



ISSN 1677-1419

Revista do

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 22, Vol. 22, Número 22 - 2022



ORGANIZADORES

**ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL**



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 22, Vol. 22, Número 22 - 2022



Homenageado especial

Prof. Margarito Ortega Ballesteros

*O conteúdo dos artigos
é de inteira responsabilidade
dos autores.*

*Permite-se a reprodução parcial
ou total dos artigos aqui
publicados desde que seja
mencionada a fonte.*

Distribuição:

Instituto Brasileiro de Direitos
Humanos

Rua José Carneiro da Silveira, 15 -
ap. 301 - Cocó

CEP: 60192.030

Fortaleza - Ceará - Brasil

<http://www.idbh.org.br>

E-mail: cesarbl@matrix.com.br ou
cesaroliveiradebarros@gmail.com

A Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos
é uma publicação anual do IBDH.



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 22, Vol. 22, Número 22 - 2022

Organizadores

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Barros Leal

Conselho Editorial

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Barros Leal
Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati
Sílvia Maria de Silva Loureiro
Antônio Álvares da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Otávio Sá Ricarte
Bleine Queiroz Caúla
Catherine Maia
Elkin Eduardo Gallego Giraldo
Emilia Segares
Emmanuel Teófilo Furtado
Gonzalo Elizondo Breedy
Juan Carlos Murillo
Juana Maria Ibáñez Rivas
Pablo Saavedra Alessandri
Philippe Cuvreur
Raúl Cadena Palacios
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Ruth Villanueva Castilleja
Valter Moura do Carmo

Projeto Gráfico/Capa

Nilo Alves Júnior

Diagramação

Franciana Pequeno da Silva

Revisão

César Barros Leal

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 22, N. 22 (2022). Fortaleza, Ceará.

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2022.
Anual.

1. Direitos Humanos - Periódicos. I. Brasil.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

CDU



ORGANIZADORES
ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Sumário

Ano 22, Vol. 22, Número 22 - 2022

● Conselho Consultivo do IBDH.....	05
● Apresentação	09
I - Violações dos Direitos à Saúde e à Educação no Contexto da Pandemia da Covid-19 Aline Albuquerque de Oliveira e Ana Clara Leal da Costa Bueno.....	11
II - A (Im)Possibilidade dos Direitos Humanos na Índia: O Caso das Dalits Ana Thais Barreto Apoliano, Mônica de Lourdes Neves Santana e Anna Karollinne Lopes Cardoso.....	27
III - As Sete Décadas de Projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a Necessária Preservação de Seu Legado Antônio Augusto Cançado Trindade.....	43
IV - La Vulnérabilité dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme Céline Ruet.....	67
V - Direitos Humanos e Literatura César Barros Leal.....	83
VI - Combate ao Racismo e Condenações do Brasil pela Corte Interamericana: O Gap entre a Responsabilização Empresarial e Dever de Proteção Estatal Danielle Anne Pamplona, Inês Virgínia Prado Soares e Melina Girardi Fachin.....	95
VII - Brazilian Forced Migrants Abroad: Endemic Insecurity as a Reason to Flee Danielle Annoni and Andrea Maria Calazans Pacheco Pacifico.....	107
VIII - Movimentos Sociais enquanto Espaço de Formação para Educação Antirracista e acesso aos Direitos Humanos Eunice Pereira da Silva e Racquel Valério Martins.....	119
IX - Human Rights in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice Indré Isokaité-Valuzé.....	127
X - A Insuficiência do Conceito de Gerações para Discutir os Direitos Humanos das Mulheres: Uma Análise da Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte de 1988 José S. Carvalho Filho e Melina Macedo Bemfica.....	141
XI - El Control de Convencionalidad ex Officio en los Ámbitos Legislativo y Ejecutivo en sede doméstica en las Américas: El Caso de México Julieta Morales Sánchez.....	155
XII - Direitos Humanos, Migração e Saúde: Discutindo o Acesso de Migrantes e Refugiados aos Serviços de Saúde no Brasil Lara Abreu Cruz.....	177
XIII - A Proteção Internacional aos Refugiados Ambientais: Uma análise a partir do caso "Kiribati" Leilane Serratine Grubba e Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi.....	195
XIV - 'Meddling Outsiders'? Harmful Traditional Practices, <i>Pacta Sunt Servanda</i> , and the Dilemma of Human Rights Practitioners Leonardo Soares Nader.....	209
XV - Direito Fundamental ao Esquecimento? Magno Gomes de Oliveira.....	225
XVI - Reparación de las Violaciones de los Derechos Humanos: ¿Qué Papel Tienen los Fondos Fiduciarios? Una Visión Exploratoria de los Fondos Internacionales Miriam Cohen.....	243
XVII - Derecho a la Protesta desde la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El Caso Colombiano Omar Huertas Díaz, Nayibe Paola Jiménez Rodríguez e Ángela Paola Contreras Álvarez.....	259

XVIII - A System at the Vanguard: The Evolution of Women's Human Rights in the Inter-American Human Rights System, 1948-Present Rebecca Smyth	269
XIX - Direitos Humanos e uma Gestão Empresarial Socialmente Responsável para os Desamparados Renato Alves Vieira de Melo	285
XX - O Enfrentamento à Covid-19 pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas Renato Zerbini Ribeiro Leão	295
XXI - Sistemas Penitenciários Latino-Americanos: Um Estado de Coisas Inconvencional? Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Luciano Oliveira de Santana	313
XXII - Autoritarismo e Encarceramento em Massa na América Latina Vívian Marina Araújo Guimarães e Nikaelly Lopes de Freitas	333
XXIII - Kashmir's Right to Self Determination, UNSC Resolutions and Culpability under International Humanitarian Law Zia Akhtar	347
● ANEXOS	371
XXIV - A Joint Submission by: The UPR Project at BCU, Universidade Federal Fluminense, the Universidade Estácio de Sá.....	373
XXV - Cartaz - XVIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos.....	393
XXVI - Programa do Curso em Português e Espanhol.....	395
XXVII - Portfólio do Curso.....	405
XXVIII - Manual de Orientação aos Participantes (VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos) 2022.....	411
● CONSELHO EDITORIAL	427

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDH

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; ex-Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do *Institut de Droit International*; Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Prêmio Balzan em Direitos Humanos.

- **César Barros Leal (Presidente)**

Realizou estágio pós-doutoral em Estudos Latino-americanos na Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; em Direitos Humanos, na Universidade de Salamanca; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Membro da Academia Cearense de Letras.

- **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (1ª Vice-Presidente)**

Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camilo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; ex-Procuradora Geral do Estado do Piauí.

- **Sílvia Maria de Silva Loureiro (2ª Vice-Presidente)**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental – PPGDA e do curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional; corresponsável pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental – ED/UEA.

- **André Olavo Leite**

Doutor em Direito pelo Conservatoire National des Arts et Métiers e pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pesquisador Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Vilnius.

- **Andrew Drzemczewski**

Ph. D. (Universidade de Londres); ex-Professor Visitante da Universidade de Londres; Diretor da Unidade de *Monitoring* do Conselho da Europa; Conferencista em Universidades de vários países.

- **Christophe Swinarski**

Ex-Consultor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV-Genebra); Delegado do CICV no Extremo Oriente e ex-Delegado do CICV na América do Sul (Cone Sul); Conferencista em Universidades de vários países.

- **Dean Spielmann**

Ex-Juiz e Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Juiz do Tribunal da União Europeia; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

- **Héctor Fix-Zamudio**

Professor Titular e Investigador Emérito do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

- **Hélio das Chagas Leitão Neto**

Ex-Secretário de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará; ex-Presidente da Seccional do Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil; Pós-graduado em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB.

- **Jaime Ruiz de Santiago**

Ex-Professor da Universidade Ibero-americana do México; ex-Encarregado de Missão do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no Brasil; ex-Delegado do ACNUR em San José da Costa Rica; Conferencista em Universidades de vários países.

- **Jorge Padilla**

Graduado em Administração de Negócios Internacionais; Consultor Permanente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos desde 2003; Consultor Corporativo em Projetos de Responsabilidade Social; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais na Universidade Autônoma da América Central, Costa Rica.

