dos direitos humanos, em especial dos DESC, através dos instrumentos internacionais e no sistema europeu.

Na segunda seção apresentaremos a tipologia tripartida das obrigações estatais, consagrada como uma nova etapa na interpretação das normas de direitos humanos, elaborada



inicialmente por (SHUE, 1984 p.85) e (EIDE, 1995, p.9-28.) e a sua aplicação em alguns julgados da CEDH. Essa nova abordagem propõe o estudo dos direitos humanos através das obrigações de proteger, promover e respeitar envolvendo uma análise unitária que supera a tradicional divisão geracional dos direitos humanos.

Na terceira seção tratamos sobre a suposta falta de justiciabilidade das obrigações positivas sob duas perspectivas: da dificuldade em torná-las passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais; e da visão de que as obrigações positivas deveriam ser deixadas apenas para a esfera política. Ilustramos com alguns julgados em que a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza a técnica do balanceamento como forma de alcançar o equilíbrio entre a efetividade dos direitos humanos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e o limite democrático.

2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

À época da elaboração dos principais instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos o mundo encontrava-se polarizado e em plena guerra fria. Encontramos nestes primeiros instrumentos o reflexo dessa divisão ideológica, da “competição histórica” entre os modelos de Estado Liberal e Social com influências no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no seu desenvolvimento teórico, quanto na consagração das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

No campo doutrinário diversos teóricos sustentam a concepção geracional ao defender a existência de três gerações de direitos humanos: a) os direitos civis e políticos; b) os direitos econômicos, sociais e culturais; c) os direitos ecológicos e coletivos. Essa abordagem geracional é criticada por ser artificial (MIRANDA, 2006 p.36) e promover uma hierarquização e fragmentação entre os direitos humanos refletindo diretamente na sua suposta falta de justiciabilidade.

No âmbito normativo do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) foram elaborados como dois instrumentos separados para proteção de duas categorias supostamente diferenciadas de direitos sob um mesmo sistema, o Sistema Universal da ONU. O grupo formado pelos Estados ocidentais



privilegiou os direitos civis e políticos, enquanto o grupo de países orientais conferiu maior importância aos direitos econômicos, sociais e culturais (TRINDADE, 1998 p.190). Durante as décadas de 40 e início dos anos 50, quando as Nações Unidas estava engajada em um profundo debate sobre como codificar os direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas - que possuía um mandato para elaborar um instrumento juridicamente vinculativo - tinha a intenção de incluir somente direitos civis e políticos nos instrumentos. A Assembleia Geral das Nações Unidas requisitou a inclusão dos DESC conjuntamente com os direitos civis e políticos já elaborados. No ano seguinte, depois de intensos debates, a Assembleia Geral reviu o seu posicionamento requisitando à Comissão de Direitos Humanos a elaboração de dois instrumentos em separado. Esta controvérsia foi considerada a raiz genealógica da retórica contemporânea da indivisibilidade dos direitos humanos (WHELAN, 2008, p.6).

Para os membros que àquela época compunham a Assembleia Geral o fato de diferentes categorias de direitos humanos possuírem natureza diferenciada foi o fator determinante para protegê-los em dois instrumentos (EIDE, 1995, p. 9-28).

No âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 protege, predominantemente, direitos civis e políticos, os direitos sociais foram estabelecidos em um instrumento separado, a Carta Social Europeia de 1961 (atualmente estão em vigor dois tratados que conferem proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais a Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Social Europeia Revista de 1996).

Essa divisão foi fruto de prioridades e escolhas táticas dos Estados-membros do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, os quais, no momento da elaboração da Convenção, teriam optado por um texto enxuto e não polêmico, de fácil aceitação pelos governos dos Estados. Assim, os valores que predominantemente refletiram-se na Convenção eram os valores liberais democráticos dos países da Europa Ocidental. Os direitos econômicos, sociais e culturais foram considerados muito complexos e, por essa razão, foram deixados para a Carta Social Europeia, a qual entrou em vigor somente doze anos após a adoção da Convenção (HARRIES, O'BOYLE e WARBRICK, 2009 p.3). Além disso, apesar dos dois tratados serem complementares, a consagração de dois instrumentos distintos abriu a possibilidade de criação de



dois mecanismos de controle diferenciados para cada uma das categorias de direitos, uma vez que os países contratantes acreditavam ser difícil a aplicação do mecanismo de controle judicial previsto pela Convenção Europeia de Direitos Humanos à Carta Social Europeia.

Atualmente difunde-se nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos a ideia de que sem a efetividade dos DESC os direitos civis e políticos tornam-se meras categorias formais consagrada nos instrumentos internacionais. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1983).

Para alguns autores a indivisibilidade e a interdependência proporcionariam a possibilidade de consagração de todos os direitos humanos em pé de igualdade (PIOVESAN, 2009 p.107-113). Esse tipo de abordagem esconde o fato de que interdependência e indivisibilidade são fenômenos distintos que não se confundem.

A característica da indivisibilidade não contribui para o alcance da autonomia dos DESC em relação aos direitos civis e políticos, pelo contrário, insere os mesmos em uma relação de dependência, na qual a efetividade dos primeiros ficaria dependente dos segundos.

Por outro lado, a interdependência é um fenômeno real e de suma importância para a efetividade dos direitos (SCOTT, 1989, p.779), ou seja, há um aspecto de interação e complementaridade entre eles que não pode ser ignorado.

3 O DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA DOS DEVERES/OBRIGAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Opondo-se à categorização dos direitos humanos entre dois polos distintos, SHUE (1984, p.85) elabora a pioneira teoria da “interdependência dos deveres”, que desloca o eixo da natureza do direito para a natureza dos deveres que dele deriva. Neste sentido é possível inferir que para

cada direito pode haver não apenas uma obrigação (positiva ou negativa), mas três possíveis deveres: de respeito, de proteção e de ajuda (promoção).

Pela mesma linha de raciocínio seguem van HOOFF (1984, p. 106) e EIDE (1995, p. 9-28) propondo uma classificação em camadas, níveis *layers/levels* ou em dimensões de obrigações estatais correspondentes à complexidade identificadora de cada conjunto de direito (civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais).

O dever de respeito consiste em proibir que o Estado intervenha indevidamente na liberdade e direito dos seus particulares. O Estado deve abster-se e evitar a intervenção. Quanto ao dever de proteger, ao Estado é requerido prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos e liberdades de particulares.

Já o dever de promover impõe ao Estado facilitar, fornecer e promover o acesso ao direito. Este é particularmente o caso de quando um direito é limitado ou inexistente. A maioria dos casos se refere a omissões Estatais, ou seja, o ente estatal encontra-se em uma situação onde deveria agir (por via legislativa, administrativa), mas não agiu ou quando deveria fornecer e entregar um objeto ou prestação ao cidadão, como vagas em escolas, atendimento à saúde etc.

Neste artigo seguimos a classificação apresentada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Maastricht Guideline nº 6) que utiliza a denominação de obrigação e não de dever como fazem alguns doutrinadores. Assim, encontramos as obrigações positivas em duas hipóteses, nas obrigações de proteger e nas obrigações de promover e a obrigação negativa na obrigação de respeitar.

A obrigação de proteger é positiva, pois o Estado deve agir no sentido de proteger os indivíduos contra violações a seus direitos humanos, inclusive por parte dos particulares. Em relação à obrigação de promover, o Estado deve facilitar, fornecer e garantir o acesso ao direito.

Tomemos como exemplo o direito à vida. Sob o enfoque de um direito de liberdade (dimensão negativa) adquire o significado de respeito, por parte do Estado, aos direitos e liberdades individuais, ou seja, o Estado possui o dever ou obrigação de não interferir na esfera de liberdade dos seus cidadãos.



Por outro lado, esse mesmo direito pode assumir uma conotação de direito social (dimensão positiva) quando assume a face de proteção e promoção de uma vida digna o que significa ter acesso a serviços de saúde, moradia, alimentação dentre outros.

Utilizando o direito à educação como exemplo, o Estado possui a obrigação de não intervir no direito dos seus cidadãos terem livre acesso aos estabelecimentos de ensino (dimensão negativa), por outro lado, possui a obrigação de disponibilizar à população serviços educacionais (dimensão positiva).

Essa dupla dimensão que os direitos comportam é denominada por FREDMAN (2008, p.12) de *overlapping*. O direito à vida, usualmente caracterizado como sendo um típico direito de liberdade também possui uma dimensão positiva, ou seja, uma dimensão de direito social quando o Estado possui a obrigação de protegê-lo ou promovê-lo. Assim como o direito à educação, costumeiramente classificado como direito social, também possui uma dimensão de direito de liberdade quando a obrigação for negativa ou seja de respeito.

No entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), uma obrigação positiva é definida como sendo “aquela que na prática requer que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias para a salvaguarda dos direitos ou, mais precisamente, devem adotar medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos das pessoas” (CEDH, Caso Hokkanen vs. Finlândia, 1994).

O que distingue as obrigações positivas das negativas, segundo a CEDH é o fato de que as primeiras requerem uma intervenção estatal enquanto as segundas uma abstenção por parte dos Estados. Uma violação das obrigações positivas será, portanto, decorrência da inércia da passividade por parte das autoridades estatais.

É importante ressaltar que das obrigações positivas decorrem também as obrigações estatais de legislar e de manter instituições que assegurem a proteção dos direitos humanos. Para a realização do direito e cumprimento do Estado com suas obrigações muitas vezes são necessários o estabelecimento e a promoção de normas ou medidas administrativas. Não haveria o direito de casamento sem legislação apropriada que permita a realização deste instituto. Não há direito à educação gratuita sem legislação que institua esse direito. A Corte Europeia de Direitos

Humanos enfrentou essa questão no caso X e Y vs. Países Baixos. Y, vítima de estupro, não obteve do governo uma reparação penal satisfatória para o seu caso, uma vez que o código penal dos Países Baixos não continha nenhuma cláusula que estabelecia como crime a prática sexual com uma pessoa portadora de deficiência mental, sendo essa proteção conferida apenas pelo código civil. Perante essa omissão normativa no ordenamento jurídico, os requerentes alegaram violação do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, “direito ao respeito pela vida privada e familiar”. A Corte entendeu que este artigo comporta uma dimensão positiva:

Apesar de o objetivo do artigo 8º ser essencialmente a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias pelas autoridades, ele não restringe, simplesmente o Estado de se abster de tal interferência: complementando essa obrigação primária, podem existir obrigações positivas inerentes a um respeito efetivo da vida privada e familiar. Essas obrigações podem envolver a adoção de medidas desenvolvidas para assegurar o respeito à vida privada e familiar, mesmo na esfera das relações privadas entre os indivíduos” (CEDH, Caso X e Y vs. Países Baixos, 1985).

Desse modo, o Estado violou essas obrigações positivas, pois no entender da CEDH a proteção conferida pelo código civil dos Países Baixos é insuficiente, não garantindo uma proteção efetiva aos direitos humanos protegidos pelo artigo 8º, havendo uma lacuna na legislação em relação à proteção de pessoas em situação análoga a da requerente. Trata-se também de um importante reconhecimento, por parte da jurisprudência da CEDH, de que as obrigações positivas abrangem a proteção da violação aos direitos estabelecidos pela Convenção quando estes são violados por particulares.

Há também uma obrigação positiva estatal de criar e manter instituições e órgãos que são de fundamental importância para a realização dos Direitos Humanos, como o estabelecimento e funcionamento de órgãos judiciais, pois não há direito de defesa sem o aparato institucional das Cortes e Tribunais como ficou estabelecido na decisão da CEDH no Caso Airey vs. Irlanda. A requerente, senhora Airey, alegou violação do Estado da Irlanda ao artigo 6º da Convenção "direito a um processo equitativo", pois, quando pleiteou o divórcio do seu então cônjuge, ela teve que abandonar o processo judicial de divórcio por acreditar que não estava devidamente preparada para apresentar sua própria defesa perante os tribunais ingleses sem a devida assistência de um advogado. O Estado da Irlanda não dispunha, naquela época, de assistência judiciária gratuita. O governo irlandês alegou que a obrigação de prover assistência judiciária gratuita não existe uma vez que a Sra. Airey é livre para apresentar a sua própria defesa perante



os tribunais. A CEDH rejeitou esse argumento uma vez que o mero fato de alguém ser livre para defender-se perante os tribunais não implica na eficácia do direito:

A Convenção não se destina apenas a garantir direitos no plano teórico ou ilusório, mas direitos que possam ser praticados e efetivos. Deve ser apurado se o comparecimento da Sra. Airey perante o tribunal, sem a devida assistência de um advogado, seria eficaz no sentido de saber se ela poderia apresentar seu caso de forma satisfatória e adequada (CEDH, Caso Airey vs. Irlanda, 1979).

O caso Airey é importante pois estabelece que a Convenção possui a intenção de garantir não apenas direitos que são teóricos ou ilusórios, mas direitos que são práticos e efetivos. Contudo a CEDH não ignora os princípios democráticos que devem ser observados ao afirmar que “não é a função da CEDH indicar ou ditar quais medidas devem ser adotadas”, deixando claro que o artigo 6º parágrafo 1 da Convenção estabelece o direito à assistência judicial como sendo indispensável ao cumprimento do direito de acesso à justiça. Além disso, a CEDH declara que está atenta à situação de que a realização dos DESC está amplamente dependente da situação financeira dos Estados, porém a representação legal apresenta-se como compulsória aos Estados, quando tratar-se de um caso de alta complexidade. Assim, a CEDH concluiu que a senhora Airey não gozou do seu pleno direito de acesso aos tribunais, e que, portanto, o Estado violou o parágrafo 1º do artigo 6º da Convenção.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTICIABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS

Os direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, classificados como sendo majoritariamente direitos civis e políticos, foram reinterpretados pela jurisprudência da Corte.

A adoção desse novo posicionamento teórico também refletiu na questão da justiciabilidade desses direitos, abrindo caminho para a legitimação das decisões da Corte sobre violações dos Estados em relação às obrigações positivas colaborando para afastar a crítica de que os DESC não seriam judicializáveis.

A discussão sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, em sua dimensão positiva, comporta duas questões centrais:



a) uma suposta indeterminabilidade desses direitos refletiria na dificuldade em torná-los passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais.

A dogmática dos direitos humanos que reflete nas obrigações de promoção, respeito e realização possui o intuito de unificar os direitos sem segregá-los ou dividi-los e, em conjunto com o uso do balanceamento, abre caminho para que os problemas da indeterminabilidade e da suposta falta de justiciabilidade dos direitos econômicos sociais e culturais sejam solucionados.

Não haveria mais que se falar em falta de densidade normativa e, portanto, de impedimentos à adjudicação das obrigações positivas por parte dos tribunais, os quais devem julgar o dever estatal de cumprir concretamente com uma determinada obrigação independentemente se ela revela um DESC ou um direito político e civil.

Utilizando a teoria desenvolvida por Alexy, a suposta indeterminabilidade das obrigações positivas desapareceria ao assumir que elas possuem a estrutura de princípio e que esses possuem um caráter *prima facie*, ou seja, em caso de colisão com outros princípios eles podem ser afastados, mas em não havendo outros princípios colidentes permanecerão plenamente válidos.