- **Lilly Ching**

Doutora em Direito; Diretora da Unidade de Petições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assesora Jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Linos-Alexandre Sicilianos**

Juiz e Vice-Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

- **Ludovic Hennebel**

Doutor em Direito; Professor de Direito Internacional da Universidade de Aix-en-Provence; Diretor da Clínica de Direito Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Aix-en-Provence.

- **Manuel E. Ventura Robles**

Ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

- **Michelangelo Scalabrino**

Doutora em Direito Internacional pela Universidade Católica de Milão; Professora de Direito Internacional da mesma universidade; Membro do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Trieste); Professora visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Néstor José Méndez González**

Advogado; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Diretor Geral do Instituto Nacional de Apoio a Vítimas e Estudos em Criminalidade (México).

- **Paulo Lugon Arantes**

Pesquisador Internacional; Mestre pela Utrecht Universiteit e Doutor pela Katholieke Universiteit Leuven; Relator *Ad-hoc* do Conselho Nacional de Direitos Humanos; Atua como consultor para Organizações da Sociedade Civil e Vítimas de Violações de Direitos Humanos.

- **Sébastien Touzé**

Professor da Universidade de Estrasburgo; Secretário-Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos René Cassin (Estrasburgo); Membro do Conselho da Sociedade Francesa de Direito Internacional; Professor Associado do Instituto de Altos Estudos Internacionais e do Centro de Pesquisa em Direitos Humanos e Direito Humanitário da Universidade de Paris II (Panthéon-Assas).

- **Soledad García Muñoz**

Advogada; Diplomada em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri; Professora da Universidade Nacional de La Plata e da Universidade de Buenos Aires; Relatora Especial DESCA da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos IBDH, com sede em Fortaleza, capital do estado do Ceará, Brasil, tem o orgulho de lhes apresentar o 22º número de sua revista anual, um espaço privilegiado de divulgação de ideias e pensamentos, de apresentação de pesquisas, na vasto e fecundo território dos direitos humanos, congregando profissionais de diversos países, cujas contribuições figuram em seus idiomas originais, a saber: português, espanhol, francês, inglês, italiano e alemão.

A revista pode ser encontrada também no portal revista.ibdh.org.br, em que é possível visualizar seu conteúdo e fazer download de qualquer de seus artigos, o mesmo podendo ser feito, no site do IBDH (ibdh.org.br), com os textos de mais de quarenta obras. A proposta é dar vida aos objetivos do Instituto, estatutariamente previstos, de assegurar a promoção dos direitos humanos em sua universalidade, ou seja, a todos os seres humanos, livres ou não, posto que, sabidamente, são anteriores e superiores ao próprio Estado.

Com a passagem dos anos, desde sua fundação, em 14 de julho de 1990, o IBDH cresceu e se expandiu bastante, diversificando suas atividades, presenciais ou virtuais (as últimas, neste ano, predominantes, por força da epidemia), sendo seu carro-chefe os cursos brasileiros interdisciplinares em direitos humanos, efetuados a cada dois anos, em Fortaleza, com duas semanas de duração. Os alunos são dos mais diferentes segmentos (juízes estaduais e federais, advogados públicos e privados, promotores e procuradores de justiça, procuradores do estado, do município e da república, defensores públicos dos estados e da União, jornalistas, assistentes sociais, psicólogos, policiais civis e militares, agentes prisionais, presos e egressos, ciganos, indígenas, além de representantes de outros setores da comunidade jurídica e da sociedade), os quais tomam parte de uma agenda de conferências, painéis, oficinas temáticas e estudos de caso (simulação de um caso hipotético de violação de direitos humanos, encaminhado ao sistema interamericano de proteção desses direitos), além de visitas institucionais. O corpo docente, de expositores e facilitadores, é integrado por especialistas, mestres e doutores, provenientes de vários estados do Brasil e de outros países do continente latino-americano e da Europa.

Apoiada por diversas instituições ao longo do tempo (Banco do Nordeste, União Europeia, Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e Centro Universitário Farias Brito), distribuída gratuitamente a seus leitores, a Revista é por igual uma das publicações regulares dos cursos interdisciplinares, somando-se aos livros, redigidos em quatro línguas (português, espanhol, francês e inglês), que versam sobre a temática sugerida para cada uma de suas versões. Em 2022, no período de 15 a 26 de agosto (tivemos de adiá-lo, por razões sobejamente conhecidas), o Curso se centrará nos direitos humanos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos. Nos anos pretéritos, abordamos em sequência: Os direitos humanos desde a pobreza; o acesso à justiça e a segurança cidadã; igualdade e não-discriminação; o respeito à dignidade da pessoa humana; o princípio de humanidade; os direitos humanos e o meio ambiente; e o desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Toda essa pluralidade de temas não apenas reforça a percepção da amplitude de suas atuações, que são semelhantes às do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), entidade irmã, com sede em San José, Costa Rica, fundado em 30 de julho de 1980, com cuja parceria o IBDH conta para materializar o Curso brasileiro e que organiza, com intensa experiência, há quase quatro décadas, um curso análogo, de primeira grandeza. São instituições paradigmáticas, com compromissos comuns e natureza essencialmente acadêmica, o que significa dizer que não atuam, por uma decisão que se autoimpuseram, em denúncias de desrespeito de direitos humanos, embora não se privem de recebê-las e direcioná-las aos órgãos pertinentes.

O IBDH tem consciência da interdependência e da indivisibilidade de todos os direitos, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que, aliás, tem sido destacado nas eventos que desenvolvemos no Brasil e no estrangeiro, bem como nas apresentações das revistas anteriores, em que enfatizamos a necessidade de se garantir uma visão integral dos direitos humanos,

no marco de uma sociedade participativa e inclusiva. Entende-se que existe/deve existir uma estreita correlação da democracia, exercida de pleno, com a vigência dos direitos humanos, abarcando todas as faixas da população.

Uma vez mais se impõe o rechaço à teoria ultrapassada, obsoleta, das gerações de direitos humanos, amiúde esgrimidas por seu caráter didático, mas que constituem, sem lugar a dúvidas, um desserviço à materialização e aos avanços dos direitos humanos, por força de sua visão fragmentada ou atomizada no domínio desses direitos protegidos, cujos defensores repudiam(os) categorizações despiciendas (em menoscabo a alguns direitos, tidos por muitos, erroneamente, como não exigíveis e justiciáveis) e, ao mesmo tempo, exigem precisão no manejo de seus conceitos básicos, aptos a favorecer um nexos com a edificação de uma sociedade que pretende ser justa e solidária, sem argumentos enganosos e/ou postergações que comprometam sua aplicação.

De igual modo, continuamos, a partir de nossa trincheira profissional e acadêmica, contrários às mudanças produzidas na Lei Magna pelo §3º do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45, por suas incoerências, suas discrepâncias; elas provocam aporias e perplexidades, inclusive com relação aos tratados prévios à aludida emenda, ao submeter sua aprovação ao parlamento, o que foi assinalado com propriedade pela professora Sílvia Maria da Silveira Loureiro, da Universidade do Estado do Amazonas, em conferência, pronunciada em agosto de 2020, no Fórum Permanente Virtual dos Direitos Humanos Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade.

Anima-nos saber que os artigos contidos neste número se agregarão a dezenas de outros, constantes das publicações com o selo do IBDH e compulsados com extrema frequência, de conformidade com relatórios de acesso que periodicamente nos são exibidos.

Ao leitor acenamos com o convite para visitar nossa página na Internet e o portal da Revista, assim como participar de nossos seminários e cursos e enviar-nos artigos, dando uma contribuição inestimável ao esforço empreendido pelo Instituto com vistas a consolidar, em nossa região, uma cultura mais avigorada de observância dos direitos humanos. Com isso certamente se marchará a passos largos para reduzir o hiato existente entre as Constituições, os documentos universais de proteção dos direitos humanos, a jurisprudência das cortes interamericanas e internacionais, e o dia-a-dia cruel dos cidadãos, particularmente dos desfavorecidos pela fortuna.

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

VIOLAÇÕES DOS DIREITOS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

.....

Aline Albuquerque de Oliveira

Doutorado em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília (2009 – 2010); Pós-doutorado em Direitos Humanos e Pesquisadora Visitante do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex, Inglaterra - Bolsa de Estágio Pós-Doutoral da Capes (2014/2015); Doutorado em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília e Universidade de Zurique - Bolsa Doutorado Sanduíche da Capes (2010); Pós-Doutorado em Direito Humano à Saúde pela Universidade de Emory, Estados Unidos (2011).

Ana Clara Leal da Costa Bueno

Graduanda em Direito na instituição de ensino Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Atuação profissional no TJDF, STF e DPU, assim como breve experiência em escritório de advocacia.

RESUMO

A pandemia da COVID-19 implicou em diversas violações de direitos humanos, ocorrendo paralelamente a uma crise de direitos humanos preexistente. Agravou essas violações dos direitos humanos, particularmente os direitos sociais. Dentre os direitos sociais, o direito à saúde e o direito à educação desempenham funções fundamentais na sociedade por apresentarem uma relação íntima e intrínseca com a dignidade humana. Assim, suas transgressões acumulam consequências a longo prazo. É essencial absorver os fenômenos ocorridos em decorrência da pandemia e identificar suas causas, a fim de buscar a recuperação e prevenir crises futuras. O presente artigo consiste em uma pesquisa pautada em uma profunda análise dos relatórios A/75/163, orientado ao direito à saúde, e A/HRC/44/39, dirigida ao direito à educação, emitida pelos Relatores Especiais das Nações Unidas, com o objetivo central de identificar as principais violações desses direitos e seus motivos.

Palavras-chave

Pandemia; COVID-19; direito à educação; direito à saúde; violações; Organização das Nações Unidas.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic gave rise to several human rights violations, occurring alongside a preexisting human rights crisis. It aggravated these human rights violations, particularly those

of social rights. Among social rights, the right to health and the right to education perform key functions in society by presenting an intimate and intrinsic relation to human dignity. Thus, its transgressions assemble long term consequences. It is essential to absorb the phenomena that occurred as a result of the pandemic and to identify its causes, in order to strive for recovery and prevent future crises. The present article consists of a research lined in an profound analysis of the reports A/75/163, orientated to the right to health, and A/HRC/44/39, addressed to the right to education, issued by the United Nations Special Rapporteurs, with the central purpose to identify the main violations of these entitlements and its motives.

Keywords

Pandemics; COVID-19; right to education; right to health; violations; United Nations.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, surgida em Wuhan, China, foi declarada em 11 de março de 2020. Seus impactos foram velozes e surpreendentes e terminaram por resultar 512 milhões de casos e a morte de cerca de 6.23 milhões de pessoas, aproximadamente (OUR WORLD IN DATA, 2022). Em primeiro plano se apresentou como uma crise sanitária, porém é cediço que paralelamente ocorre uma crise humanitária de direitos humanos (UNITED NATIONS, 2020). Vislumbra-se, portanto, um cenário onde medidas deveriam ser tomadas pelos Estados e atores do Direito

Internacional de forma a frear os impactos da COVID-19 e os índices de contaminação exponenciais viabilizadas pela alta e rápida taxa de contaminação do vírus.

A urgência e necessidade da garantia aos direitos à vida e à saúde da ordem pública requereram medidas que favoreceram alguns direitos em detrimento de outros. Dentre estas providências destacam-se o *lockdown*, o fechamento de instituições escolares e comerciais, a restrição do comércio a atividades essenciais, fechamento de fronteiras, uso obrigatório de máscaras *etc.* (SANFORD, 2022).

Os direitos sociais preconizam e regulam o acesso a oportunidades em igualdade dos indivíduos a bens, serviços e oportunidades, dando ensejo à satisfação da necessidade social destes (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, 2021). As violações a tais direitos, mormente dos direitos à educação e à saúde, significaram grande retrocesso, notadamente se considera que há algum tempo a provisão de serviços sociais estava sendo afetada em várias partes do globo.

O direito à saúde, traduzido no alcance do mais alto patamar de bem-estar físico e mental (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006) acompanhado ao direito fundamental à vida, sofreu máculas, as quais levam à precarização subsequente dos demais direitos. Nesse sentido demonstram o número de mortes e casos, além das doenças subsequentes ao COVID-19.

No que concerne à prestação educacional e, uma de suas faces mais notáveis, o direito à educação de qualidade, observa-se relação direta com a dignidade da pessoa humana e com o direito ao trabalho e assim com todos os demais. No contexto pandêmico, tem-se que as transgressões se deram a partir da instituição necessária de medidas de fechamento de escolas.

Por fim, ressalta-se o entendimento que a recuperação da crise da pandemia da COVID-19 depende diretamente do entendimento de suas nuances. É necessária a compreensão de que ambas as crises (sanitária e social), que ocorreram simultânea e conjuntamente, manifestaram efeitos universais, maculando direitos de formas nunca previstas. Dessa forma, demonstra de forma clara a necessidade da absorção do fenômeno pandêmico da COVID-19 para a aplicação de seus ensinamentos e lições a fim de melhor preparo para futuras crises.

Os Relatores Especiais da Organização das Nações Unidas (ONU), dos Procedimentos Especiais instituídos no âmbito do Conselho de Direitos Humanos do Sistema da ONU de Direitos Humanos, pronunciaram quanto ao tema de direito à saúde em face da pandemia em seu relatório A/75/163 (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020) e quanto ao direito à educação no contexto de pandemia, por meio do documento A/HCR/44/39 (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020), dispuseram sobre dados, pronunciamentos e conclusões. Esses pronunciamentos serão as principais fontes de pesquisa do presente artigo, utilizando da metodologia qualitativa, dedutiva, de forma documental, a analisar os dois relatórios anteriormente citados.

Os efeitos da pandemia são de curto, médio e longo prazo, logo pretende-se compreender primariamente quais são as violações mais comuns de ambos os direitos em frente à pandemia. Secundariamente, intenta-se concluir quais cenários se demonstraram propícios a ocorrências de transgressões, assim se era possível esquivar-se dos impactos na garantia destes direitos no contexto pandêmico. Finalmente, busca a compreensão de como buscar a recuperação e o preparo para crises futuras.

2. DIREITOS SOCIAIS

Dentre as três dimensões de direitos humanos, os direitos sociais, de segunda dimensão, são aqueles que se referem aos direitos basilares à sobrevivência de um indivíduo. Esses direitos preconizam a satisfação da necessidade social de acesso aos bens, serviços e oportunidades, resguardando-se sempre nas ideias de solidariedade, promoção de inclusão social e equidade, e, assim, orientando à garantia da dignidade da pessoa humana (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, 2021). No entanto, destaca-se que não há no Direito Internacional dos Direitos Humanos uma definição acerca dos direitos sociais. (BINDER, 2020).

Comumente, podem ser entendidos como direitos sociais: direito à saúde, direito ao trabalho, direito à previdência social, direito à educação, direito à alimentação e à moradia adequadas. (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, 2021).

Apesar da imensurável importância quanto à conservação e à positivação destes direitos, o reconhecimento destes ainda não

se dá plenamente. A falta de reconhecimento pleno desses direitos se dá, primeiramente, em decorrência da guerra ideológica travada entre países alinhados com socialismo e países alinhados com capitalismo, na medida em que os primeiros advogavam pela primazia dos direitos sociais, econômicos e culturais e, por outro lado, o segundo se orienta na adoção dos direitos civis e políticos, no contexto da Guerra Fria. (EIDE, 2001).

Tal disjunção engendrou uma fragilidade de escala quase global a estes direitos, pelos próprios Estados e, logo, por organizações não-governamentais, prejudicando a garantia e levando até à subcategorização destes. Como consequência, desenvolve-se uma hierarquia, que impeliu à coroação dos direitos civis e políticos (primeira dimensão) como de maior relevância (BEETHAM, 1995).

Tal concepção foi objeto de predicação do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, na Convenção de Viena em 1993. No qual condenou-se o fato de que as respostas às violações dos direitos econômicos, sociais e culturais se demonstram lentas quando em comparação aos direitos de primeira dimensão e traz como obrigação primária dos Estados a garantia dos direitos humanos, de forma igual e justa. Porém nota-se no quadro fático real grande disjunção quanto a estas ideias. (BEETHAM, 1995).