Regras são pontos fixos: elas são cumpridas ou violadas. Os princípios não são binários, no sentido de serem cumpridos ou violados, eles possuem vários graus de realização. Sua força normativa reside justamente na exigência da realização de seu conteúdo, dadas as possibilidades legais e reais, tanto quanto possível [...] o argumento da indeterminabilidade parte do princípio de que todas as normas devem, necessariamente possuir a estrutura de regras. Contudo, se considerarmos que a maioria das obrigações positivas possuem a estrutura de princípios podemos concluir que não são os princípios por si só que geram problemas de indeterminabilidade, mas a forma como a sua ponderação é feita. FREDMAN (2008, p.8).

Fazendo uso dos critérios de ponderação para decidir sobre obrigações positivas é possível que o órgão julgador se depare com questões onde certo grau de discricionariedade é atribuído ao poder público que terá liberdade para fazer escolhas quanto ao ato a ser adotado, porém cabe ao poder judiciário analisar a adequação e a razoabilidade dessas opções políticas.

O judiciário, ao auferir a responsabilidade e legitimidade das medidas adotadas pelo poder público através da técnica do balanceamento, afastaria a suposta indeterminabilidade, muitas vezes atribuída às obrigações positivas tornando-as passíveis de uma avaliação judicial. Dessa forma, as Cortes, em respeito ao princípio democrático, não invadiriam a esfera de



competência do executivo ou legislativo, mas apenas fixariam limites à discricionariedade política, agindo, portanto, legitimamente.

A Corte Europeia de Direitos Humanos adota a técnica do balanceamento desde o leading case “Caso Linguístico Belga” quando decidiu que: “Deve-se encontrar o just balance entre a proteção dos interesses gerais da comunidade e o respeito aos direitos fundamentais” (CEDH, Caso Língrístico Belga, 1968). Desde então, o órgão julgador tem utilizado essa metodologia para decidir se os Estados violaram ou não uma obrigação positiva imposta pela Convenção.

O método consiste em, numa primeira etapa, avaliar as justificativas dos Estados Partes para o não cumprimento com as normas e protocolos da Convenção. Em uma segunda etapa a Corte avalia a adequação e proporcionalidade das medidas adotadas (AKANDJI-KOMBÉ, 2007, p.11).

Ao mesmo tempo que Estados possuem ampla discricionariedade na adoção das medidas que acharem necessárias para com o cumprimento das obrigações, por outro lado, um controle dessas medidas se impõe. A Corte utiliza um juízo geral de ponderação no qual considera, por um lado, a margem de autonomia e discricionariedade atribuídas aos Estados ao escolherem as medidas que julgarem necessárias para com o cumprimento das normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus protocolos e, por outro, se cumpriram ou não com as obrigações impostas (XENOS, 2012 p.204). O órgão julgador verifica se as medidas restritivas aos direitos são proporcionais ao fim visado, se não atingem a substância do direito limitando-se a regular o seu exercício (BARRETO, 2010 p.74).

A medida escolhida pelo Estado deve responder a um motivo social imperioso, pertinente e suficiente e terá de ser a menos gravosa das escolhas disponíveis, com a finalidade de atingir um equilíbrio justo (just balance) entre o interesse público e vida privada mostrando ser proporcional à finalidade almejada (BARRETO, 2010, p.74).

b) A visão de que as obrigações positivas deveriam ser deixadas apenas para a esfera política. Seria antidemocrático que juízes não eleitos pelo voto popular interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas.



A importância da discussão sobre a teoria democrática, separação de poderes e judicial review é de extrema importância para o entendimento sobre qual papel as Cortes devem desempenhar quando instadas a decidir sobre uma obrigação positiva.

Para alguns autores o poder judiciário claramente não deveria assumir um papel político. (PALMER, 2009, p.14 e SUSTEIN, 1997, p. 329). Segundo WALDRON (1999, p.2013), um dos maiores expoentes da teoria democrática, justiciabilidade significa dar aos juízes o poder de decidir definitivamente, ou seja, de ter a última palavra sobre um determinado assunto sem que essa decisão possa ser revertida por atos de outros poderes. Para os adeptos dessa corrente, dar aos juízes o poder de decidir sobre determinadas questões, como as relacionadas aos direitos humanos comportaria um profundo desrespeito aos valores democráticos e representativos. Uma das falhas apontadas por outro grupo de teóricos, representados por ELY (1980, p.103) é que a democracia, concebida como governo da maioria, por vezes exclui a minoria do processo político. O poder judiciário desempenharia um papel fundamental na correção dessa desigualdade atuando como uma instituição fortalecedora do processo democrático.

Para outro grupo de doutrinadores o fato de os DESC serem custosos implica sempre numa decisão sobre a alocação de recursos estatais destinados ao seu cumprimento. Desta forma, sempre que a decisão envolver gastos públicos ela deve ser tomada pelo poder político, o qual é competente, segundo o princípio da separação de poderes, para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos. Se o poder judiciário assumisse esse papel ele estaria invadindo a esfera de competência de outro poder (SHANY, 2007, p.78). Portanto, o foro judicial não seria o mais adequado para discutir e decidir questões de políticas públicas (FULLER, 1978, p.198).

Influenciada pela teoria de ALEXY (2012, p. 512), a Corte ao utiliza o balanceamento (just balance) para conciliar, por um lado os interesses do Estado e, por outro, a exigência de cumprimento para com as obrigações estabelecidas na Convenção. Dessa forma, a Corte agiria legitimamente, sem que suas decisões invadissem a esfera de competência dos poderes democraticamente eleitos pelos Estados Partes.

Os DESC sempre foram associados às obrigações sujeitas a um custo por parte do Estado. Esse argumento sempre foi muito utilizado para justificar a sua suposta falta de justiciabilidade



desses direitos. Porém, mesmo em sua dimensão de direito de liberdade, um direito pode ter um custo elevado para o Estado, não havendo, portanto, relação determinante entre DESC e custos.

No Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, os Estados Partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos possuem ampla discricionariedade na tomada de decisão em relação à alocação dos seus recursos, como destaca Xenos:

Essa margem de apreciação estatal é a manifestação do limite democrático (democratic limit) da Convenção, quando a proteção dos direitos humanos envolve alocações de recursos que não podem ser legitimamente modificados por um judiciário não eleito ou deixado a cargo de um juiz internacional. Porém, observa o autor que essa margem não se aplica quando um número manejável de indivíduos está envolvido. (XENOS, 2012, p.61).

Para Xenos o que será determinante é a quantidade de pessoas abrangidas pela demanda. O autor argumenta que quando um pequeno ou manejável número de indivíduos está indiretamente implicado em uma demanda individual, o encargo financeiro do Estado por possíveis demandas similares pode não ser desproporcional ou impossível. Nestes casos o limite democrático não se aplica preservando a legitimidade da Convenção, permitindo ao juiz da CEDH intervir e pronunciar a violação desta obrigação positiva.

O Caso Linguístico Belga é um caso exemplar envolvendo obrigações custosas (obrigação estatal de ofertar ensino em outra língua em escolas públicas) e que afetam muitas pessoas. Os requerentes, pais de alunos que vivem na Bélgica, falantes da língua francesa pleitearam que seus filhos fossem educados nesta língua nas escolas situadas em região onde o ensino estatal é oferecido em holandês alegando que houve violações, por parte do Estado Belga dos artigos 2º do Protocolo (P1-2) (direito à instrução), 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar e 14º (proibição de discriminação) da Convenção tendo a Corte decidido que

a formulação negativa do direito à instrução como confirmada pelos trabalhos preparatórios, revela que os Estados Partes não reconhecem esse direito como contendo uma obrigação de oferecer ou subsidiar, com seus próprios custos, nenhum nível ou tipo particular de instrução. (CEDH, Caso Linguístico Belga, 1968).

A Corte também decidiu que não houve violação ao direito à vida privada e familiar e de proibição de discriminação, os quais não geram uma obrigação positiva ao Estado de garantir aos estudantes o direito de ser educado na língua de seus genitores.



No entendimento da Corte as medidas adotadas pela Bélgica não são desproporcionais ou arbitrárias e sim baseadas primeiramente no fato de que naquela região a maioria da população é falante de uma mesma língua (a língua holandesa) e também no interesse público, qual seja, garantir que todas as escolas dependentes de recursos do Estado e existentes numa região unilíngue conduzam o ensino na língua que é predominante na região.

Por outro lado, no caso *L. vs. Lituânia*, no qual o requerente pleiteava do Estado o direito à realização de cirurgia de mudança de sexo, a Corte entendeu que a obrigação requerida, apesar de custosa, não afetaria muitas pessoas. A CEDH estabeleceu que, apesar das restrições orçamentárias ao serviço público de saúde terem justificado os atrasos iniciais na implementação dos direitos assegurados pelo código civil aos transexuais, quatro anos se passaram desde sua entrada em vigor devendo, portanto, ser imediatamente cumprida. Dado o fato de que poucos indivíduos estão envolvidos nesta mesma situação (certa de 50 pessoas, de acordo com estimativas extraoficiais), o encargo financeiro no orçamento estatal não seria extremamente afetado. Assim, o interesse público não seria atingido com a realização do direito pleiteado pelo requerente (CEDH, Caso *L. vs. Lituânia*, 2008).

Portanto, observamos que nos casos em que há vários indivíduos em potencial envolvidos direta ou indiretamente com a demanda, no sentido de que novas demandas similares podem ser propostas, as decisões da CEDH tendem a considerar a reserva do possível, ou seja, ponderando a influência das questões orçamentárias. Em conformidade com o princípio democrático, questões que envolvem a alocação de recursos devem ser deixadas ao poder público. Já nos casos em que há uma potencialidade menor de demandas similares serem propostas, a CEDH não aplica a reserva.

5 CONCLUSÃO

Na busca da efetividade na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais a Corte Europeia de Direitos Humanos incorporara em sua jurisprudência uma importante mudança de paradigma em relação à interpretação desses direitos adotando duas medidas que são de fundamental importância para o alcance da efetividade dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.



De um lado, adota em suas decisões uma mudança em relação à interpretação desses direitos, abandonando a velha concepção da tipologia dos direitos humanos em detrimento de um novo modelo de interpretação das normas de direitos humanos, garantindo a autonomia dos mesmos. Essa mudança afasta o argumento da indeterminabilidade de falta de justiciabilidade invocado por alguns teóricos para justificar uma falsa diferenciação entre DESC e os direitos políticos e civis.

Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza a metodologia do just balance. Akandji – Kombé (2007, p.11) relata que esta parece ser uma nova tendência que surge nos julgados da CEDH, a qual visa combinar os direitos estabelecidos na Convenção com princípios gerais tais como “Estado de Direito”, considerados fundamentais para a democracia e inerentes aos direitos da Convenção e seus protocolos. Ou seja, trata-se do desenvolvimento de uma metodologia de julgamento que procura legitimar as decisões evitando o confronto ou invasão da esfera de competência dos Estados Partes. Dos casos estudados observamos que a Corte, em respeito ao princípio democrático, não invade a esfera de competência dos Estados Partes, mas apenas fixa limites à discricionariedade política, agindo com deferência às escolhas políticas dos Estados.

Concluimos que a tentativa de deixar os DESC fora do âmbito de proteção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi superada com a adoção pela Corte dessa técnica de interpretação e julgamento alcançando uma efetividade unitária de todos os direitos protegidos pela Convenção.

REFERÊNCIAS

AKANDJI-KOMBÉ, Jean François. **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks.** Strasbourg: nº 7. Council of Europe, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012a.



_____. **Balancing, constitutional review, and representation.** Oxford University Press and New York University School of Law, n.4, v.3, p. 572–581, 2005.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – anotada.** Coimbra: 4º ed, 2010.

BREMS, Eva, **Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights.** In: BARAK–EREZ Daphne e M GROSS, Aeyal (org). *Exploring Social Rights – between theory and practice.* Oxford: Hart Publishing. 2007.

CHRISTOFFERSEN, Jonas. **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights (International Studies in Human Rights).** Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.** Declaração nº 5, Viena, 1983. Disponível em: www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf. Acesso em: 02 fev.2020

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Maastricht Guideline nº 6.** Ver comentário geral números 19 (2008), parágrafo 43; 18(2005), parágrafo 22; 17(2005) parágrafo 28; 16 (2005) parágrafos 18-21.

EIDE Asbjorn. **Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights.** In: EIDE Asbjorn. KRAUSE, Catarina, ROSAS, Allan. *Economic, Social, and Cultural Rights: a textbook.* Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

ELY, John Hart. **Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review.** *Maryland Law Review* v. 37 nº3, 1978.

_____. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.** Harvard University Press. 1980.

ESTRASBURGO. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Hokkanen vs. Finlândia.** Presidente: R. Ryssdal 24 de agosto de 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57911>. Acesso em 29 nov. 2020 e López Ostra vs. Espanha.



Presidente: C.A. NØrgaard. 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24934>. Acesso em 20.11.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso X e Y vs. Países Baixos.**

Presidente: R. Ryssdal. 26 de março de 1985. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57603>. Acesso em 29 de nov.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Airey vs. Irlanda.** Presidente: G

Wiarda. 9 de outubro de 1979. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>
Acesso em: 29. nov. 2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Linguístico Belga.** Presidente R.

Cassin, 23 jul.1968. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57525%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57525%22]}). Acesso em: 23 fev.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso L. vs. Lituânia.** Presidente: Jean-

Paul Costa.31.mar.2008. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82243>. Acesso em 29.11.2020.

FREDMAN, Sandra F.B.A. **Human Rights Transformed: positive rights and positive duties.** New York: Oxford, 2008.

FULLER, Lon L. **The forms and Limits of Adjudication.** Harvard Law Review, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978).

HARRIS, David. O'BOYLE, Michael e WARBRICK, Colin. **Law of the European Convention on Human Rights.** 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

KAREL, VASAK. **A 30- Year Struggle the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration on Human Rights.** The Unesco Courier, November 1977.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and Social Class – and other essays.** Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MIRANDA, J. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais.** Estoril: Principia Editora. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



PALMER, Ellie. **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights ACT (Human Rights Law in Perspective)**. Irish Academic Pr, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Brasília: Rev. TST, vol. 75, nº1, jan/mar 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais no Plano Internacional**. in Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. San José, Costa Rica. Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

SCAFF, Fernando Facury in MARTINS, Ives Gandra. **Contribuições de Intervenção e Direitos Humanos de Segunda Dimensão**. São Paulo: RT, 2002.

SCOTT, Craig. **The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of International Covenants on Human Rights** in Hein OnLine: 30 Hum. Rts. Q. 9842008, 1989.

SHANY, Yuval. **Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights** in BARAK-EREZ Daphne e M. GROSS, Aeyal (org). Exploring Social Rights – between theory and practice. Oxford: Hart Publishing. 2007.

SHUE, Henry. **The Interdependence of Duties**. In ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. The Right to Food. Uthrecht: Netherlands Institute of Human Rights, 1984.

SUSTEIN, Cass R. **Response: From Theory to Practice** Order of the Coif Lecture: Response. Arizona State Law Journal, 29. 1997.

VAN HOOFF, G.J.H. **The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views**, in ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. The Right to Food. Uthrecht: Netherlands Institute of Human Rights, 1984.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford. 1999.