Evidencia-se, a partir disso, uma crítica referenciando o aspecto utópico atribuído aos direitos de segunda dimensão: líderes e estudiosos dos direitos humanos argumentam que estes se tratam de reais “deveres-ser”, ao invés de configurarem direitos em si, uma vez que não se adequam aos requisitos necessários para serem considerados como tais. (BEETHAM, 1995).

Essa crítica não se revela adequada haja vista que no Direito Internacional dos Direitos Humanos, os direitos sociais apresentam o mesmo nível de exigibilidade e justiciabilidade quando cotejados com os direitos civis e políticos. Com efeito, os direitos sociais são positivados em diversos documentos, sendo os mais importantes: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Carta Social Europeia (1961) e sua versão revisada (1996), Protocolo de San Salvador (1988), entre outros.

2.1 Direito à saúde

Mediante o explícito no preâmbulo da Constituição da OMS, 1946, o direito à saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, traduzindo-se também como o direito a se atingir o “melhor estado de saúde que é possível” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006) e, portanto, como um pré-requisito à concretização dos demais direitos humanos. Ratificando esse entendimento, foi declarado um direito humano em 1966, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (WORLD HEALTH ORGANIZATION, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2008), uma vez que se demonstra um grande partícipe no estabelecimento da dignidade da pessoa humana.

Previsto inicialmente na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 25, e no artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este direito se subdivide em duas perspectivas: direito aos cuidados em saúde de qualidade e aos determinantes sociais da saúde. Nesse mesmo entendimento, sobre a Recomendação Geral nº 14 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, discorre Aline Albuquerque Oliveira:

Portanto, o Comitê (2000) interpreta o direito à saúde não somente como o direito à atenção sanitária oportuna e apropriada, mas também aos principais fatores determinantes da saúde, como o acesso à água potável, condições sanitárias e habitação adequada, condições sadias de trabalho e meio ambiente, acesso à educação e informação sobre questões relacionadas à saúde, inclusive a saúde sexual e a reprodutiva. (OLIVEIRA, 2010).

Segundo Paul Hunt, a principal problemática é a efetivação da saúde, que encontra barreiras principalmente na pobreza e na discriminação (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2012). Dessa forma, constata-se que os diferentes países contêm distintas posturas mediante a esse desafio, principalmente em decorrência da desigualdade de recursos e desenvolvimento de cada um.

A concretização do direito à saúde, porém, somente se dará a partir da ação estatal e por meio da cooperação e da solidariedade internacional entre Estados e sujeitos de Direito Internacional,

principalmente ao ser vislumbrado na direção dos Estados em desenvolvimento, que apresentam restrições consideráveis de recursos associados com violações constantes de direitos econômicos e sociais.

A partir da análise deste artigo, observa-se o prenúncio da obrigação dos Estados de agir positivamente (12.2) no intuito de satisfazer, respeitar e proteger tais direitos (ideia explícita no tópico 6º das Diretrizes de Maastricht sobre Violações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), utilizando os recursos e meios disponíveis e criando oportunidades e situações (UNIVERSITY OF MINNESOTA, 1997).

Atualmente, no Direito Internacional, tem-se com objetivo implantar um sistema de saúde coletivo e universal, projeto nomeado de *Unite for Health* (Una-se pela Saúde em tradução livre), além de que este consiste também no 3º Objetivo do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (UNITED NATIONS FOUNDATION, 2021). O desafio, como preconizou Paul Hunt, reside no fato de que os determinantes sociais da saúde, se encontram integralmente interligados ao direito à saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2012).

De modo a exemplificar tal ideia, segundo o Conselho da Europa, a OMS constatou que há lacunas de saúde dentre os diferentes grupos sociais e que se agravam de acordo com a idade (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, 2020). Ademais, metade da população mundial não consegue ter seu direito à saúde garantido e, a cada ano, 100 milhões de pessoas são levadas à pobreza por meio de gastos com relação à saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021). Quanto à relação com o direito à educação, atestou-se que “os subgrupos de baixa escolaridade relatam com 100% a mais de frequência ‘saúde precária’ do que os de educação superior.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2008).

Em suma, pode-se concluir que o direito à saúde demanda condições socioeconômicas adequadas, dependendo da efetivação de outros direitos sociais. Em decorrência disso, é necessário que haja uma redistribuição de capitais e de recursos na política externa e interna das nações, nutrindo-se do espírito de solidariedade, empregando o multilateralismo e formando a rede de cooperação internacional.

2.2 Direito à educação

A educação é reconhecida como uma das particularidades mais significativas da individualidade do ser humano. Reconhecida como direito humano desde a criação e sua inclusão na Declaração Universal de Direitos Humanos, este direito passou por diversos processos de interpretação e é objeto de inúmeros estudos e planos estratégicos, sendo desenvolvido com o passar do tempo.

Trata-se de um direito previsto em diversos instrumentos legais de ordem internacional, como a DUDH, em seu artigo 26, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), em seu artigo 13, além da Carta Social Europeia (1961 e 1996) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), em seus artigos 28 e 29. A garantia deste direito é vislumbrada como uma condição “fundamental na busca do desenvolvimento e transformação social” (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF); UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO), 2007). Além disso, é de clara compreensão que o direito à educação carrega em si uma relação com a dignidade da pessoa humana, assim como afirmado no art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O direito à educação, entretanto, não se apresenta como de simples resolução, havendo inúmeros desdobramentos sociais complexos para que seja concretizado. Assim como os demais direitos sociais, econômicos e culturais, o direito à educação é garantido a partir da ação positiva dos Estados. (BEITER, 2005).

Há entendimentos de que o direito à educação apresenta certas características de direitos civis e políticos, apresentando duas dimensões: a dimensão social e a dimensão de liberdade, que envolve a obrigação dos Estados de respeitar a autodeterminação de cada indivíduo com relação ao direito à educação, garantindo-o de forma neutra e universal. (BEITER, 2005).

Com este intuito, a UNESCO implementou projetos de expansão da garantia de educação primária básica como obrigatória para todas as crianças, desenvolvimento do ensino secundário, desenvolvimento e promoção de maior acessibilidade, em relação ao ensino superior, combate ao analfabetismo, combate à discriminação e maior igualdade

quanto à acessibilidade deste direito, entre outros (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF); UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO), 2007). Destarte, tal objetivo foi implementado como o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 4 da Agenda 2030. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2021).

O direito à educação não se pauta somente na frequência e na matrícula escolar de crianças e adultos, homens e mulheres, mas também se pauta na promoção de uma educação de qualidade, fator muitas vezes olvidado. Nota-se de maneira explícita que, em muitas nações signatárias dos tratados supracitados, essa é uma realidade distante e quase inacessível.

Destarte, conclui-se que o direito à educação se trata de um direito ainda extremamente debilitado na escala global, permeado por variados tipos de discriminação, como de gênero, racial e social, e extremamente negligenciado. Ademais necessita-se da aderência de muitos países aos planos e projetos das Organizações Internacionais e suas agências, para que haja a efetivação do direito à educação de maneira justa e igualitária.

3. PANDEMIA DA COVID-19

A doença COVID-19 é causada pelo vírus SARS-CoV-2, cuja irrupção ocorreu na cidade de Wuhan, China. A pandemia da COVID-19 despontou no final de 2019, sendo reconhecida como uma Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional em 30 de janeiro pela OMS e declarada pandemia em 11 de março de 2020, quando o mundo constatou a potência letal desse vírus desconhecido, assim como relatado por Roger Costa Soares (SOARES; GAUDARD, 2020):

No final de 2019, surgiram diversos casos de pneumonia viral grave em cidadãos de cidade de Wuhan, na China, que fez com que pesquisadores locais buscassem o diagnóstico etiológico através de análise detalhada de amostras colhidas do trato respiratório dos pacientes infectados, que culminou por descrever uma nova variação de coronavírus, o 2019-nCoV, causador da nova doença infecciosa causada por coronavírus (COVID-19).

Apesar da origem não ter sido delimitada com exatidão, estudos apontam que o SARS-

CoV-2 se trata de um vírus zoonótico, ou seja, proveniente do contato entre um animal e o ser humano. Dessa forma, foi encontrada grande semelhança entre a carga genética retirada de humanos e dos morcegos do gênero *Rhinolophus*, indicando que estes poderiam ser os agentes transmissores da doença. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Diante disso, não foi possível apurar a definição do primeiro contato, isto é, caso o morcego foi ou não seu único e direto agente transmissor. Complementando o contexto descrito, os primeiros casos da doença giram em torno de um mercado em Wuhan, no qual peixes e frutos do mar, carnes de animais de espécies silvestres e rurais são vendidos. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

A facilidade de transmissão do vírus causou sua rápida disseminação, atingindo todos os continentes do globo. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2020). Além de sua taxa significativa de letalidade, atrela-se grande perigo e cuidado às suas sequelas invasivas, ademais representando grande agravante ao estado de saúde daqueles que já se encontram vulneráveis.

Dados dispostos pela OMS apontam que cerca de 80% das pessoas que são infectadas não necessitam de tratamento hospitalar; 15% dos casos exigiram oxigenação, atingindo casos mais severos; enquanto 5% atingem condições críticas da doença e careceram tratamento intensivo. Dentre os casos mais severos, que culminam na morte, apresentam-se como causas a parada respiratória, a Síndrome do Desconforto Respiratório Agudo (SDRA), sepse e choque séptico, tromboembolismo, falência múltipla de órgãos, lesão do coração, do fígado ou dos rins. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021).

Para a mitigação e controle da pandemia da COVID-19, os Estados e em várias partes do globo instituíram medidas sanitárias, nas quais incluem o isolamento de casos confirmados, a higienização das mãos de forma contínua, utilização de máscaras, fechamento de escolas e universidades, assim como a proibição de eventos públicos, restrição da utilização de transportes públicos, fechamento de fronteiras, toque de recolher e, por fim, o *lockdown*, que atingiu cerca de metade do mundo. (SANFORD, 2020).

A pandemia desafia as nações de uma forma geral a conter, prevenir e remediar seus impactos negativos, os quais foram sentidos

em diversas áreas da sociedade, atacando o coletivo, a partir de seus indivíduos. Os danos causados pela devastação do vírus ainda não foram integralmente medidos e sentidos pela humanidade, porém são concretos e extremamente gravosos.

Houve a priorização de interesses coletivos em detrimento de direitos individuais, tais quais direitos como a liberdade de locomoção, direito à educação, direito à liberdade de associação, entre outros. (SENADO FEDERAL, 2020).

4. PANDEMIA DA COVID-19 COMO CRISE HUMANITÁRIA

4.1 Crise na saúde

A pandemia da COVID-19 é uma crise de saúde mundial. Assim, seu enfrentamento depende da cooperação entre os Estados, da solidariedade e da governança de maneira global (UNITED NATIONS, 2020). As nações, com o intuito de estabelecer cobertura de saúde a todos e conter seus efeitos negativos, implementaram planos de resposta ao vírus, em conjunto com planos lançados pela OMS e outros órgãos, como o Plano Estratégico de Preparação e Resposta para COVID-19 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021), porém comprovou-se inevitável o colapso de alguns sistemas de saúde.

O Observatório Europeu de Sistemas e Políticas de Saúde, ao averiguar os planos de contenção da pandemia da COVID-19, faz uso de certos critérios, dentre esses: as políticas públicas voltadas à prevenção da transmissão, a garantia de infraestrutura física suficiente e capacidade de força de trabalho, bem como a análise da eficiência do fornecimento de serviços de saúde, financiamento da saúde, governança e medidas em outras áreas da sociedade (EUROPEAN OBSERVATORY ON HEALTH SYSTEMS AND POLICIES, 2021). Contudo, atesta-se a dificuldade quanto à apuração de dados da eficiência dos sistemas de saúde e quanto ao cruzamento de dados atualizados, uma vez que a pandemia se apresenta dinâmica e dispõem-se dados crus para as investigações. (MOGUERZA, 2021).

Com o intuito de demonstrar a potência letal do vírus e a eficiência dos planos de respostas das nações, dispõe a OMS que, do dia 30 de dezembro de 2020 até 18 de outubro de 2021, foram

confirmadas 4.903.911 mortes, 240.940.937 casos confirmados, bem como 6.545.309.084 doses de vacinas aplicadas, havendo mais casos e mortes respectivamente nas Américas, seguidas da Europa e do Sudeste Asiático. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021).

De acordo com a visão da OMS, é necessário não somente a prevenção e planos de resposta contra a pandemia, mas o equilíbrio entre o enfrentamento à COVID-19 e a manutenção dos serviços de saúde pública essenciais, assegurando o direito à saúde da população, principalmente àqueles mais vulneráveis, tais quais crianças, pessoas idosas, indígenas, pessoas com deficiência e aquelas com doenças crônicas (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020). No mesmo diapasão, deve haver a preocupação com os trabalhadores da área da saúde e das demais áreas de exposição de integridade física e mental.

Compartilhando o mesmo entendimento, o Comitê sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais previu e discorreu, em sua Recomendação Geral n. 14, de 2000, sobre a necessidade da ação preventiva dos Estados diante de ações remediadoras de custo alto tanto em recursos financeiros quanto em tecnologia, visando um dos requisitos da concretização do direito à saúde: a acessibilidade. Dessa maneira, entende-se ser necessário que haja uma proporcionalidade dentre estes campos de atuação estatal, evitando a negligência quanto aos serviços primários e preventivos, que atingem uma maior quantidade de pessoas e principalmente a parcela mais vulnerável da população. (OLIVEIRA, 2010).

4.2 Crise socioeconômica

Assim como asseverado nas Diretrizes da ONU para a Resposta Socioeconômica Imediata à Crise COVID 19: “A pandemia da COVID-19 é muito mais do que uma crise de saúde: está afetando sociedades e economias em seu núcleo.” (UNITED NATIONS, 2020).

O lockdown e as demais medidas de restrição de locomoção afetaram a manutenção de empresas, as bolsas de valores, a produção e distribuição de matérias-primas e produtos, impactando a macroeconomia e a microeconomia. Inevitável, portanto, o aumento de preços de commodities, levando ao encarecimento de produtos alimentícios e, por fim, à escassez destes em certas regiões.

Neste diapasão, em dados de 2022, WFP relata que o número de pessoas que se encontram no limite da fome se resume a 811 milhões de pessoas e a pandemia da COVID-19 se desdobra como uma das principais e mais significativas causas em si, além de ser um fator agravante às demais causas. Expõe-se de forma clara, portanto, a dificuldade na materialização do direito à alimentação adequada, no contexto da pandemia. (WORLD FOOD PROGRAMME, 2020).

Tais acontecimentos, atrelados às altas taxas de desemprego, levaram ao aumento de indivíduos nas faixas de pobreza. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) ilustra que as horas de trabalho perdidas, em 2020, foram equivalentes à perda de 255 milhões de empregos de tempo integral e houve a perda de 114 milhões de empregos em relação a 2019 (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2021). Tem-se ainda que as taxas de desemprego em 2022, reportam-se em 207.2 milhões, aludindo a 55.8% da população mundial, precarizando, desta forma, o direito ao trabalho. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2022).

A ONU, em seu Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNDP), assegurou que o desenvolvimento global humano decaiu pela primeira vez desde a década de 90 (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2020). Outrossim, a pandemia da COVID-19 obstrui e representa um regresso aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e os demais objetivos da Agenda 2030. (UNITED NATIONS, 2020).

Com relação à Erradicação da pobreza (ODS 1), que está relacionado intrinsecamente com o objetivo de Fome zero e agricultura sustentável (ODS 2), a influência da pandemia representou um grande retrocesso. Com o aumento do desemprego e encarecimento de produtos, a atuação estatal foi de extrema importância para a promoção desses objetivos.