WHELAN, Daniel J. **Untangling the Indivisibility, Interdependency, and Interrelatedness of Human Rights**. Economic Rights Working Paper Series. Hendrix College. The Human Rights Institute. University of Connecticut, abril 2008. Disponível em:



http://www.academia.edu/641545/Untangling_the_Indivisibility_Interdependency_and_Interrelatedness_of_Human_Rights. Acesso em: 02 fev. 2020.

XENOS. Dimitris. **The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights**. London and New York: Routledge, 2012.



PROTEÇÃO AMBIENTAL, COMÉRCIO INTERNACIONAL JUSTO E DIREITOS HUMANOS. “FAIR TRADE” COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS HUMANOS.

ENVIRONMENTAL PROTECTION, INTERNATIONAL FAIR TRADE AND HUMAN RIGHTS. “FAIR TRADE” AS A MECHANISM FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION AND HUMAN RIGHTS.

Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho¹

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar o risco de isolamento do Brasil, no cenário internacional, em decorrência do enfraquecimento das políticas públicas de proteção ao meio ambiente e dos direitos sociais. Identificando a tendência nos países mais desenvolvidos por um consumo consciente, reconhece-se o surgimento de uma regulação a partir dos consumidores. Nesse cenário, percebe-se o “fair trade” como um movimento capaz de influenciar no estabelecimento de posturas empresariais sustentáveis, com potencial repercussão na regulação estatal.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Meio Ambiente, Consumo Consciente, Desenvolvimento Sustentável.

Abstract: The paper aims to analyze the risk of isolation in Brazil, on the international stage, as a result of the weakening of public policies to protect the environment and social rights. Identifying the tendency to developed countries for conscious consumption, the emergence of regulation from consumers is recognized. In this scenario, fair trade is perceived as a movement capable of influencing the establishment of sustainable business attitudes, with potential repercussions on state regulation.

Keywords: human rights, environment, conscious consumption, sustainable development.

Sumário: 1 Introdução. 2. A Proteção do Meio Ambiente como Questão Central na Agenda Global. 3. A Globalização como Fator de Catalisação de Políticas de Preservação do Meio Ambiente. A Ideia de um Comércio Justo (“Fair Trade”). 4. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Especialista em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professor universitário. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Procurador do Trabalho do Ministério Público da União. Titular da Cadeira nº 20 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS)



1 INTRODUÇÃO

O Brasil sempre esteve entre os principais países em matéria de defesa do meio ambiente, assumindo uma posição de vanguarda no processo global de proteção ambiental, tanto que sediou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada entre os dias 3 e 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, conhecida como ECO-92.

Contudo, nos últimos anos, parece haver uma desconstrução da política de proteção ambiental brasileira. E essa mudança de paradigma é percebida no plano internacional, com riscos reais de impactos negativos em outras agendas relevantes para o Brasil, sobretudo a econômica e no comércio exterior, além da própria imagem do País ficar comprometida com a realidade fática de ataque aos mais diversos biomas nacionais.

Partindo-se de algumas considerações sobre a necessidade de se observar o movimento global pelo desenvolvimento sustentável, como política de Estado, pretende-se discorrer sobre a influência de novos paradigmas advindos do surgimento de uma consciência consumerista ética.

Esse processo, que vem sendo identificado como um caminho para o “fair trade”, tem potencialidade de inculcar nos atores empresariais uma necessidade de revisão de suas práticas produtivas, internamente e nas cadeias produtivas, de forma a convergir aos valores éticos defendidos por esse movimento.

Busca-se, ainda, ressaltar o efeito catalizador que essa busca por um “fair trade” pode ter sobre o Estado no fortalecimento dos controles estatais sobre os processos produtivos, de forma a prevenir eventuais barreiras não alfandegárias ambientais e de “dumping social” como mecanismos de reequilíbrio do comércio internacional.

2 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO QUESTÃO CENTRAL NA AGENDA GLOBAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi promulgada ao final da década de 1980, quando a agenda ambiental já havia se consolidado no plano internacional.

Importante recordar que, em 1972, a Organização das Nações Unidas realizou a Conferência sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, resultando na instituição do



Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que se consolidou como a principal autoridade ambiental global. O PNUMA determina a agenda internacional sobre o meio ambiente, promove a implementação coerente da dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável no Sistema ONU e serve como autoridade defensora do meio ambiente no mundo².

A partir de Estocolmo, a atividade diplomática dos Estados se intensifica, em boa parte, por pressão da opinião pública interna, cada vez mais consciente dos desequilíbrios ambientais, em âmbito local, dos respectivos Estados e, conseqüentemente, na esfera internacional, dadas as relações necessárias entre o meio ambiente local, nacional e global. (...) Se Estocolmo havia sido a grande tomada de consciência dos Estados, no âmbito da ONU, dos problemas relativos ao meio ambiente internacional, a ECO/92 veio representar a adição de um componente de desiderabilidade e de conteúdo obrigatório nas políticas e nas normas relativas ao meio ambiente, em todos os campos das relações internacionais que se seguiram àquele evento (...)³.

A preocupação com o meio ambiente levou a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela Constituição a introduzir um Capítulo dedicado ao tema (Capítulo VI), e o alocou dentro do Título da Ordem Social (Título VIII)⁴.

Como assinala Paulo Affonso Leme Machado, a Constituição de 1988, pela primeira vez no Brasil, insere o tema “meio ambiente” em sua concepção unitária, embora não tenha sido a primeira Constituição da América Latina a fazê-lo⁵.

O art. 225 da CRFB/1988 prescreve que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Portanto, indiscutível a natureza de direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado atribuído a todas as pessoas.

Adicionalmente, a Constituição impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

² <<https://www.unenvironment.org/pt-br/sobre-onu-meio-ambiente>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente*. Emergência, Obrigações e Responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

⁴ Fábio Albergaria de Queiroz lembra que o processo de institucionalização ambiental ganhou força no início da década de 1970, com a criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA) vinculada ao Ministério do Interior, permitindo a consolidação de organizações estaduais voltadas para as questões ambientais. Também observa que o ao de 1981 marcou a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente por meio da Lei nº 6.938 que, pela primeira vez, “vislumbrou a necessidade de se conciliar desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente”. (QUEIROZ, Fábio Albergaria de. *Meio Ambiente e Comércio Internacional*. Curitiba: Juruá, Editora, 2012, pp. 50-51.).

⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85. O autor destaca, como países latino-americanos que antecederam o Brasil no constitucionalismo ambiental, Equador e Peru (1979), Chile e Guiana (1980), Honduras (1982), Panamá (1983), Guatemala (1985), Haiti e Nicarágua (1987).



Obviamente, esse direito fundamental não se restringe àqueles que vivem no Brasil. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, simultaneamente direito fundamental e direito humano⁶. O que ocorre dentro das fronteiras de um determinado país repercute nos países fronteiriços podendo, ainda, atingir países⁷ que não tenham fronteiras contíguas⁷.

Cabe lembrar que o meio ambiente apresenta uma dinâmica própria, e que algumas de suas dimensões, como o ar e as massas hídricas, além de outros fenômenos climáticos, não ficam confinadas aos espaços geográficos dos países.

Deve-se reconhecer, portanto, que ações humanas, sejam elas praticadas em consonância com políticas públicas deficientes ou imprevidentes ou em contrariedade ao ordenamento jurídico, podem repercutir além das fronteiras dos Estados onde ocorrem, impactando o equilíbrio ambiental regional ou, até mesmo, global.

Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que a proteção do meio ambiente “não é matéria reservada ao domínio exclusivo da legislação doméstica dos Estado, sendo dever de toda a comunidade internacional”⁸.

Norma Sueli Padilha fala em uma encruzilhada ambiental global decorrente do modelo capitalista hegemônico de produção com centralidade na apropriação privada de bens e na acumulação de riquezas.

A sociedade moderna se expressa, sobretudo a partir do século XIX, na sua inter-relação com a natureza, numa sistemática complexa de apropriação e transformação do meio ambiente e seus elementos naturais para a alocação de recursos em prol do desenvolvimento econômico. (...) Dessa forma, o homem moderno assenta sua relação com o meio ambiente em um comportamento de agressão que o coloca em rota direta de colisão com a natureza, na medida em que esta se torna no mercado de produção capitalista, o armazém dos recursos primários para a produção em massa. As altas taxas de crescimento populacional, a agressividade da produção de bens de consumo com sua

⁶ Conforme a tradicional diferenciação feita pela doutrina, que considera os direitos humanos como aqueles tutelados por normas internacionais, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles tutelados por norma nacionais.

⁷ Para exemplificar a preocupação dos Estados com a poluição transfronteiriça, pode-se citar a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (conhecida como MARPOL), assinada em Londres em 1973, e a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância (conhecida pela sigla em inglês LRTAP), assinada em Genebra em 1979. Contudo, o melhor exemplo de um meio ambiente descontrolado gerando preocupação mundial é o cenário da pandemia da covid-19 no Brasil. Ao mesmo tempo que se apresenta como uma questão sanitária, o desenvolvimento da pandemia ocorre em um meio ambiente total (natural, artificial, cultural e laboral), despertando a preocupação da comunidade internacional, inclusive da Organização Mundial da Saúde.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Um Diálogo entre os Sistemas Internacionais de Proteção*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, LAGE, Délber Andrade e CREMASCO, Suzana Santi (Coords.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 449.



consequente produção de rejeitos industriais, passam a gerar a escassez dos recursos naturais do planeta⁹.

O discurso ufanista sustentado em um pretense direito de soberania¹⁰ absoluto sobre o meio ambiente é confrontado diante das ameaças à própria existência da humanidade em decorrência das evidências científicas do fenômeno do aquecimento global.

O discurso negacionista do aquecimento global é sustentado por interesses setoriais de cunho econômico, portanto, não isento. É direcionado a uma finalidade definida de manutenção do “status quo” da matriz de produção agressiva ao meio ambiente. Mesmo com suporte em estudos científicos, certamente subvencionados por esses setores, a realidade fática reforça as conclusões da comunidade científica não ligada a tais segmentos.

Juarez Freitas adverte sobre os riscos que a humanidade corre em função do modelo econômico defendido por alguns.

O crescimento econômico, sem deferência ao direito fundamental ao ambiente limpo e ecologicamente equilibrado, provoca danos irreparáveis ou de difícil reparação. É hora de precificar a inércia perante os malefícios ocasionados por esse modelo devorador. (...) a humanidade pode ser extinta ou seriamente ameaçada, em função do aumento exagerado da poluição e da temperatura, fenômenos de inegável componente humana, mercê da miopia temporal e da quase nula solidariedade entre as gerações¹¹.

Essa necessidade de compatibilização entre o uso dos recursos naturais e a preservação ambiental é previsto, inclusive, na Constituição da República de 1988. O § 4º do art. 225 da CRFB/1988 prescreve que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

⁹ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 2-3.

¹⁰ Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva lembra que, em abril de 1989, o Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima alertou a Comissão de Relações Exteriores da Câmara de Deputados, da existência de uma mobilização internacional em relação à questão amazônica que “traduz-se muitas vezes em pressões externas sobre o Governo brasileiro, afetando de maneira negativa a imagem internacional do Brasil e dificultado o acesso a fontes externas de financiamento. Em alguns casos, as pressões incluem um chamado à ingerência externa no tratamento de problemas ambientais na Amazônia brasileira, sugerindo-se que o Brasil abra mão de parte de sua soberania e avalize a criação de uma entidade supranacional para velar pela preservação ambiental da região”. (SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p. 53).

¹¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 48-49.



Se a proteção desses biomas é um desejo do Constituinte Originário, a condicionante de sua exploração ao disposto na legislação infraconstitucional se revela como um risco legislativo à proteção ambiental, na medida em que o processo de produção normativa é tensionado por interesses setoriais, como os da exploração mineral e o do agronegócio

Mais recentemente, em 13 de janeiro de 2021, foi promulgada a Lei nº 14.119¹² a qual define conceitos, objetivos, diretrizes, ações e critérios de implantação da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), institui o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (CNPSA) e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA), além de dispor sobre os contratos de pagamento por serviços ambientais.

O art. 4º da Lei nº 14.119/2021 enumera os objetivos da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA). São eles:

- I - orientar a atuação do poder público, das organizações da sociedade civil e dos agentes privados em relação ao pagamento por serviços ambientais, de forma a manter, recuperar ou melhorar os serviços ecossistêmicos em todo o território nacional;
- II - estimular a conservação dos ecossistemas, dos recursos hídricos, do solo, da biodiversidade, do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado;
- III - valorizar econômica, social e culturalmente os serviços ecossistêmicos;
- IV - evitar a perda de vegetação nativa, a fragmentação de habitats, a desertificação e outros processos de degradação dos ecossistemas nativos e fomentar a conservação sistêmica da paisagem;
- V - incentivar medidas para garantir a segurança hídrica em regiões submetidas a escassez de água para consumo humano e a processos de desertificação;
- VI - contribuir para a regulação do clima e a redução de emissões advindas de desmatamento e degradação florestal;
- VII - reconhecer as iniciativas individuais ou coletivas que favoreçam a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos, por meio de retribuição monetária ou não monetária, prestação de serviços ou outra forma de recompensa, como o fornecimento de produtos ou equipamentos;

¹² O art. 15 da Lei nº 14.119/2021 previa a criação de um órgão colegiado com composição paritária, com representantes do poder público, do setor produtivo e da sociedade civil, sedo presidido pelo titular do órgão central do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente). Contudo, o Presidente da República vetou esse dispositivo com as seguintes razões de veto: “A propositura legislativa prevê a criação de um órgão colegiado para o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA) e discrimina as respectivas atribuições e composição. Entretanto, a proposta apresenta inconstitucionalidade ao definir competências para órgão específico do Poder Executivo, uma vez que incorre em vício de iniciativa em violação ao art. 61, § 1º, II, ‘e’, da Constituição Federal”. Sem entrar na discussão sobre eventual vício de origem, o que parece não ter fundamento, já que outras leis originárias do Poder Legislativo criaram órgãos colegiados com participação social (como é o caso do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS -, criado pela Lei nº 8.742/1993), a participação da sociedade civil na gestão ambiental revela maturidade democrática em tema central e sensível aos interesses nacionais. Como bem salienta Juliana Santilli, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental” (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos*. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 14.).



VIII - estimular a elaboração e a execução de projetos privados voluntários de provimento e pagamento por serviços ambientais, que envolvam iniciativas de empresas, de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) e de outras organizações não governamentais;

IX - estimular a pesquisa científica relativa à valoração dos serviços ecossistêmicos e ao desenvolvimento de metodologias de execução, de monitoramento, de verificação e de certificação de projetos de pagamento por serviços ambientais;

X - assegurar a transparência das informações relativas à prestação de serviços ambientais, permitindo a participação da sociedade;

XI - estabelecer mecanismos de gestão de dados e informações necessários à implantação e ao monitoramento de ações para a plena execução dos serviços ambientais;

XII - incentivar o setor privado a incorporar a medição das perdas ou ganhos dos serviços ecossistêmicos nas cadeias produtivas vinculadas aos seus negócios;

XIII - incentivar a criação de um mercado de serviços ambientais;

XIV - fomentar o desenvolvimento sustentável.