Tratando-se do objetivo Saúde e Bem-Estar (ODS 3), em contexto pandêmico depende diretamente da necessidade de higienização constante, a dificuldade de acesso à água potável ou saneamento básico principalmente nas comunidades mais vulneráveis expôs a população aos riscos da doença (UNITED NATIONS, 2020). Se tratando de direitos previstos legalmente, o direito à água potável e

ao saneamento básico, quando inseridos em um contexto pandêmico, têm relação imediata com o direito à saúde. Devendo ser objeto de tutela direta do Estado e das demais organizações que se pautam no multilateralismo e cooperação internacional.

Quanto à Educação de qualidade (ODS 4), o fechamento das escolas e universidades se mostrou um grande desafio à garantia do direito à educação. A necessidade da adoção do ensino remoto, inacessível a muitos, apresentou-se de menor efetividade. Seu impacto foi sentido violentamente em comunidades mais vulneráveis, onde o acesso à internet não é possível ou é precário. Segundo a UNESCO, dados de março de 2020, cerca de 1,52 bilhões de crianças e jovens de pré-primário e ensino secundário superior foram afetadas e aproximadamente 60.2 milhões de professores não estavam em suas salas de aula. (UNITED NATIONS, 2020).

Os ODS 5 (Igualdade de gênero) e 10 (Redução das desigualdades), dependentes intimamente da educação (ODS 4) e do direito ao trabalho, são fatores flagelados na pandemia. Mulheres são a grande maioria dos trabalhadores da linha de frente da saúde, expondo-se mais frequentemente do que homens. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2020).

No mercado informal, nota-se atrito com o direito a condições adequadas de trabalho, quanto ao estabelecimento das medidas sanitárias e o distanciamento social como medidas precárias, além da debilidade de auxílios socioeconômicos, agravando bem-estar das trabalhadoras e de suas famílias (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020). Em trabalho remoto, mulheres são expostas à sobrecarga pelo concurso de afazeres domésticos e profissionais, prejudicando sua saúde mental. Além do aumento substancial de casos de violência doméstica pelo mundo. (UNITED NATIONS WOMEN, 2020).

Em síntese, crises em outras áreas da sociedade culminaram, disseminando mais debilidades, principalmente no quesito socioeconômico, além de revelar situações de vulnerabilidade antes não expostas. Dessa forma, o retrocesso social é palpável. O vírus não respeita fronteiras ou obstáculos sociais e não se comporta democraticamente, discriminando a população mais vulnerável. (UNITED

NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2020).

Segundo declarado pela ONU, no entanto, a maneira de superação e recuperação da economia e das demais áreas da sociedade reside na união e colaboração internacional, pautando-se nos direitos humanos, cumprindo urgentemente as medidas implementadas pelos programas e planos implementados pela própria e pelos demais órgãos internacionais, tal qual a Agenda 2030, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, além da priorização das vidas (UNITED NATIONS, 2020). Deve-se destacar que a recuperação não será rápida e as marcas da pandemia serão lembradas, porém a pandemia pode ser enxergada como uma oportunidade de construção de um mundo melhor e mais digno.

5. O SISTEMA ONU DE DIREITOS HUMANOS E VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DA EDUCAÇÃO E DA SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada em 1948, conceituando-se como documento basilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coadunada ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Pacto Internacional de Direitos Políticos e Cívicos, estruturam a Carta Internacional de Direitos Humanos. (SCHUTTER, 2010).

Os órgãos principais da ONU são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça, Secretaria e Conselho Econômico e Social. Daqueles que se remetem à proteção dos direitos humanos de forma mais direcionada, tem-se o Conselho Econômico e Social, que contém 54 membros organizados pelo critério de disposição geográfica. (ALBUQUERQUE, 2021).

O Sistema ONU de Direitos Humanos orbita em torno da Carta Internacional de Direitos Humanos e de outros tratados e documentos adotados no âmbito do referido Sistema. É cediço, porém, que o objetivo de promoção e proteção aos direitos humanos não se consagra somente pela positivação de documentos e tratados, ou seja, por seu aspecto formal, utilizando ainda de mecanismos de

monitoramento, que estabelecem relação de sustentação recíproca. (SCHUTTER, 2010).

Os mecanismos de monitoramento da ONU subdividem-se em dois subsistemas, que se distinguem por suas origens. É aduzido que o monitoramento é executado por órgãos e mecanismos que foram instituídos, por um lado, mediante tratados (treaty-based system) e, de outro, há os fundamentados na Carta das Nações Unidas (charter-based system), dela extraindo sua competência e autoridade. (ALBUQUERQUE, 2021).

O primeiro corresponde a dez comitês, que se correlacionam com seus tratados específicos. O segundo grupo é formado pelo Conselho dos Direitos Humanos (o qual substituiu a Comissão sobre Direitos Humanos das Nações Unidas). (UNITED NATIONS, 2022).

O sistema charter-based conta com mecanismos, tais quais a Revisão Periódica Universal, Procedimento de Queixa e Procedimentos Especiais. (ALBUQUERQUE, 2021).

A ONU, com a finalidade de orientar os Estados na mitigação, no controle e na garantia dos direitos humanos durante a pandemia, utilizou mais amplamente de todos os mecanismos de fiscalização do sistema charter-based, ou seja, baseados na Carta, notadamente dos procedimentos especiais.

Os Procedimentos Especiais surgiram em 1967 a partir do estabelecimento de um grupo de trabalho ad hoc pela Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com o intuito de averiguação do status dos direitos humanos na África do Sul e um relator especial para a análise do tema apartheid (Resoluções 2 e 7 da Comissão, de 1967). (LIMON; POWER, 2014).

A nomeação de grupos especialistas independentes (working groups) ou de relatores especiais (special rapporteurs) traz como escopo direto “responder a alegações de violações de direitos humanos em determinado país a partir da organização de visitas para investigar evidências factuais [...] coletar informações, conduzir investigações no respectivo local, receber petições, escutar testemunhas e então reportar de volta para a Assembleia Geral”. (LIMON; POWER, 2014).

Dessa forma, com a evolução do tempo se tornou um mecanismo composto por especialistas autônomos, que orientam e

estudam os direitos humanos a partir da perspectiva de um tema de conhecimento ou de um país específico. (UNITED NATIONS, 2022).

A importância dos Procedimentos Especiais como ferramenta do sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas foi ressaltada pela resolução 16/21, a qual o classificou como de papel essencial para a análise real dos países e temas (UNITED NATIONS, 2022). Por fim, em outubro de 2021, relataram-se 45 mandatos temáticos e 18 mandatos relacionados a países de especialistas independentes. (UNITED NATIONS, 2022).

Os especialistas independentes são eleitos por mandatos de três anos, podendo ser renovados por mais três, não são remunerados, podendo organizar-se em grupo ou individualmente. Os grupos são formados por 5 membros, cada qual correspondente a um grupo regional das Nações Unidas (África, Ásia, América Latina e Caribe, Europa Oriental e Grupo Ocidental). (UNITED NATIONS, 2022).

Destarte, para o presente estudo serão utilizados os relatórios dos especialistas independentes que tratam da saúde e da educação, a partir de seus relatórios temáticos anuais no que se pesem a relação da pandemia da COVID-19 com os respectivos direitos elencados como objeto do presente estudo, sendo estes a A/75/163 (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020), concernente ao direito da saúde, e a A/HCR/44/39 (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020), referente ao direito à educação.