O inciso XIV se refere, especificamente, ao desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da PNPSA. A ideia do desenvolvimento sustentável está inserida na CRFB/1988 ao estatuir a necessidade de o Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O desenvolvimento sustentável pode ser entendido como aquele capaz de assegurar as necessidades da geração atual sem comprometer as necessidades das gerações futuras. Ou seja, é um desenvolvimento que não esgota os recursos naturais, egoisticamente, sem pensar nas gerações que ainda virão pela frente. Portanto, permite a satisfação econômica atual, preservando a capacidade satisfativa do meio ambiente prospectivamente.

A alternativa ao desenvolvimento sustentável é o suicídio do Brasil enquanto Estado, na medida em que a sua dimensão subjetiva, ou seja, as pessoas naturais que comporão, no futuro, o conceito de povo, estará ameaçada de existência.

Inara Vidigal observa que o Banco Mundial, a Unesco e outras entidades internacionais passaram a adotar o conceito de desenvolvimento sustentável “para marcar uma nova filosofia do desenvolvimento que combina eficiência econômica com justiça social e prudência ecológica”¹³.

O desenvolvimento sustentável tornou-se a principal agenda das Nações Unidas no século XXI, com a Agenda 2030.

¹³ VIDIGAL, Inara de Pinho Nascimento. *Certificação e Governança Ambiental Corporativa*. Instrumentos para o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 17.



A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro¹⁴.

Trata-se de um programa ambicioso, mas necessário para a sustentabilidade do planeta e para o enfrentamento da extrema pobreza, centrado na ideia de uma vida digna para todos. Assim, os 17 Objetivos da Agenda 2030 devem ser vistos como objetivos integrados e indivisíveis, mesclando, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Portanto, o desenvolvimento de um país deixa de ser aferido apenas sob o aspecto quantitativo, devendo ser dimensionado pela capacidade de dignificação das pessoas. Além disso, a exploração dos recursos naturais não pode ser apropriada por parcela restrita da sociedade, em uma noção de propriedade egoística, sem observar o vetor axiológico da função social e ambiental da propriedade.

Ulrich Beck, em seu último livro “A Metamorfose do Mundo”, chama a atenção para as questões climáticas como catalisadoras de uma mudança, ou metamorfose, nos comportamentos das pessoas e dos Estados.

Vista como um risco global para toda a civilização, a mudança climática poderia ser transformada num antídoto para a guerra. Ela induz a necessidade de superar o neoliberalismo, de perceber e praticar novas formas de responsabilidade transnacional; põe o problema da justiça cosmopolita na ordem do dia da política internacional; cria padrões formais e informais de cooperação entre países e governos que de outro modo se ignoram mutuamente ou mesmo se consideram inimigos. Ela torna atores públicos e econômicos responsáveis – mesmo aqueles que não querem ser responsáveis. Abre novos mercados mundiais, novos padrões de inovação, e a consequência é que negadores são perdedores. A mudança climática muda estilos de vida e padrões de consumo; revela forte fonte de significados orientados para o futuro, na vida cotidiana e para legitimação da ação política (reformas ou mesmo revoluções). Por fim, produz novas formas de compreender a natureza e de zelar por ela¹⁵.

¹⁴ <<http://www.agenda2030.com.br/sobre/>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁵ BECK, Ulrich. *A Metamorfose do Mundo*. Novos Conceitos para uma Nova Realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, pp. 67-68.



Sidney Guerra destaca, por sua vez, que se deve pensar na aplicação do princípio da “não indiferença” nos estudos voltados ao ambiente, sendo decorrente dos diversos problemas que nos dias atuais acometem a humanidade nessa matéria e por terem desdobramentos transnacionais, devendo ser “contempladas ações e medidas saneadoras com a participação efetiva de todos os atores, no intuito de minimizar os efeitos nocivos ao ambiente no plano global”¹⁶.

Feitas essas considerações, passa-se às considerações sobre o movimento por um comércio justo e as suas potencialidades de repercussão nas políticas públicas voltadas para a tutela adequada dos direitos humanos.

3 A GLOBALIZAÇÃO COMO FATOR DE CATALISAÇÃO DE POLÍTICAS DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. A IDEIA DE UM COMÉRCIO JUSTO (“FAIR TRADE”).

A globalização¹⁷, como um processo dinâmico de interação entre Estados, organizações governamentais e não-governamentais, empresas e pessoas naturais, deve ser levada em consideração pelos governos no estabelecimento de suas políticas públicas internas, sobretudo em temas sensíveis, como o meio ambiente.

Também é verdade que a globalização da economia, ao promover um reordenamento dos processos produtivos, com redirecionamento da produção industrial para países com menor proteção social aos trabalhadores e normas ambientais menos rigorosas ou mais permissivas, também contribui para o surgimento de novas questões nos países mais desenvolvidos.

¹⁶ GUERRA, Sidney. Da solidariedade para a “não indiferença”: a construção de uma nova ordem jurídica internacional? In: CASELLA, Paulo Borba e RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional*. Homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 657.

¹⁷ Zygmunt Bauman tem uma visão negativa do fenômeno da globalização, entendendo que o Estado tem uma diminuição de sua capacidade de intervenção em questões relevantes. Diz Bauman que o “padrão dominante pode ser descrito como ‘afrouxamento dos freios’: desregulamentação, liberalização, flexibilidade, fluidez crescente e facilitação das transações nos mercados financeiros imobiliário e trabalhista, alívio da carga tributária etc.”. (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. As Consequências Humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 76). Essa visão também é compartilhada por José Eduardo Faria: “À medida em que o processo decisório vai sendo descentralizado, desterritorializado e transnacionalizado, as decisões políticas tornam-se condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que representam, mais do que um mero indicador, um verdadeiro princípio normativo responsável pela fixação de rigorosos limites às intervenções reguladoras dos Estados nacionais”. (FARIA, José Eduardo. *Democracia e Governabilidade*. Os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142.)



Nesse cenário de tensão, surgem propostas para o estabelecimento de cláusulas concorrenciais ecológicas e sociais, de forma a diminuir a assimetria entre os países que competem entre si no mercado global.

Essas cláusulas comerciais podem configurar barreiras não alfandegárias para os produtos provenientes desses países, funcionando como um mecanismo de proteção aos setores produtivos dos países que as defendem. De forma geral, buscam combater o denominado “dumping social” entre parceiros comerciais com níveis de desenvolvimento social assimétricos.

O complexo tabuleiro de interesses que se forma entre as nações requer cautela quando se analisa o cenário em matéria de comércio internacional.

Esse movimento patrocinado pelos países mais desenvolvidos, mesmo se argumentando o cunho protecionista, não deve ser justificativa para a permanência de uma realidade interna, nos países menos desenvolvidos, de violações dos direitos sociais dos trabalhadores e de agressões ao meio ambiente.

É provável que os organismos internacionais, em algum momento, estabeleçam regras de harmonização em matéria ambiental e de direitos sociais, sobretudo no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Atualmente, a concorrência internacional, com a inquirição acerca de suas bases equitativas em face dos distintos estádios de desenvolvimento das nações e suas peculiaridades subjacentes, tornou-se um dos temas mais sensíveis e palpitantes do momento. A introdução de assuntos como estes no sistema multilateral global conduz certas questões tradicionalmente no domínio das políticas domésticas, no âmbito da soberania dos países, para a arena global. (...) Em particular, a relação entre meio ambiente e concorrência, assim como os direitos sociais, suscita controvérsia, ensejando a sua discussão em fóruns como o da OMC e da OIT, respectivamente, em torno de uma possível harmonização de padrões mínimo ambientais e trabalhistas com vistas a atingir condições de fundo mais equitativas e justas¹⁸.

Deixando de lado a análise sobre os interesses econômicos dos Estados, há que se considerar a existência de um movimento de caráter global multilateral de respeito a valores humanistas inalienáveis, como é o caso da Agenda 2030 da ONU, além de outras iniciativas de atores não governamentais.

É sobre essa última perspectiva que serão feitas as considerações que se seguem.

¹⁸ ZANOCCHI, José Maria. *A Proteção do Meio Ambiente no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 149-150.



A necessidade de se levar em consideração a pressão da sociedade civil por respeito a valores sociais e ambientais passa a ser ainda mais relevante em setores econômicos em que o processo produtivo, organizado em cadeias de suprimento, se dá em mais de um país, com variados ordenamentos jurídicos envolvidos. Isso significa que a produção de produtos, ou mesmo a prestação de serviços, pode se dar em países diversos daqueles em que ocorrerá o consumo final.

Para ilustrar essa assertiva, apresenta-se um cenário real de uma das indústrias mais tradicionais, a indústria do chocolate, que tem uma cadeia de produção e distribuição internacionalizada.

A indústria do chocolate, por exemplo, pode ter o plantio e a colheita do cacau em um país africano ou latino-americano, a produção do chocolate na Europa e o consumo final nos Estados Unidos ou no Japão. Assim, é fundamental que se tenha o controle sobre os processos de sua cadeia produtiva. Isso significa saber se o plantio do cacau não ocorre em área de desmatamento e se a colheita dos frutos não se dá com o uso de trabalho escravo e/ou infantil. Isso levaria àquela fábrica de chocolate exigir do fornecedor do cacau o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente sob pena de não mais fornecer para aquele comprador específico. Esse controle da cadeia produtiva está inserido em boas práticas empresariais, em respeito aos valores que a própria indústria de chocolates europeia afirma defender.

Entretanto, esse controle axiológico pode ser feito, também, pelo consumidor final, que, a despeito de sua preferência por determinada marca de chocolate, decide não a consumir justamente porque a produção da matéria-prima (o cacau) ocorre com desrespeito aos direitos humanos ou em áreas de degradação ambiental.

Para que o cultivo do cacau de forma sustentável (ou de qualquer outra *commodity*) não dependa, exclusivamente, do controle da cadeia produtiva por parte da indústria do chocolate, o Estado em que ocorre o plantio e a colheita deve possuir uma legislação adequada de proteção ambiental e de respeito aos direitos laborais.

Não basta, outrossim, a existência dessa legislação sob o aspecto formal. Deve haver uma estrutura administrativa de controle e repressão das práticas potencialmente impactantes ao meio ambiente aliada a uma tutela jurisdicional adequada de responsabilização.



Um episódio recente envolvendo o Brasil e a França ilustra bem esse aspecto sensível do comércio internacional.

O Presidente Francês Emmanuel Macron pronunciou-se, em 12 de janeiro de 2021, em sua conta na rede social Twitter, pedindo que “o aumento da produção de soja na Europa seja ‘consistente com [nossas] ambições ecológicas’. ‘Quando importamos soja que é produzida em uma marcha forçada de destruição da floresta no Brasil, não somos consistentes conosco’”¹⁹.

Imediatamente, o Governo Brasileiro se manifestou, em declaração do Vice-Presidente da República, afirmando que o Presidente Francês desconheceria a produção de soja no Brasil e que estaria defendendo interesses dos produtores franceses.

Nesta quarta-feira (13/01), questionado por jornalistas sobre as declarações do presidente da França, Emmanuel Macron, sobre o desmatamento na Amazônia e a produção de soja no Brasil, o vice-presidente Hamilton Mourão disse que o líder francês "desconhece" a produção de soja no Brasil. Segundo Mourão, que é presidente do Conselho Nacional da Amazônia, a produção agrícola no bioma é "ínfima" e Macron apenas "externou interesses protecionistas dos agricultores franceses"²⁰.

Se a tese levantada pelas autoridades brasileiras de que o Presidente da França estaria sendo protecionista ao defender a produção de soja em seu país, em substituição à soja brasileira produzida em área de desmatamento, pode ter algum fundamento, é certo que o Governo Brasileiro ainda não percebeu a existência de um movimento global em defesa de um comércio internacional justo (*fair trade*).

Esse movimento é centrado na perspectiva, pelas pessoas, da necessidade de praticarem um consumo mais consciente de produtos e serviços, de fornecedores e prestadores que adotam valores éticos relacionados à proteção ambiental e ao respeito dos direitos sociais.

Fair trade é uma concepção multifacetária para o comércio internacional, surgida na segunda metade do século XX, e que representa um dos pilares do desenvolvimento sustentável.

A ideia de um Mercado Justo surgiu nos anos 1960 e ganhou corpo em 1967, quando foi criada, na Holanda, a Fair Trade Organisations. Dois anos depois, foi inaugurada a primeira loja de comércio justo. (...) A experiência se espalhou pela Europa e, no ano seguinte, foi criada a World Fair Trade Organization, que reúne atualmente cerca de 300

¹⁹ “(...) d’augmenter la production de soja en Europe pour être « cohérent avec [nos] ambitions écologiques ». « Quand on importe du soja qui est fait à marche forcée sur de la forêt détruite au Brésil, nous ne sommes pas cohérents avec nous-mêmes”. <https://www.lemonde.fr/international/article/2021/01/15/bresil-jair-bolsonaro-accuse-emmanuel-macron-de-dire-des-idioties-sur-le-soja_6066321_3210.html>. Acesso em: 15 jan. 2021.

²⁰ <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55651475>>. Acesso em: 15. Jan. 2021.



organizações em 60 países. O movimento dá especial atenção às exportações de países em desenvolvimento para países desenvolvidos, como artesanato e produtos agrícolas. Em poucas palavras, é o comércio onde o produtor recebe remuneração justa por seu trabalho²¹.

Uma das concepções do comércio justo está relacionada a uma rede de organizações não-governamentais compostas por empresas que objetivam conectar produtores, normalmente em países em desenvolvimento no Sul, com consumidores localizados em países desenvolvidos do Norte. Vejamos o que diz Martha Prevezer sobre o movimento “Fairtrade”.

(...) o movimento Fairtrade é uma ideia mais ampla de um movimento alternativo de comércio criado por iniciativas de governos do sul, organizações internacionais e ONGs que usam regulamentação para proteger os agricultores pobres dos mercados internacionais tentando estabelecer regras internacionais mais justas. Em outras palavras, o movimento Fairtrade usa o apoio da intervenção estatal, regulamentação e padrões para moderar os efeitos do mercado, especialmente em commodities (...)²².

Esse movimento, embora incipiente, apresenta potencial para influenciar práticas sustentáveis de consumo, mesmo diante da deficiente intervenção dos Poderes Públicos. Na verdade, retroalimentada pela consciência da sociedade, pode catalisar mudanças normativas e práticas administrativas vocacionadas à proteção ambiental e dos direitos laborais, em um cenário de potencial perda de mercados pela resistência ao consumo de produtos provenientes de áreas de degradação do meio ambiente ou da violação de outros direitos humanos.

Em sociedades que incorporaram postulados éticos relacionados a condutas ambientais e sociais, não há tolerância para empresas que desrespeitam o meio ambiente, a segurança alimentar, a saúde pública, os animais, os direitos dos trabalhadores, entre outros. Se o próprio Estado toma decisões equivocadas em suas políticas (...) a conscientização da sociedade civil, na qualidade de consumidora, pode influenciar as empresas a adotarem um controle mais efetivo de sua cadeia produtiva²³.

²¹ <<http://www.ecobrasil.eco.br/30-restrito/categoria-conceitos/1182-mercado-justo-fair-trade>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²² “(...) the Fairtrade movement is a broader idea of an alternative trade movement created by initiatives of Southern governments, international organizations and NGOs using regulation to protect poor farmers from international markets to try to establish fairer international rules. In other words, the Fairtrade movement uses the backing of state intervention, regulation, and standards to temper effects of market trade especially in commodities (...)”. PREVEZER, Martha. Fairtrade governance and its impact on local development. A framework. In: GRANVILLE, Brigitte and DINE, Janet (Ed.). *The Processes and Practices of Fair Trade*. Routledge: London and New York, 2013, p. 20.

²³ MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna e MAIA, Nicodemos Fabrício. Trabalho Escravo na Pesca e a Agenda do Trabalho Decente para os Trabalhadores Embarcados. Atuação do Estado Brasileiro para a Dignificação do Pescador. In: In: PAIXÃO, Cristiano e CAVALCANTI, Tiago Muniz (Org.). *Combate ao Trabalho Escravo. Conquistas, Estratégias e Desafios. Homenagem aos 15 anos da Conaete*. São Paulo: LTr, 2017, p. 368.



A partir dessa perspectiva, cabe arguir quem ocupa a posição de regulador das condutas que violam os direitos humanos²⁴.

Tradicionalmente, compete ao Estado (ou outro ator supranacional, como a União Europeia, por exemplo) a atribuição de regular as condutas de agentes econômicos (produtores e prestadores de serviços) dentro de suas fronteiras territoriais. No Brasil, identifica-se essa atividade na tradicional figura administrativa do exercício do poder de polícia e na atuação das agências reguladoras.

Contudo, a sociedade civil pode assumir esse papel regulador a partir de uma postura consumidora consciente, identificando as empresas que violam os postulados éticos e boas práticas de respeito aos direitos humanos. Esse papel de conscientização metaindividual pode se dar nos planos interno, estrangeiro ou internacional.

Esse movimento, que foi identificado no presente estudo como “fair trade”, pode gerar dois efeitos benéficos. O primeiro é a “consciência” empresarial de mudança dos processos produtivos internos e externos (na cadeia produtiva) para não haver perda competitiva de seus produtos e/ou serviços. O segundo é a percepção, por parte do Estado, da necessidade de melhorar a legislação interna e a atuação administrativa, com o objetivo de reduzir assimetrias que sejam identificadas pelos outros Estados como catalisadoras do “dumping social”.

Se o Brasil, por meio das autoridades constituídas, não perceber a tendência humanista que vem se firmando nas sociedades mais avançadas, corre o risco de um isolamento no comércio internacional, com repercussões graves para a sua economia.

Fernando Malta faz uma análise realista da posição atual em que o Brasil se coloca no plano internacional, sobretudo na perda de seu capital político angariado após décadas de construção de seu *soft power*.

Com o fim do ciclo econômico, o impeachment de 2016 e todas as discussões de reforma, a agenda ambiental nacional acaba por ser seriamente “escanteada”. A presença internacional e relevância do Brasil mergulha. A liderança e relevância na agenda climática é colocada em xeque. E cerca de 10 anos depois do início desse ciclo, vemos o oposto: o Brasil nunca ganhou tanta repercussão internacional desde 2009. Mas por motivos diametralmente opostos: a grande liderança ambiental, o *soft power* do desenvolvimento, agora perpetra a destruição de seu patrimônio. Mais do que perder a relevância e ser “escanteado”, o Brasil começa a ser isolado pelos países com quem historicamente sempre flertou (o Ocidente) e por conta de pautas que ajudou a construir (o desenvolvimento e o meio-ambiente). É impossível saber a escala de onde

²⁴ Expressão utilizada em sentido multidimensional.



chegaremos no atual rumo das coisas, mas devo dizer que sou cético quanto a uma melhoria desse nosso trajeto pelas posições e falas progressas do presidente e seus ministros de meio ambiente e relações exteriores. Em 10 anos, o Brasil nunca esteve tanto em evidência como agora no mundo. Mas não como líder, como “farol moral”; estamos nos tornando párias de um sistema que ajudamos a construir. E párias não são apenas escanteados, párias são excluídos²⁵.

Outro aspecto que merece ser destacado, embora não diretamente relacionado com o objeto do presente estudo, é a conexão das questões ambientais com a saúde coletiva. Os estudos científicos envolvendo a eclosão de surtos virais na segunda metade do século XX atribuem, entre outros fatores, a atuação humana sobre a natureza, inclusive a exploração econômica.

David Quammen, que teve a sua obra “Spillover” lançada em português em 2020, já com um prefácio sobre a covid-19 intitulado “nós criamos a epidemia do coronavírus”, informa que o surto surgido em Wuhan não é uma novidade e que “faz parte de uma sequência de contingências correlatas que remontam ao passado e avançam para o futuro, enquanto as atuais circunstâncias persistirem”²⁶.

Invadimos florestas tropicais e outras paisagens selvagens, que abrigam tantas espécies de animais e plantas – e dentro dessas criaturas, tantos vírus desconhecidos. Cortamos árvores; matamos os animais ou os engaiolamos e os enviamos aos mercados. Destruímos os ecossistemas e liberamos os vírus de seus hospedeiros naturais. Quando isso acontece, eles precisam de um novo hospedeiro. Muitas vezes, somos nós. (...) As circunstâncias atuais também incluem burocratas que mentem e ocultam más notícias e autoridades eleitas que se gabam de cortar florestas para criar empregos na indústria madeireira ou na agricultura ou de cortar orçamentos para saúde e pesquisa. A distância de Wuhan ou da Amazônia para Paris, Toronto ou Washington é curta para alguns vírus, medida em horas, tendo em vista que eles se dão muito bem pegando carona em aviões de passageiros. (...) devemos lembrar, quando a poeira baixar, que o nCov-2019 não foi um acontecimento novo ou um infortúnio que nos aconteceu. Era – e é – parte de um padrão de escolhas que nós, os seres humanos, estamos fazendo²⁷.

Concluimos esse breve estudo lembrando as advertências de Al Gore sobre a situação da civilização humana diante da bifurcação na estrada em que se desloca.

Precisamos escolher um dos dois caminhos. Ambos se abrem para o desconhecido, mas um deles leva em direção à destruição do equilíbrio climático do qual dependemos, ao esgotamento dos recursos insubstituíveis que nos sustentam, à degradação dos valores

²⁵ <<https://autossustentavel.com/2019/09/diplomacia-brasileira-e-o-meio-ambiente-de-exemplo-global-a-paria-internacional.html>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁶ QUAMMEN, David. *Contágio*. Infecções de Origem Animal e a Evolução das Pandemias. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 13.

²⁷ Idem, *Ibidem*, pp. 14-15.



humanos e à possibilidade de extinção da civilização como a conhecemos hoje. O outro leva para o futuro²⁸.

O movimento por um “fair trade”, se levado a sério pelos atores sociais internos, pode contribuir para a recolocação do Brasil nos trilhos do respeito aos direitos humanos, sociais e ambientais, e o restabelecimento da posição de destaque que vem se perdendo nos últimos anos.

4 CONCLUSÃO

O Brasil vem passando por ciclo de degelo de sua imagem em temas sensíveis para a comunidade internacional como a proteção do meio ambiente e das políticas de desenvolvimento social voltadas para a redução das desigualdades.

Com a redução dos controles estatais na tutela do meio ambiente, e com o agravamento das desigualdades sociais geradas pelo aprofundamento das reformas que vem sendo implementadas desde 2017, ressurgem manifestações externas sobre a posição do Brasil como um “player” assimétrico no comércio internacional.

Essa visão que vem sendo formada em alguns países tem potencial de influenciar o comércio exterior brasileiro, pela adoção de medidas restritivas à importação de produtos nacionais supostamente produzidos em áreas de degradação ambiental ou com trabalho em condições degradantes.

Se esse discurso gera resistência nas autoridades brasileiras, ainda não se percebeu um movimento interno no sentido de reverter essa percepção difusa de uma realidade tangível de retração dos direitos humanos no Brasil.

O presente estudo, ao ressaltar esse aspecto da interação entre os países, centrado em interesses nacionais, também reconheceu a existência de um movimento de atores supranacionais e não estatais no sentido de mudança de posturas pela conscientização dos consumidores, sobretudo nos países mais desenvolvidos.

O movimento por um mercado justo, nominado por “fair trade”, pode gerar uma “consciência” empresarial de mudança dos processos produtivos internos e externos, com maior controle das cadeias produtivas ao mesmo tempo em que criará uma pressão sobre o Estado na

²⁸ GORE, Al. *O Futuro*. Seis Desafios para Mudar o Mundo. São Paulo: HSM Editora, 2013, p. 384.



busca de um melhoraria da legislação interna e do estabelecimento de políticas públicas voltadas para a proteção ambiental e fortalecimento do respeito aos direitos sociais.

Conclusão: caso o Estado Brasileiro não perceber a tendência humanista que vem se firmando nas sociedades mais avançadas, corre o risco de um isolamento no comércio internacional, com repercussões graves para a economia nacional.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização. As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **A Metamorfose do Mundo. Novos Conceitos para uma Nova Realidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FARIA, José Eduardo. **Democracia e Governabilidade. Os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica**. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 127-160.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GORE, Al. **O Futuro. Seis Desafios para Mudar o Mundo**. São Paulo: HSM, 2013.

GUERRA, Sidney. **Da solidariedade para a “não indiferença”**: a construção de uma nova ordem jurídica internacional? In: CASELLA, Paulo Borba e RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional*. Homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 647-662.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALTA, Fernando. **Diplomacia Brasileira e o Meio Ambiente**: de exemplo global a pária internacional. Disponível em: <<https://autossustentavel.com/2019/09/diplomacia-brasileira-e-o-meio-ambiente-de-exemplo-global-a-paria-internacional.html>>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: Um Diálogo entre os Sistemas Internacionais de Proteção. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, LAGE, Délber Andrade e CREMASCO, Suzana Santi (Coords.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, pp. 443-465.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna e MAIA, Nicodemos Fabrício. **Trabalho Escravo na Pesca e a Agenda do Trabalho Decente para os Trabalhadores Embarcados. Atuação do Estado Brasileiro para a Dignificação do Pescador**. In: In: PAIXÃO, Cristiano e CAVALCANTI, Tiago Muniz (Org.). *Combate ao Trabalho Escravo*. Conquistas, Estratégias e Desafios. Homenagem aos 15 anos da Conaete. São Paulo: LTr, 2017, p. 355-370.



PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PREVEZER, Martha. **Fairtrade governance and its impact on local development. A framework**. In: GRANVILLE, Brigitte and DINE, Janet (Ed.). *The Processes and Practices of Fair Trade*. Routledge: London ad New York, 2013.

QUAMMEN, David. **Contágio. Infecções de Origem Animal e a Evolução das Pandemias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio Ambiente e Comércio Internacional**. Curitiba: Juruá, Editora, 2012.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2004.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. Emergência, Obrigações e Responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

VIDIGAL, Inara de Pinho Nascimento. **Certificação e Governança Ambiental Corporativa**. Instrumentos para o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ZANOCCHI, José Maria. **A Proteção do Meio Ambiente no Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.



VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

POLICE BRUTALITY IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE FAVELA NOVA BRASÍLIA CASE AT INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Paulo Alves dos Santos¹

Resumo: São recorrentes as discussões, tanto no âmbito acadêmico quanto em organismos internacionais, acerca do uso da violência pelas forças de segurança pública na prática brasileira. Este artigo propõe a discussão desta temática aplicando como metodologia a análise de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH. Inicialmente, são abordados alguns dados e concepções teóricas existentes acerca do termo violência policial. Em seguida, o problema é examinado à luz da jurisprudência da Corte IDH, com ênfase na decisão proferida no Caso Favela Nova Brasília, em que houve a responsabilização internacional do Brasil pela ausência de investigação e responsabilização de agentes policiais que incorreram no uso indevido da força. As conclusões alcançadas reforçam a necessidade de adequação das condições estruturais do sistema criminal brasileiro em direção aos padrões interamericanos de respeito e proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Violência Policial no Brasil, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Favela Nova Brasília, Segurança Pública.

Abstract: Discussions are recurrent, both in the academic sphere and in international organizations, about the use of violence by public security forces in Brazilian practice. This article proposes the discussion of this theme using as methodology the analysis of precedents from the Inter-American Court of Human Rights. Initially, some existing data and theoretical conceptions about the term police brutality are presented. Then, the problem is examined in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially in the decision handed down in the Favela Nova Brasília Case, in which Brazil was held internationally responsible for the lack of investigation and accountability of police officers who incurred the misuse of strength. The conclusions reached reinforce the need to adapt the structural conditions of the Brazilian criminal system forces towards the inter-American standards of respect and protection of human rights.

Keywords: Police Brutality in Brazil, Inter-American Court of Human Rights, Favela Nova Brasília Case, Public Security.

¹ Doutorando em Direito na Universidade de Brasília/DF. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília/DF. Especialista em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante. Membro do Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades - GPRAJ/UnB.



Súmaro: 1. Introdução. 2. Violência policial e suas acepções. 3. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). 4. O caso Favela Nova Brasília. 5. Perspectivas a partir do caso Favela Nova Brasília. 6. Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O escopo principal deste artigo é a abordagem do problema da violência policial no Brasil a partir da análise de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do exame de casos que serão apresentados adiante. Todavia, inicialmente é preciso situar a temática do ponto de vista prático e conceitual.

No atual estágio das discussões acerca da violência policial no Brasil, diversos problemas estruturais já se tornaram lugares comuns na crítica acadêmica em torno das corporações militares brasileiras, instituições nas quais a transição do regime autoritário precedente para o Estado Democrático de Direito alavancado pela Constituição de 1988 não se mostra plenamente desenvolvida, inclusive porque o novo ordenamento constitucional não alterou significativamente a organização das agências de segurança e de justiça criminal herdadas do período que lhe antecedeu.²

Entre os fatores que são, ao mesmo tempo, causas e produtos contínuos desta transição incompleta, podem ser citados problemas na formação inicial dos agentes policiais, a existência de uma cultura institucional de violência hierárquica³ e os altos níveis de letalidade que se naturalizaram na prática policial.⁴

Nesse aspecto, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a partir da análise de dados disponibilizados pelas Secretarias de Segurança Pública estaduais, concluiu que, até março de 2018, 11 (onze) em cada 100 (cem) mortes violentas intencionais ocorridas no Brasil foram provocadas pela ação das polícias, havendo, em média, 17 (dezessete) mortes por intervenção policial diariamente e mais de 6.220 (seis mil duzentas e vinte) mortes por esta causa no total.⁵

² SOUZA, Luís Antônio Francisco de; BATTIBUGLI, Thaís. Os Desafios da Reforma da Polícia no Brasil. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, v. 35, n. 126, p.49-60, jan./jun. 2014

³ GUIMARAES, Juliany Gonçalves; TORRES, Ana Raquel Rosas; FARIA, Margareth R. G. V. de. Democracia e violência policial: o caso da polícia militar. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 10, n. 2, p. 263-271, 2005.

⁴ BRITO, Tiago de Jesus. O controle da violência policial na democracia brasileira: uma análise do processamento da letalidade policial na Justiça Militar. **Revista de Ciências do Estado**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, v. 3, n. 1, pp. 335-365, 2018.

⁵ Dados disponíveis em: <https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>. Acesso em dezembro de 2020.