5.1 Violações ao direito à saúde

O relator sobre o direito à saúde endereça seus primeiros esforços em ressaltar a interseccionalidade, a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, se apresentando como componentes necessários à garantia deste direito e dos demais. A partir disso, é essencial que se entenda que a pandemia da COVID-19 não traz sua mitigação e enfrentamento somente pelos recursos e sistemas de saúde dos Estados, mas necessariamente por meio da garantia dos direitos humanos como um todo, de forma a abarcar as parcelas da população marginalizadas e mais prejudicadas econômica e socialmente. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Estende ainda a resolução da crise à colaboração e multilateralismo entre os Estados, destacando o dever destes em prestar auxílio financeiro e técnico àqueles que lhe requererem, clamando os compromissos firmados na Declaração de Alma-Ata, na Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde (1986) e na Declaração de Astana. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

A exposição da fragilidade de sistemas de saúde por todo mundo atrela-se principalmente à falta de estrutura para manejar situações ordinárias e, ainda mais precariamente, situações de extrema urgência. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Traz-se, portanto, como fatores precípuos, o investimento financeiro direcionado à saúde (em todos seus aspectos) e a adequação das medidas adotadas aos princípios da dignidade da pessoa humana, de forma temporária, proporcional, inclusiva e pautadas em lei, assim como disposto pelos Princípios de Siracusa sobre as Disposições de Limitação e Revogação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1984). (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Quanto à relação íntima entre o direito à saúde e os direitos civis e políticos, conectados pelo acesso à informação e pela liberdade de expressão, descreve o relator a ocorrência da “detenção de pessoas que denunciaram a pandemia, em seu princípio, aos meios midiáticos, além de coação de profissionais da saúde para não denunciarem o corte de instrumentos essenciais para o tratamento da COVID-19”. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Nesse mesmo diapasão, argumenta o relator que a relação Estado x particular, assim como sistema de saúde público x privado, pacientes x médicos (*etc.*), deve ser pautada na confiança. Porém evidenciou que países de políticas menos transparentes e que apresentam menor participação e engajamento populares em alguns casos utilizaram da força e da coação para conformação com as medidas da COVID-19. Instaura-se, portanto, a falta de confiança com o governo e líderes políticos, ao medo e à insegurança, levando ao descrédito de dados e de estudos, assim como daqueles expostos pelos meios midiáticos mais dignos. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Explana-se com destaque a utilização da medida do estado de emergência e a repressão como ferramentas de silenciamento de defensores e trabalhadores dos direitos humanos, de agressão a determinados grupos e minorias e como forma de aumentar a vigilância sob os cidadãos, ao invés de se pautar nos meios legítimos e dignamente trabalhar em prol da garantia do direito à saúde. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

A pandemia da COVID-19 se relacionou intimamente com o meio digital e tecnologias, utilizando-se dela para mitigação do vírus, a partir do uso de drones e meios de comunicação mais facilitadas. Entretanto tais ferramentas podem ser utilizadas também como forma de vigilância exacerbada do Estado ou até de empresas privadas sob o particular. Para tal não ocorrer deve-se ater à prestação de contas e transparência em seu uso. O relator postula que a proteção de dados digitais de indivíduos e principalmente de pacientes deve ser respeitada e monitorada, estabelecendo a chamada “imunidade documental”. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Cenários tais quais os descritos são férteis para a fundação de conspiração, alienação popular, guerras ideológicas e disseminação de *fake news*. De forma clara, portanto, impactam de forma severa na política e na saúde mental dos indivíduos, os quais se expõem a tais elementos, indo de encontro ao escopo de garantia do direito à saúde. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Ainda, quanto à administração pública, tem-se que área da saúde é historicamente assolada pela corrupção e desvios financeiros e, diante da pandemia da COVID-19, se mostra como mais um empecilho para a garantia da saúde. Segundo o relator, “muitas decisões políticas tomadas nos estágios iniciais da pandemia de COVID-19 sugerem uma fidelidade aos negócios e lucros, ao invés das prerrogativas dos direitos humanos das pessoas”. O relator aponta ainda que a corrupção é advinda do desequilíbrio de poderes, apresentando novamente como sintomas a ausência de transparência e prestação de contas à sociedade por parte do Estado. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Indivíduos em parcelas minoritárias vivenciam uma pandemia diferenciada. A desigualdade de gênero precariza ainda mais a experiência de meninas, mulheres cis e trans

ou pessoas que se identificam com o gênero feminino, principalmente no concernente ao direito à liberdade sexual e reprodutiva e à dificuldade de acesso aos instrumentos de saúde para o auxílio destes direitos. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Nesse sentido, o relatório traz paralelo claro com o direito ao trabalho discorrendo sobre o *lockdown* e os trabalhadores essenciais, inclusive os trabalhadores da linha de frente do combate a COVID-19. Clama atenção ao empobrecimento da população de uma forma geral, mediante a adoção do trabalho remoto e a diminuição dos salários, que trazem a população cada vez mais próximas à linha da pobreza. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Para a solução desta questão, sugere a implementação de uma renda básica universal e de um sistema universal de saúde, com o intuito de superar as desigualdades sociais. Para além disso, discorre sobre a necessidade de medidas que garantam o direito à saúde dos trabalhadores essenciais, destacando maior impacto principalmente sobre mulheres, que são 70% dos trabalhadores de saúde do mundo. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Complementando, ressalta que a parcela da população que se encontra em situação de pobreza enfrenta o pior da pandemia. Reforçado pelo relator “o fato mais importante sobre doenças infecciosas: os ricos se protegem; o sofrimento é feito pelos pobres” (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020). Pleiteia, assim, a necessidade de não somente a vacina contra o coronavírus de acesso universal, mas também de um sistema de saúde. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Entende que é essencial que se perceba os determinantes da saúde subjacentes, tratando a relação do paciente com o meio-ambiente e os fatores sociais e psicossociais que influenciam na doença, em detrimento da manutenção do paradigma biomédico que se pauta na mera prescrição de remédios, cujo efeito é a alimentação do ciclo vicioso da pobreza. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Outro grupo de experiência precária da pandemia se trata de pessoas idosas. Apresentam naturalmente saúde mental e física mais precárias, são uma parcela da sociedade que sofreram significativo impacto tanto das medidas utilizadas para a mitigação da pandemia, como da pandemia em si, uma vez que se incluem nos

grupos de risco da COVID-19 e apresentam a necessidade frequente de assistência quanto a problemas de saúde diversos. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

No que concerne a pessoas em privação de liberdade em penitenciárias ou em instituições médicas, frisa-se que a ausência de estrutura para a atenção às medidas sanitárias da OMS e os impactos na saúde mental daqueles de saúde física e mental já precárias são fatores significativos para a ausência da garantia do direito à saúde. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

A adoção e atenção aos princípios instituídos pelas Regras de Mandela para a garantia dos direitos de adultos e adolescentes confinados é mandatório, devendo mitigar a congestão das prisões e reduzir o número de detentos ou pessoas confinadas. Reproduz-se tal cenário em campos de refugiados e centros de detenção de migrantes refugiados. No que se pese a crianças, aconselha pela liberdade de todas, assim como aconselha a UNICEF e o Comitê dos Direitos da Criança. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Por fim ressalta-se a preocupação com a saúde mental e a necessidade de investimento concentrado nesta pelos Estados, devendo ser tratado como um elemento necessário dentro da cobertura universal de saúde. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

5.2 Violações ao direito à educação

A relatora especial do direito à educação, no relatório A/HCR/44/39, inicia suas ponderações a partir da formação de uma estrutura básica sustentada por elementos que a educação deve apresentar para se preservar a equidade, igualdade e eficiência em crises futuras e em face da recuperação da presente crise. Elenca-se, portanto, a disponibilidade, que se pauta na infraestrutura completa, incluindo recursos técnicos; a acessibilidade, trata-se de acesso universal físico e econômico; a aceitabilidade, que alude a um currículo adequado às normas culturais, sociais e técnicas; e a adaptabilidade, vislumbrando uma flexibilização às mudanças sociais e culturais. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Traz como importante medida a revisão das fragilidades das políticas e medidas impostas para o combate da pandemia,

implementando a estrutura básica antes citada nos sistemas de educação, integrando todos os direitos das crianças, estabelecendo pessoas em vulnerabilidade como prioridade, criação de planos de preparação para emergências de âmbito nacional e pautados na estrutura básica, além de redirecionar o direito à educação pública como o centro de políticas no âmbito educacional (neste diapasão refere-se que aqueles Estados cujos sistemas de educação pública são concisos, trazem melhor adaptação a crises. Ademais, ressalta o direito ao acesso à educação pública como universal). (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

A adoção da educação à distância, apesar de traçar uma solução inovadora para salvaguarda do direito à educação, não se demonstrou uma medida de aplicação universal, notadamente meios de solução de alta tecnologia (implica a utilização de internet). A utilização de demais meios de média (rádio e televisão) e baixa (apostilas e documentos) tecnologias trouxeram maior adequação às vulnerabilidades, apesar de não se apresentarem como os melhores métodos de ensino. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Dessa forma, a ampliação de vulnerabilidades se evidencia, excluindo estudantes em pobreza (parcela da população que aumentou devido à crise econômica), a dificuldade ao acesso à internet, ao sinal e até a eletricidade em campos de refugiados, em comunidades indígenas, zonas de conflitos e guerras ou locais de difícil acesso. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