De outra parte, em agosto de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) divulgou comunicado expressando sua preocupação com “os recordes históricos de ações policiais violentas registradas durante o primeiro semestre deste ano”, conclamando o Estado brasileiro a adotar uma “política de segurança pública cidadã”. Segundo dados apresentados na nota, no ano de 2020 foram registrados aumentos nos casos de letalidade policial nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, havendo nítido recorte racial nas vítimas desta violência, uma vez que 80% (oitenta por cento) das vítimas fatais da polícia brasileira eram afrodescendentes. Por fim, a CIDH pontuou ações estruturais que, em sua visão, poderiam influenciar positivamente estes dados, entre elas o desenvolvimento de mecanismos efetivos e independentes capazes de investigar e punir os atos de violência com diligência e imparcialidade.⁶

O tema da violência policial também foi destaque no relatório elaborado pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH/ONU) no ciclo da revisão periódica universal concluído em 2017 acerca da situação geral de proteção dos direitos humanos no Brasil. Entre as observações e sugestões apresentadas pelos países participantes do diálogo interativo da revisão, foram incluídos: a) a introdução de treinamento obrigatório em direitos humanos nas agências policiais e a redução mínima de 10% (dez por cento) no número de mortes por ação policial (Reino Unido e Irlanda do Norte); b) a devida responsabilização dos agentes estatais por qualquer ato de violência (República Tcheca); c) o combate às execuções extrajudiciais camufladas pelos “autos de resistência à prisão”, assegurando que todas as mortes por intervenção policial sejam investigadas de maneira imparcial (Alemanha); e d) o combate à práticas de filtragem racial e detenção arbitrária por agentes policiais (Indonésia).⁷

Por este breve panorama, constata-se a atualidade e a relevância do problema da violência policial no Brasil, para o qual este artigo pretende oferecer uma contribuição a partir do exame da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Em vista deste propósito, no próximo tópico será discutido o significado do termo violência policial para, em seguida, ingressar-se propriamente na jurisprudência da Corte IDH, com ênfase final no caso brasileiro da Favela Nova Brasília.

⁶ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Comunicado de Imprensa n. 187/2020 (2 de agosto de 2020)**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/187.asp>.

⁷ HRC. Human Rights Council. **Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil**. Disponível em: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_WG.6_27_L.9_Brazil.pdf. Acesso em dezembro de 2020.



2 VIOLÊNCIA POLICIAL E SUAS ACEPÇÕES

O termo violência policial é polissêmico, o que ocasiona a existência de razoável imprecisão semântica quando ele é empregado. Paulo de Mesquita Neto sistematiza 4 (quatro) possíveis variantes no significado desta expressão.⁸

Em uma primeira acepção, o termo violência policial estaria em oposição a situações de uso lícito da força por agentes policiais. Dessa forma, o uso da força policial em situações amparadas pelas normas jurídicas não configuraria a referida violência, que estaria caracterizada apenas nas situações em que ela fosse exercida pelo agente fora dos atributos do cargo ou, ainda que no seu exercício, de maneira expressamente proibida pela lei, como nas hipóteses de tortura e extorsão. Esta concepção, com viés formalista, é mais restrita e rígida, pois está intimamente ligada ao binômio licitude/ilicitude.⁹

Uma segunda acepção, de caráter menos restritivo, alarga a discussão sobre a licitude da conduta para inserir nela o componente da legitimidade social da ação. Sob esse enfoque político-sociológico, ingressam no campo da violência policial não apenas as condutas propriamente ilícitas, mas também as condutas que, embora autorizadas formalmente pelo ordenamento jurídico, incorram no uso desnecessário e/ou excessivo da força física pelos agentes policiais. Com efeito, embora contemporaneamente o uso desnecessário e/ou excessivo da força possa também ser categorizado como ato ilícito por abuso de poder, esta segunda concepção de violência policial não está fundamentada na existência de uma tipificação legal da conduta, mas na legitimidade da ação estatal diante frente aos direitos individuais fundamentais assegurados em um Estado Democrático.¹⁰

Em uma terceira acepção, ainda mais ampla, por consequência, com menor rigor analítico, seria possível considerar violência policial não apenas os atos ilícitos e o uso excessivo da força, mas também o emprego ostensivo da força policial em situações geradoras de assombro na opinião pública. Seriam incluídos nesse conceito, por exemplo, o emprego de agentes portando ostensivamente armamentos de elevado calibre ou a montagem de barreiras para revista indiscriminada em carros que passam por determinado local. Esta concepção de violência

⁸ MESQUITA NETO, Paulo. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, Dulce; CARNEIRO, Leandro Piquet; CARVALHO, José Murilo. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

⁹ *Ibidem*, p. 132.

¹⁰ *Ibidem*, p.133.



policial, embora seja menos difundida do que as duas primeiras, tem ganhado maior destaque tanto na prática jurídica quanto na discussão acadêmica na medida em que os meios de comunicação social, responsáveis por propagar a notícia destes atos, tornam-se mais críticos em relação a eles, conferindo-lhes maior importância na formação da opinião pública e, por consequência, na elaboração das políticas de segurança pública.¹¹

Por fim, em uma quarta acepção, cujo enfoque está na consideração da atividade policial como uma profissão técnica que demanda treinamento adequado, a violência policial estaria configurada quando houvesse o uso da força de forma não técnica. Ou seja, haveria violência policial quando um agente empregasse mais força do que aquela que um agente altamente treinado demandaria para alcançar o mesmo resultado. Essa concepção passa ao largo das discussões acerca da legalidade e legitimidade do uso da força, para concentrar-se em enfoque eminentemente profissional da atividade.¹²

De um modo geral, apesar da primeira acepção apresentada ser mais restritiva, ela já seria suficiente para abarcar uma boa parte dos problemas em torno dos quais se discute a violência policial no Brasil. O próprio caso Favela Nova Brasília remete a uma situação de violência que envolveu execução arbitrária de pessoas e violência sexual por agentes policiais, condutas claramente vedadas pelo ordenamento jurídico. Com efeito, o exercício da força policial dentro de parâmetros de estrita legalidade já constituiria grande avanço dentro de um contexto no qual ainda está presente certa tolerância a práticas ilícitas como a tortura, a violência física e as ofensas morais contra os indivíduos abordados pelas forças de segurança pública. Desenvolver seriamente a vinculação à legalidade como elemento fundamental é importante para se abandonar a ideia autoritária de que as agências policiais podem elaborar um código de conduta próprio entre si, desvinculado da política de segurança pública debatida democraticamente, mantendo-se um estado de exceção permanente em torno das ações policiais.

Todavia, o parâmetro da legalidade, em termos formalistas, não se mostra suficiente sob as lentes do Estado Democrático. Neste paradigma de estado, o objetivo de todo o agente estatal deve ser o de agir em conformidade com o direito, compreendido não apenas como um conjunto de regras legais, mas também como um conjunto de princípios e valores. Portanto, é necessário

¹¹ *Ibidem*, p.134.

¹² *Ibidem*, p.135-136.



passar da ideia de estrita legalidade para a noção de juridicidade, que, para os fins deste artigo, significa a conformidade da ação policial com as regras do ordenamento jurídico e com os princípios do Estado Democrático, em especial o princípio da dignidade humana, estabelecido constitucionalmente como diretriz mais fundamental da ação estatal.¹³

Como observa Di Pietro¹⁴, toda a atividade administrativa do Estado, dentro da qual se insere o trabalho das agências policiais, precisa observar o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, não se impõe ao agente estatal apenas a observância da lei em sentido formal, mas a integral submissão de seus atos a todos os valores inseridos expressos ou implicitamente na Constituição. Desse modo, o alargamento da ideia de legalidade para a de juridicidade contempla a necessária ampliação valorativa da ação policial na sua transição ainda incompleta para a ordem democrática.

A juridicidade da conduta policial, aqui adotada como parâmetro para verificar a ocorrência da violência policial, reúne as duas primeiras acepções apresentadas, pois engloba tanto o aspecto formal da licitude quanto o aspecto material da legitimidade, atrelando esta última à observância dos princípios fundamentais do Estado Democrático. Além disso, esta formulação vincula-se diretamente à quarta acepção, pois oferece um critério para a formulação do modelo profissional de ação policial, estabelecendo que a melhor técnica a ser aplicada no exercício desta atividade é aquela que permita alcançar os objetivos pretendidos pela política de segurança pública resguardando a juridicidade das ações que serão tomadas para alcançá-los.

Ressalte-se que, como se verá mais adiante, a ideia de juridicidade da conduta policial aqui delineada encontra ressonância na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Isso porque a Corte IDH, em seus julgamentos, coloca ênfase tanto no aspecto formal da violência policial, quando exige a punição das condutas criminosas praticadas por agentes do Estado, em especial nos casos que envolvem a prática do delito de tortura, como no aspecto valorativo desta violência, destacando o dever estatal de comprovar a proporcionalidade de suas ações para elidir eventual responsabilização internacional por violação

¹³ A Constituição Brasileira de 1988 elenca a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático (art. 1.º, inciso III), devendo-se se destacar que a noção de dignidade transcende o próprio texto constitucional, de modo que “em quase todas as declarações de direitos contemporâneas se considere que a dignidade é o fundamento de todos os demais direitos” (ATIENZA, Manuel. 10 ideas sobre los derechos humanos. **Revista do Ministério Público**, N. 155, Julho/Setembro 2018, pp. 9-21.)

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.



de direitos humanos., ainda que não se trate especificamente da situação que envolva tortura ou outros delitos correlatos.

Portanto, define-se, nos limites restritos deste artigo, a violência policial como a atuação policial desprovida de juridicidade, ou seja, em desconformidade com as regras legalmente estabelecidas e com os princípios que orientam o estado democrático, em especial a dignidade humana.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O uso da força pelos agentes de segurança pública e a caracterização deste uso como violência policial tem sido examinado progressivamente em diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já constituindo um importante tópico temático de sua jurisprudência quanto à atuação dos países da região.

No caso *Irmãos Landaeta Mejís e outros vs Venezuela*¹⁵, julgado em 2014, a Corte examinou o tema da violência policial sob o enfoque do direito à vida assegurado pelo art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), interpretado em conjunto com o art. 1.1 deste mesmo diploma internacional. Este último dispositivo estabelece como dever do Estado Parte assegurar os direitos e liberdades reconhecidos na CADH e garantir o seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, de modo que, conforme interpreta a Corte IDH, compete ao Estado não apenas impedir que uma pessoa seja arbitrariamente privada de sua vida (obrigação negativa), mas igualmente promover e adotar as medidas necessárias para assegurar que a vida não será indevidamente colocada em risco (obrigação positiva).¹⁶

Naquela ocasião, a Corte IDH reviu a atuação do Estado Venezuelano em torno da morte do nacional Igmarr Landaeta, que perdeu a vida em situação de suposto enfrentamento com agentes policiais. Neste julgado, em que se conclui pela responsabilização internacional do Estado, tomou-se como parâmetro, além da própria CADH, os *Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da*

¹⁵ CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença de 27 de Agosto de 2014** (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). *Caso Irmãos Landaeta Mejís e outros vs Venezuela*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>. Acesso em dezembro/2020.

¹⁶ *Ibidem*, p. 36.



*Lei*¹⁷ e o *Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*¹⁸, ambos documentos internacionais do sistema ONU, bem como a jurisprudência anterior da própria Corte. Com amparo nestes parâmetros, a Corte IDH dividiu metodologicamente a análise do emprego da força policial e, por consequência, da responsabilidade estatal, em 3 (três) momentos: a) ações preventivas; b) ações concomitantes aos fatos e; c) ações posteriores aos fatos.¹⁹

Desse modo, estabeleceu-se que, previamente a qualquer fato concreto em que haja o risco de ocorrência da violência policial, é dever do Estado Parte, para demonstrar a legitimidade de sua ação, possuir um marco jurídico adequado que regule o uso da força, capacitar os funcionários responsáveis pelo uso da força e oferecer-lhes equipamentos adequados.²⁰ Durante a ocorrência dos referidos fatos, é indispensável que as operações policiais observem um plano de ação prévio a sua intervenção, elaborado a partir de uma adequada avaliação da situação, e tendo como objetivo a detenção dos sujeitos almejados, e não a privação de suas vidas. Além disso, no decorrer da ação, em harmonia com as diretrizes internacionais, o recurso intencional ao uso de armas letais é admitido apenas de maneira excepcional, observando-se a proporcionalidade da medida no contextos dos fatos, quando for absolutamente inevitável para proteger uma vida.²¹ Por fim, após os fatos em que houve o uso da força, o Estado deve facilitar os serviços médicos aos sujeitos atingidos, notificar com brevidade os parentes ou amigos íntimos, registrar os fatos em relatórios passíveis de supervisão administrativa e judicial, além de promover uma investigação dos fatos capaz de determinar o grau e o modo da participação de cada um dos interventores, sejam materiais ou intelectuais, e, se necessário, estabelecer as responsabilidades que lhes possam corresponder.²²

Estas diretrizes gerais acerca da legalidade e legitimidade da ação policial foram posteriormente desenvolvidas de maneira específica pela Corte IDH em duas vertentes. A primeira refere-se à violência policial manifestada sob a forma de tortura, nos termos do art. 5.2

¹⁷ ONU. Organização das Nações Unidas. **Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

¹⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. **Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

²⁰ CORTE IDH, 2014, p. 37.

²¹ *Ibidem*, p. 39.

²² *Ibidem*, p. 43.



da CADH, e a segunda refere-se à violência policial quando empregada contra grupos particularmente vulneráveis, como mulheres, imigrantes e a comunidade LGBTQI+, cuja proteção contra discriminação está sedimentada no art. 1.1 e no art. 24, ambos daquele mesmo diploma internacional.

Acerca da violência policial manifestada sob a forma de tortura, no caso *Valenzuela Ávila vs Guatemala*²³, julgado em 2019, a Corte IDH examinou e constatou a responsabilidade estatal sobre a violência praticada contra o referido nacional, que, segundo conclui o Tribunal, foi submetido a torturas físicas e psicológicas por agentes policiais. Nesta ocasião, a Corte IDH pontou a “proibição absoluta” de se submeter qualquer pessoa à tortura, assinalando que a referida norma internacional, embora prevista expressamente no art. 5.2 da CADH constitui verdadeira norma de *jus cogens*, cuja observância é obrigatória perante a comunidade internacional.²⁴

A Corte IDH colocou ênfase na especificidade da tortura quando praticada em contextos de violência policial, nos quais a vítima é normalmente separada do mundo exterior pelos agentes estatais e, uma vez privada de sua liberdade pelo próprio Estado, não possui meios para acionar mecanismos legais protetivos ou se comunicar com médicos, advogados ou familiares, encontrando-se em estado de completa vulnerabilidade. Em razão deste contexto específico, tendo em vista o modo como a custódia policial pode impactar na produção de provas dos atos de tortura, assentou-se que é dever do Estado assegurar a máxima diligência em obter e assegurar, com prontidão, todas as provas que possam esclarecer a ocorrência da tortura, especialmente as de caráter médico, ressaltando-se que a ausência de exames médicos comprobatórios não afasta, por si só, a ocorrência da tortura e a responsabilidade do Estado.²⁵

Com efeito, neste caso específico, a violência policial, consistente no uso indevido da força pelos agentes policiais, revestiu-se também dos elementos caracterizadores da tortura, quais sejam, tratar-se de um ato intencional, que causou severos sofrimentos físicos e mentais à vítima e que foi praticado pelos agentes policiais com uma finalidade específica – no caso, obter

²³ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 11 de outubro de 2019 (mérito, reparações e custas). Caso Valenzuela Ávila vs Guatemala. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

²⁴ *Ibidem*, p. 47.

²⁵ *Ibidem*, p. 47.



confissão acerca de um delito.²⁶ Portanto, fica clara a distinção entre os conceitos de violência policial e tortura na jurisprudência da Corte IDH, aquele possuindo um alcance mais amplo enquanto este possui uma caracterização mais limitada, podendo estes fenômenos ocorrerem em conjunto ou não.

No que tange ao emprego de violência policial contra grupos particularmente vulneráveis, no caso *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*²⁷, a Corte IDH pontou o viés de gênero que o uso indevido da força policial assume quando se trata de vítimas mulheres. Neste caso, o Tribunal destacou que, embora no contexto da violência policial os homens possam ser igualmente vítimas, é necessário observar que as mulheres são atingidas pelo uso ilegítimo da força policial de maneira diferenciada, a qual se revelou, no contexto dos fatos em análise, pela assunção de um caráter claramente sexual na violência perpetrada contra elas, pela ênfase da violência em partes íntimas dos corpos da vítimas, pelas ofensas carregadas de estereótipos acerca dos presumidos papéis sexuais e sociais da mulher e pela nítida intenção dos agentes estatais de humilhar e castigar as mulheres pelo fato de serem mulheres e, nessa condição, estarem participando de um ato de contestação política, ocupando um espaço que não lhes pertenceria.²⁸

A Corte IDH colocou especial ênfase nas agressões verbais utilizadas pelos agentes policiais ao longo dos fatos, os quais se referiram às vítimas como “umas putas” e “umas cachorras”, afirmaram que o emprego indevido da força decorria do fato de que elas “não estavam em suas casas lavando roupas”, que “deveriam estar em casa cozinhando ao invés de andar por aí” e que “se estivessem em casa assando tortilhas isso não teria acontecido”. Pontuou-se, ainda, as diversas e constantes ameaças de violações sexuais perpetradas pelos agentes policiais no curso de sua ação, algumas delas efetivamente consumadas e acompanhadas de provocações como “você gosta puta, verdade que você gosta? Como não iria gostar se você é uma cachorra?”²⁹

²⁶ *Ibidem*, p. 49.

²⁷ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença de 28 de novembro de 2018** (Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas). Caso *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

²⁸ *Ibidem*, p. 81 (tradução do autor).

²⁹ *Ibidem*, p. 81.



A especificidade da violência policial contra as mulheres, sob a ótica da Corte, exige uma ação igualmente específica do Estado acerca da questão, razão pela qual determinou-se que, entre as medidas de reparação, que o Estado Mexicano deveria elaborar, no prazo de 2 (dois) anos, um plano de fortalecimento do mecanismo nacional de acompanhamento dos casos de tortura sexual contra mulheres.³⁰

De outra parte, no *Caso Azul Rojas Marín vs Peru*³¹, a Corte IDH identificou os contornos discriminatórios da violência policial em face de pessoas LGBTQI+. Neste caso, a senhora Rojas Marín, que à época da dos fatos se identificava como homem gay e atualmente se identifica como mulher transexual, foi detida arbitrariamente por agentes policiais e sofreu atos de tortura com viés nitidamente discriminatório, entre eles a introdução de objetos em seu ânus e a utilização de expressões como “bicha de merda”, “você gosta de pau” e “colocar você na masmorra para que todos te peguem”.³²

Com efeito, o emprego da violência policial foi agravado por uma punição contra a vítima em razão de ela haver rompido com a heteronormatividade. A sentença reconheceu que os agentes policiais agiram motivados pelo desejo de “corrigir” a conduta sexual da vítima para impor a ela o ideal da masculinidade. Ante esta especificidade, a Corte acentuou a especial reprovabilidade dos fatos, caracterizando-o como um crime de ódio que transcende a violação individual perpetrada contra a vítima, pois transmite uma mensagem de insegurança e de ausência de proteção estatal a toda comunidade LGBTQI+. Por essa razão, também neste caso, foram determinadas, como medidas de reparação, ações estruturais consistentes: a) na elaboração de um protocolo de investigação e administração da justiça para os processos penais em que as vítimas de violência forem pessoas LGBTQI+; e b) na elaboração de um plano de capacitação dos agentes policiais, do Ministério Público e do Poder Judicial acerca do respeito à orientação sexual e às expressões de gênero, bem como acerca da discriminação, tortura e violência sexual contra pessoas LGBTQI+; e c) a criação de um sistema de compilação de dados acerca dos casos de violência contra pessoas LGBTQI+.³³

³⁰ *Ibidem*, p. 139.

³¹ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 12 de março de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). *Caso Azul Rojas Marín vs. Perú*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

³² *Ibidem*, p. 46 (tradução do autor).

³³ *Ibidem*, p. 78.



A Corte IDH também analisou o tema da violência policial em sua intersecção com a proteção de pessoas imigrantes, decidindo, no *Caso Roche Azaña y Otros Vs. Nicaragua*³⁴, pela responsabilização estatal em face da conduta de agentes policiais que dispararam com armas de fogo contra veículo onde se encontravam pessoas em migração com destino aos Estados Unidos da América, ocasionado ao menos 6 (seis) feridos e 1 (uma) morte. Conforme interpretou o Tribunal, a conduta dos agentes do Estado foi incompatível com os “estândares interamericanos” acerca do uso da força policial, pois não observou os critérios de legalidade, finalidade legítima da ação, absoluta necessidade e proporcionalidade das medidas empregadas.³⁵

O Tribunal ressaltou que a uso de força letal, ainda que sob o pretexto de controle migratório, foi ilegítimo e desproporcional, culminando por privar as pessoas em migração do direito ao devido processo legal, que deve ser assegurado a todos os indivíduos sob a jurisdição do Estado parte, independentemente de seu status migratório. Assim, a violência policial empregada no caso contrasta com a obrigação do Estado de assegurar o efetivo acesso à justiça às pessoas em migração, sendo certo que a posição de migrante impõe uma maior vulnerabilidade frente às agências estatais repressivas, o que não pode ser ignorada no planejamento e execução das ações policiais.³⁶

É necessário pontuar que, na situação deste caso, a configuração da violência policial pelo excesso no uso da força foi reconhecida prescindindo de um ato individualizado caracterizador de tortura ou outro delito similar. A própria estratégia utilizada pelos agentes públicos para coibir a alegada situação de migração ilegal, fazendo uso de armamento letal contra vítimas desarmadas, constituiu, por si só, violação à ordem normativa internacional, uma vez que não teriam sido observados os critérios da estrita necessidade e da proporcionalidade da ação.

³⁴ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença de 3 de junho de 2020** (Mérito e Reparaciones). Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicaragua. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_403_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

³⁵ *Ibidem*, p. 15-16.

³⁶ *Ibidem*, p. 27-28.



4 O CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Caso *Favela Nova Brasília vs Brasil*³⁷ se insere no amplo panorama de decisões da Corte IDH acerca da violência policial apresentado anteriormente. Nesta demanda, foi examinada a atuação das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro em duas operações realizadas nos dias 18/10/1994 e 08/05/1995³⁸, ambas na referida região urbana, das quais teriam resultado 26 (vinte e seis) execuções extrajudiciais e 3 (três) casos de violência sexual contra mulheres, 2(duas) destas menores de idade. Os fatos considerados como provados pelo Tribunal Internacional foram resumidos nos seguintes termos:

“Incursão policial de 18 de outubro de 1994

113. Em 18 de outubro de 1994, pela manhã, uma incursão policial foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 40 a 80 policiais civis e militares de várias delegacias da cidade do Rio de Janeiro. Somente 28 policiais foram identificados na investigação.

114. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a: i) disparar contra os ocupantes e levar os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade; ou ii) deter ocupantes para levá-los e posteriormente privá-los da vida e depositar seus corpos na praça da comunidade.

115. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram meninas de 15 e 16 anos de idade.

[...]

Incursão policial de 8 de maio de 1995

117. Em 8 de maio de 1995, aproximadamente às seis horas da manhã, um grupo de 14 policiais civis entrou na Favela Nova Brasília, com o apoio de dois helicópteros. A operação supostamente tinha como objetivo deter um carregamento de armas que seria entregue a traficantes de drogas da localidade. De acordo com testemunhas, houve um tiroteio entre policiais e supostos traficantes de drogas, que causou pânico na comunidade.

118. Como resultado dessa incursão policial, três policiais foram feridos e 13 homens da comunidade foram mortos. As análises forenses com base nos relatórios de autópsia mostraram numerosos ferimentos a bala no corpo das vítimas, com frequência impactando o peito, perto do coração e a cabeça. Além disso, documentos provenientes do Hospital Getúlio Vargas indicaram que as 13 pessoas chegaram mortas ao hospital.”³⁹

³⁷ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença de 16 de fevereiro de 2017** (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Caso Favela Nova Brasília vs Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em dezembro/2020.

³⁸ Apesar de as ações policiais terem sido realizadas nos anos de 1994 e 1995, a Corte IDH analisou apenas as violações de direitos humanos dela decorrentes e com efeitos que se estenderam no tempo após 10/12/1998, data em que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte.

³⁹ CORTE IDH, 2017, p. 31-33.



Diante desses fatos, a Corte IDH reconheceu, inicialmente, a violação dos arts. 8.1 (devido processo legal) e 25.1 (proteção judicial) da CADH, tendo em vista a omissão do Estado brasileiro ao não promover uma investigação diligente e em prazo razoável acerca da morte das vítimas, de modo que, mesmo após diversos anos, os fatos não foram devidamente esclarecidos e não houve a responsabilização do envolvidos. A esse respeito, o Tribunal destacou a demora e a ineficiência não apenas da polícia civil e da respectiva corregedoria em investigar os fatos, mas igualmente do Ministério Público brasileiro e do Poder Judiciário, que dispunham de mecanismo para imprimir maior diligência e seriedade à apuração das acusações, mas não o fizeram.⁴⁰

Ainda segundo a Corte IDH, Os referidos artigos foram também violados pela falta de independência dos órgãos investigadores encarregados de processar as alegações de violência policial. Isso porque a entidade inicialmente encarregada de conduzir as investigações acerca do uso indevido da força pelos agentes estatais era a mesma instituição que estava a cargo da incursão policial em exame, sendo inadmissível que os mesmos policiais sejam os responsáveis por uma investigação contra eles próprios ou contra seus companheiros de delegacia ou departamento.⁴¹

Além disso, de maneira autônoma, a Corte IDH reconheceu a violação à CADH pela ausência de proteção judicial aos familiares das vítimas, uma vez que não lhes foi assegurada participação efetiva nas investigações. Com efeito, conforme decidido pelo Tribunal internacional, o modelo de inquérito/sindicância administrativa adotado no Brasil para a investigação em casos de violência policial, normalmente conduzido sem a publicização dos atos e sem comunicação formal às famílias das vítimas, obsta que estas tenham acesso a um mecanismo efetivo de proteção contra a violação de direitos humanos ocasionada pela execução sumária de seus familiares e dificulta a viabilidade, se for o caso, do pleito referente à correspondente reparação no âmbito interno.⁴²

A Corte IDH particularizou, ainda, a violação à cláusula de proteção judicial especificamente quando às vítimas de violência sexual contra a mulher, uma vez que o Brasil não observou os padrões protetivos mínimos ao processar as graves acusações apresentadas pelas vítimas, os quais deveriam ter incluído: a) a possibilidade de que as vítimas prestassem

⁴⁰ *Ibidem*, p. 52.

⁴¹ *Ibidem*, p. 51.

⁴² *Ibidem*, p. 59-60.



depoimento em ambiente cômodo e seguro; b) o registro deste depoimento de forma a evitar a necessidade de repetição da narrativa; c) a prestação de atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada; d) a realização imediata de um exame médico e psicológico completo e detalhado, por pessoal idôneo e capacitado; e) a documentação e coordenação dos atos investigativos, com a devida diligência, preservando-se a cadeia de custódia; e f) o oferecimento de assistência jurídica gratuita à vítima em todas as fases do processo. No caso, contudo, as vítimas não tiveram acesso à nenhuma das referidas medidas, nem mesmo puderam prestar depoimento em local seguro, pois seus relatos foram colhidos em um contexto de medo e angústia, inclusive no próprio ambiente policial, sempre na condição de testemunhas e não na condição de vítimas de violência sexual.⁴³

Por outro vértice, tendo como base o art. 5.2 da CADH (direito à integridade pessoal)⁴⁴, a Corte IDH declarou o comprometimento da integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas fatais das referidas ações policiais, em razão da angústia e do sentimento de desproteção jurídica decorrente da inação do Estado brasileiro em investigar e punir os agentes responsáveis pela execução de seus familiares, assim como pelo dano ao projeto de vida destas famílias, que foram alterados pela morte prematura de seus membros, obrigando-os a adotar medidas como mudança de residência e renúncia à educação para trabalhar e assumir responsabilidades financeiras precocemente.⁴⁵

Particularmente quanto à integridade psíquica e moral das vítimas de violência sexual sobreviventes, a Corte IDH reconheceu que esta permaneceu sendo violada pelo Estado brasileiro por anos, uma vez que a completa falta de ação estatal acerca dos fatos e ausência de identificação e punição dos responsáveis pela violência gerou sentimentos permanentes de angústia e insegurança, sem que as vítimas pudessem se sentir minimamente protegidas ou reparadas pelo Estado.⁴⁶

Por fim, foi alegada perante a Corte IDH violação ao art. 22.1 da CADH (direito de residência e circulação), sob o argumento de que, após os fatos, as vítimas da violência sexual

⁴³ *Ibidem*, p. 63-64.

⁴⁴ A Corte IDH restringiu-se à análise da integridade pessoal dos familiares e vítimas sobreviventes, pois a integridade física das vítimas fatais foi restringida em momento anterior à aceitação da jurisdição da Corte IDH pelo Estado brasileiro. Vide nota 38.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 68.



foram obrigadas a se mudar da Favela Nova Brasília, tendo em vista, entre outros aspectos, que os agentes policiais envolvidos nos atos de violência continuavam a exercer normalmente as suas atividades naquela localidade. Todavia, o mérito desta alegação não foi examinado pela Corte, em razão de um defeito processual, pois os fatos invocados neste aspecto foram incluídos no processo extemporaneamente.⁴⁷

Diante das violações à CADH reconhecidas no julgamento, a Corte IDH impôs ao Brasil algumas reparações de caráter individual (indenizações pecuniárias, tratamento psicológico às vítimas *etc.*) e outras de caráter simbólico (publicação da sentença, ereção de placas comemorativas *etc.*). Todavia, o aspecto reparador que mais chama atenção são as diversas medidas de não repetição que constam na sentença internacional.

Quanto a estas medidas, a Corte IDH apontou a necessidade de que o Brasil reavalie suas políticas públicas acerca da violência policial. Nesse sentido, foi ressaltado a existência de diversos instrumentos legais no Brasil que abordam a temática, mas igualmente constatada a sua insuficiência prática no tratamento da matéria. Por essa razão, acerca da formulação das políticas públicas, foi determinado na decisão que o Estado: a) “[...] deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país. Esse relatório deverá também conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial”; b) “[...] na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados”; c) “[...] deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial”; d) “[...] deverá implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de

⁴⁷ A violação ao direito de residência e circulação não constou no relatório final apresentado pela CIDH, razão pela qual não pode ser objeto de exame pela Corte IDH.



saúde. Como parte dessa formação, deverão ser incluídas a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura e as normas internacionais em matéria de atendimento de vítimas e investigação desse tipo de caso”.⁴⁸

Além das referidas medidas de reestruturação de políticas públicas, a Corte IDH impôs ao Brasil a obrigação de alteração dos seus atos normativos internos, a fim de “permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público”, bem como a medida complementar de uniformização da “expressão ‘*lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial*’ nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial” de modo que, “o conceito de ‘*oposição*’ ou ‘*resistência*’ à ação policial deverá ser abolido”.⁴⁹

Como se vê, as constatações e determinações emanadas da decisão da Corte IDH acerca deste caso de violência policial no Brasil fazem surgir diversas questões que passamos a analisar no tópico seguinte.

5 PERSPECTIVAS A PARTIR DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Entre as funções que as Cortes Regionais de Direitos Humanos podem desempenhar nos sistemas jurídicos internos, uma questão que certamente não possui resposta uníssona, destaca-se a pretensão de que, a partir da análise tópico-problemática efetivada por estes órgãos internacionais, sejam criados “estândares regionais” protetivos em determinados temas. Estes estândares, por aplicação ao princípio *pro persona*, converter-se-iam em metas a serem perseguidas pelos países integrantes do sistema regional, objetivando a maior efetividade possível na proteção dos direitos humanos.⁵⁰

Nessa perspectiva, constata-se, de um lado, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem construído estândares interamericanos razoavelmente organizados e precisos sobre o uso adequado da força policial. Todavia, de outro lado, é preciso acompanhar se o

⁴⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁰ MARTINEZ, Lina Marcela Escobar. BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F. POVEDA, Margarita Cárdenas. La influencia de los estândares interamericanos de reparación en la jurisprudência del Consejo de Estado Colombiano. **Estudios Constitucionales**, Ano 9, Nº 2, 2011, pp. 165 - 190.



entendimento que vem se construindo naquela Corte atingirá efetivamente a prática interna dos países sujeitos à sua jurisdição, entre eles o Brasil.

A decisão proferida pela Corte IDH realça, em primeiro lugar, a incompletude de marcos normativos e políticas públicas para tratar da violência policial no âmbito interno. É certo que a própria Corte registrou os avanços empreendidos nos últimos anos, inclusive quanto ao aprimoramento da legislação brasileira sobre o tema.⁵¹ Todavia, a decisão internacional realça a existência de problemas básicos que impedem o adequado tratamento do tema, entre eles a ausência de dados sobre violência policial no Brasil.

O déficit de dados empíricos, indispensáveis à correta formulação de qualquer política pública, é evidenciado tanto pela ausência de um sistema público nacional de monitoramento da violência policial no Brasil, quanto pela facilidade com que esses dados podem ser perdidos ou camuflados por estratégias linguísticas em seu registro, como é o caso da adoção da terminologia “resistência” à ação policial em lugar de “homicídio” provocado por intervenção policial.

De outra parte, a decisão da Corte IDH reforça a compreensão de que a violência policial no Brasil é um problema institucional cuja permanência depende da convivência de diversos atores do sistema criminal. A ação policial abusiva se prolifera mais facilmente em um ambiente legislativo, jurisdicional, social e institucional que permite e tende a validar esta forma de agir.⁵² Nesse sentido, a sentença internacional chamou atenção não só para atuação direta dos agentes policiais, mas também para a incapacidade do Ministério Público, responsável pela supervisão da atividade policial no âmbito interno, em assegurar uma investigação diligente e imparcial sobre os fatos.

Além disso, segundo constatado pela Corte IDH, a culpa pela violação de direitos humanos também decorreu da ineficiência do Poder Judiciário, cuja jurisdição sobre os atos do poder público é inafastável e que igualmente não teria tratado as acusações com a devida diligência, deixando de agir em prazo razoável. Como se vê, a análise da Corte IDH não deixa

⁵¹ Após um detalhamento da legislação atual do Estado brasileiro, consta na decisão que “a Corte aplaude as medidas adotadas pelo Estado, mas destaca que a simples existência de instrumentos legais nesse sentido é insuficiente para garantir a efetiva proteção das mulheres vítimas de violência sexual, em especial quando os que a praticam são agentes do Estado.” (Ibidem, p. 78).

⁵² DUARTE, Evandro C. Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição de condutas de usuários e traficantes pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane; BAPTISTA, Gustavo; FIGUEIREDO, Isabel (Eds.). **Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 81–118.

dúvidas de que a violência policial não é um problema estritamente das corporações policiais, mas uma disfunção estrutural articulada em diversos níveis.

Exatamente por se tratar de um problema estrutural, a Corte IDH apontou, como uma das determinações destinadas a assegurar a não repetição dos atos violadores, a formação dos agentes policiais e dos agentes de saúde pública a respeito do atendimento às vítimas de violência sexual e de tortura, apostando na educação como um dos caminhos para a mudança da cultura institucional interna.

Em verdade, a formação em direitos humanos já constitui parte do currículo formativo oficial dos agentes policiais no Brasil, embora estudos apontem que a atuação prática dos policiais se pauta menos nessa formação inicial institucional de base e mais na formação que advém da vivência cotidiana da profissão.⁵³

Em todo caso, a Corte IDH preocupou-se em tornar o ensino do tema mais tangível ao incluir, no currículo obrigatório do curso formativo, o estudo da própria sentença que condenou o Brasil e de outros casos constantes no acervo jurisprudencial daquele Tribunal. Desse modo, a estratégia empregada pela Corte IDH tenta apresentar a violência policial e as violações de direitos humanos dela decorrentes como um problema próximo e factível, ao invés de se tratá-la como simples conteúdo acadêmico. Ao mesmo passo, este estudo específico das decisões da Corte IDH sinaliza aos agentes públicos em formação que há uma instância judicial internacional que não compactua com eventual conivência das instituições internas e que supervisiona sua atuação para, se for o caso, provocar o Estado à adequada responsabilização de agentes violadores.

Outro aspecto relevante ressaltado pela Corte IDH e sobre o qual a reflexão no âmbito interno ainda é incipiente diz respeito à proteção dos familiares das vítimas fatais da violência policial e do seu direito de acesso à justiça. O Tribunal manifestou especial preocupação com o fato de que não há mecanismos eficazes para garantir que esses familiares pudessem apresentar sugestões, receber informações, anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos no curso das investigações.

Esta violação é particularmente relevante porque decorre de uma norma prevista na legislação processual brasileira que impossibilita a participação dos familiares das vítimas como

⁵³ *Ibidem*, p. 103.



assistentes de acusação no curso do inquérito policial.⁵⁴ Assim, a investigação acerca da violência policial por agentes estatais fica excessivamente restrita à avaliação de outros agentes estatais, que serão os responsáveis por determinar se os fatos serão efetivamente tratados como atos violadores ou não.

De fato, a constatação da Corte IDH aponta para um problema maior, que é a falta de transparência nos procedimentos investigatórios que envolvem a atuação de agentes estatais em geral. A atuação dos agentes públicos agindo nesta condição funcional claramente é tema de interesse público, cuja resolução interessa de maneira mais direta aos familiares das vítimas, mas que igualmente interessa a toda sociedade, pois é em nome desta última que se legitima o uso da força no Estado Democrático. Desse modo, a decisão da Corte IDH, ao buscar assegurar a participação dos familiares das vítimas nas investigações, foi ainda módica, tendo em vista que a cláusula republicana e o princípio da transparência justificariam que fatos dessa natureza fossem apurados em procedimentos completamente públicos e revestidos da devida publicidade.

É necessário destacar, ainda, a questão da interseccionalidade entre a violência policial e outras violências que a ela se agregam. Embora não tratada de maneira específica no Caso Favela Nova Brasília, o conjunto das decisões da Corte IDH revela que outras violências socialmente fundamentadas no gênero, orientação sexual, condição migratória e raça ingressam no contexto da ação dos agentes policiais.

A esse respeito, constou como *obiter dictum* na decisão da Corte IDH o recorte racial da violência policial no Brasil. Segundo os dados tomados pelo Tribunal para traçar um panorama geral da questão no país, mais da metade dos mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens, dos quais 77% eram negros. Além disso, estima-se que, no estado do Rio de Janeiro, a oportunidade de um jovem negro morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco.⁵⁵ Portanto, é imprescindível que os recortes interseccionais sejam considerados na formulação das políticas públicas e marcos normativos acerca da violência policial no Brasil.

De fato, a complexidade do problema da violência policial no Brasil, cujos contornos mais gerias podem ser observados no Caso Favela Nova Brasília e nos demais julgamentos

⁵⁴ Como ressaltado na própria decisão da Corte IDH acerca do art. 268 do Código de Processo Penal brasileira, “a falta de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro impede a possibilidade de que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação, limitando-as à fase judicial.” (Corte IDH, 2017, p. 59).

⁵⁵ Corte IDH, 2017, p. 29.



examinados neste estudo, exige uma abordagem multifacetada, direcionada aos diversos níveis do sistema criminal, baseada em fundamentação empírica e atenta aos padrões regionais de proteção aos direitos humanos já desenhados pela Corte IDH, uma tarefa na qual o Estado brasileiro ainda engatinha.

6 CONCLUSÕES

Este artigo propôs uma breve reflexão acerca da violência policial no Brasil a partir da jurisprudência da Corte IDH, em especial do julgamento proferido no caso Favela Nova Brasília, em que aquele órgão internacional teve a oportunidade de examinar diretamente um recorte da prática brasileira. Ao final, constatou-se a necessidade de o Estado brasileiro avançar em direção aos padrões interamericanos de direitos humanos no que tange à formulação de políticas públicas e marcos normativos neste tema.

Entre as dificuldades constatadas na compatibilização entre prática brasileira e os parâmetros interamericanos encontram-se a ausência de dados precisos acerca dos casos de violência policial no Brasil e a existência de uma cultura institucional, presente em diversos níveis do sistema criminal, que tende a tratar os referidos casos com menor diligência. De fato, ausência de diligência e de eficiência nas investigações dos atos violadores foi um dos principais fatores responsáveis pela responsabilização internacional do Brasil, não havendo evidência de que esta situação tenha se alterado substancialmente após a prolação da sentença internacional, cujos pontos principais ainda se encontram pendentes de cumprimento, conforme declarado pela própria Corte IDH.⁵⁶

Também se constatou a necessidade de conferir maior publicidade aos procedimentos investigatórios que tratam de casos de violência policial. A Corte IDH impôs a obrigação mínima de que estes procedimentos possam ser acompanhados pelos familiares das vítimas, aos quais deve ser assegurado o direito de neles intervir para assegurar seus direitos. Todavia, as diretrizes republicanas e de transparência na gestão dos assuntos públicos conferem base normativa para

⁵⁶ CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de outubro de 2019** (Supervisão de Cumprimento de Sentença no Caso Favela Nova Brasília vs Brasil). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/favela_07_10_19.pdf. Acesso em dezembro/2020.



que a publicidade destes procedimentos seja ainda mais larga, uma vez que o tema interesse a toda sociedade.

Do mesmo modo, observou-se que a Corte IDH compreende a educação dos agentes públicos como um caminho possível para a alteração da cultura institucional interna. A esse respeito, destaca-se que esse caminho educacional deve se apresentar da maneira mais prática e concreta possível, sendo igualmente relevante o contato dos agentes públicos em formação com a jurisprudência da Corte IDH, a fim de que eles tomem ciência de sua existência, dos parâmetros de atuação por ela propostos e da possível responsabilização que ela pode exigir do Estado no âmbito interno.

Ademais, o caminho educativo, apresentado em paralelo ao caminho de responsabilização dos agentes violadores igualmente determinado pela Corte IDH, não pode deixar de incorporar questões referentes a interseccionalidade das violências contra grupos particularmente vulneráveis. De fato, a interseccionalidade e a necessidade da formulação de soluções em diversas frentes são elementos fundamentais para o adequado enfrentamento do problema da violência policial no Brasil, questão para a qual este artigo despretensiosamente apenas oferece algumas ponderações iniciais.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. 10 ideas sobre los derechos humanos. **Revista do Ministério Público**, N. 155, julho/setembro 2018, pp. 9-21.

BRITO, Tiago de Jesus. O controle da violência policial na democracia brasileira: uma análise do processamento da letalidade policial na Justiça Militar. **Revista de Ciências do Estado**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Vol. 3, N. 1, pp. 335-365.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Comunicado de Imprensa n. 187/2020 (2 de agosto de 2020)**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/187.asp>. Acesso em dezembro de 2020.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de outubro de 2019 (Supervisão de Cumprimento de Sentença no Caso Favela Nova Brasília vs Brasil). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/favela_07_10_19.pdf. Acesso em dezembro/2020.



_____. **Sentença de 27 de Agosto de 2014** (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). *Caso Irmãos Landaeta Mejís e outros vs Venezuela*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>. Acesso em dezembro de 2020.

_____. **Sentença de 11 de outubro de 2019** (mérito, reparações e custas). *Caso Valenzuela Ávila vs Guatemala*. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

_____. **Sentença de 28 de novembro de 2018** (Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas). *Caso Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

_____. **Sentença de 12 de março de 2020** (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). *Caso Azul Rojas Marín vs. Perú*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

_____. **Sentença de 3 de junho de 2020** (Mérito e Reparções). *Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_403_esp.pdf. Acesso em dezembro/2020.

_____. **Sentença de 16 de fevereiro de 2017** (Exceções preliminares, Mérito, Reparções e Custas). *Caso Favela Nova Brasília vs Brasil*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em dezembro/2020.

DI PIETRO, maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Evandro C. Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição de condutas de usuários e traficantes pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane; BAPTISTA, Gustavo; FIGUEIREDO, Isabel (Eds.). **Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 81–118.

GUIMARAES, Juliany Gonçalves; TORRES, Ana Raquel Rosas; FARIA, Margareth R. G. V. de. Democracia e violência policial: o caso da polícia militar. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 10, n. 2, p. 263-271, 2005.

HRC. Human Rights Council. **Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil**. Disponível em: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_WG.6_27_L.9_Brazil.pdf. Acesso em dezembro de 2020.

MARTINEZ, Lina Marcela Escobar. BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F. POVEDA, Margarita Cárdenas. La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudência del Consejo de Estado Colombiano. **Estudios Constitucionales**, Año 9, Nº 2, 2011, pp. 165 - 190.



MESQUITA NETO, Paulo. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, Dulce; CARNEIRO, Leandro Piquet; CARVALHO, José Murilo. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ONU. Organização Das Nações Unidas. **Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

ONU. Organização Das Nações Unidas. **Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de; BATTIBUGLI, Thaís. Os Desafios da Reforma da Polícia no Brasil. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, v. 35, n. 126, p.49-60, jan./jun. 2014.