O acesso à internet, além do mais, ainda sofre influências da desigualdade de gênero. Segundo a relatora especial, meninas/mulheres tem 33% a menos de tendência a usar menos a internet no mundo. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Em casas onde falta ambientes familiares saudáveis, regados à violência, explorações ou pela pobreza se demonstram como inférteis para a garantia do direito à educação, significando, para muitos estudantes, o fim da vida escolar. Situação semelhante se verifica quanto a estudantes com deficiência, que não dispõem do acompanhamento profissional necessário e dos métodos de ensino adequados a suas debilidades. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

A dificuldade se colocou para estudantes e professores, os quais necessitaram se adaptar de forma abrupta ao ambiente virtual, porém demonstram despreparo quanto às novas tecnologias, influenciando diretamente no processo de aprendizagem. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

O ensino remoto trouxe como consequência a maior exposição de crianças e estudantes de uma forma geral a telas, podendo macular sua saúde mental e física, assim como seu desenvolvimento. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Além disso, o relatório destaca certa preocupação quanto à proteção de dados e privacidade dos alunos e dos professores, podendo haver a exposição de crianças a meios digitais nocivos. Ademais, em mesmo contexto, evidencia preocupação quanto à influência de atores particulares na vida escolar e pessoal dos estudantes, precarizando a educação pública. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

No entanto, de forma geral, a relatora especial conclui que a educação à distância por meios de alta tecnologia se apresentam ser a melhor maneira de se continuar a educação, com as maiores taxas de eficiência e qualidade em meios a crises tais quais a pandemia. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Em relação aos direitos referentes aos professores, há de se ressaltar a necessidade da garantia ao direito à saúde, principalmente aplicados ao direito ao trabalho em todos seus aspectos, notadamente ao direito a um ambiente de trabalho adequado e saudável, direito à saúde (inclusive a saúde mental), direito ao lazer e descanso e a horas limitadas de trabalho. Ainda, destaca-se o direito à participação social, individualmente ou por meio de sindicatos que demonstrem o interesse e salvaguardem os direitos da classe. Nota-se, no entanto, que muitas decisões políticas não obtiveram a influência/consulta a esses profissionais. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Se vislumbrava essencial que a instituição houvesse distribuído equipamentos de proteção individual portanto e estabelecido a estrutura necessária para a atenção as medidas sanitárias de distanciamento e higiene. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Exprime suas ponderações em relação à remuneração de profissionais da área da educação, mormente de instituições privadas. Dentre os casos específicos mais citados, a relatora cita pesquisadores e profissionais advindos da área de educação superior, professores substitutos, trabalhadores de educação infantil e professores imigrantes. No entanto, ressalta a crise impactou instituições educacionais, principalmente aquelas de menor dimensão, o qual resulta no pagamento precário de professores e em muitos casos na coação de pagamento por parte dos alunos. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

Finalmente, previu a redução de orçamentos e investimentos, em decorrência da tentativa de recuperação de áreas em maior precariedade, que a longo prazo trariam a erosão e o deterioramento da educação. Para tal, sugere a ação de atores internacionais públicos e privados como influentes na recuperação e no financiamento da área educacional de determinados Estados. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia não criou grande parte das violações dos direitos humanos que se expuseram e sim as agravaram ou desmascararam. Aquelas que surgiram sob sua influência se apresentaram de maior impacto devido à fragilidade já instituída dos direitos humanos em várias partes do globo. Destarte, alguns fatores sobrepesaram para a ocorrência de maiores violações.

As violações do direito à saúde apresentaram-se quantitativamente superiores e variadas, em decorrência da COVID-19 e das doenças correlatas, além das doenças alheias ao vírus. Primariamente, destaca-se a ausência de estrutura dos sistemas de saúde. Tal responsabilidade é atribuída à administração dos Estados, sendo possível perceber fenômenos atrelados à corrupção, negligência dos impactos da COVID-19 (subestimando o vírus) e ocultação de atitudes.

Quanto à administração pública, ainda se ressalta precária performance na averiguação e abrandamento de violações paralelas, observando carência de abordagens inclusivas, transparentes e pautadas nos direitos humanos. Ademais, a participação e engajamento populares foram relatados como fatores debilitados. Violações à

ordem democrática acarretaram impactos severos aos direitos humanos, criando uma experiência pandêmica mais penosa aos indivíduos.

A mitigação dos efeitos da pandemia dependia da coordenação harmoniosa da ordem internacional, o qual não foi um fenômeno palpável, notando principalmente o desequilíbrio provocado por países onde a desinformação e a crise ideológica imperaram.

A desinformação permitiu desconfiança nos líderes políticos, em estudos e insumos científicos, tal como a vacina, formando guerras ideológicas a partir de *fake news*, que prejudicaram a garantia da saúde e que perturbaram a integridade mental dos indivíduos.

Os cenários em que o acesso à saúde e educação se demonstra dificultado e a vulnerabilidade social impera (comunidades de pobreza extrema, em contextos de conflitos e guerras, comunidades indígenas, dentre outras) são os cenários mais férteis para a ocorrência de violações. Destaca-se que onde os direitos à moradia, à água potável e ao saneamento básico vagamente existem ou inexistem, a garantia do direito à saúde resta relativamente indisponível.

A pobreza é cúmplice da pandemia e da crise dos direitos humanos. A necessidade de busca de trabalho expõe trabalhadores aos perigos do vírus. Reiteradamente, esse cenário se aplica aos trabalhadores essenciais, cujo direito à saúde foi flexibilizado em detrimento da manutenção do bem comum, porém observou-se a dificuldade e negligência das empresas e do Estado em face das medidas sanitárias, vilipendiando os direitos dessas classes.

O cenário caótico (advindo da rapidez e surpresa do vírus, do medo, da desinformação e da crise econômica consequente) e as medidas de *lockdown* prolongadas, acarretaram a erosão da saúde mental dos indivíduos. Ademais, a debilidade de investimento na saúde mental historicamente garante falhas quanto à instituição deste direito no contexto pandêmico.

Fatores semelhantes são reproduzidos no âmbito da educação. A disseminação da educação remota performou como melhor alternativa para a continuidade da educação (exclusivamente daqueles indivíduos fora de vulnerabilidades sociais) no contexto pandêmico, entretanto, ensejou a falta de preparo de forma geral que frustrou a qualidade da prestação.

A necessidade do amparo das famílias e de ambientes domésticos saudáveis é fator raro e seletivo dentro da educação. Evidenciam-se violações graves ao direito educacional de estudantes com deficiências e estudantes residentes em locais remotos de difícil acesso.

Nota-se negligência grave aos direitos de saúde e educação daqueles sujeitos a vulnerabilidade social, dentre estes indivíduos de locais remotos e difícil acesso, povos indígenas, migrantes, de ambientes de conflitos e guerras *etc.*

A pandemia trouxe de forma abrupta o escancaramento de uma ordem mundial pautada e repleta de desequilíbrios, que se agravam pela negligência histórica dos países quanto ao investimento e maneiras de solução direcionados. Dessa forma, compreende-se a dificuldade dos Estados para enfrentar os efeitos da pandemia, o que pressupõe o multilateralismo, o investimento ao longo prazo e melhor estruturação dos sistemas de saúde.

As formas de recuperação da pandemia se confundem com o combate das desigualdades sociais, portanto as abordagens devem seguir orbitando a garantia dos direitos humanos. Destarte, como orientação devem levar em conta os pronunciamentos dos relatores expostos neste estudo.

Finalmente, as situações adversas provocadas pela pandemia apresentaram muitas revelações que oportunizam a construção de uma ordem internacional mais justa e igualitária quanto ao combate da crise dos direitos humanos vigente e principalmente ensinamentos a serem empregados em crises futuras.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Alessia. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2021.
- BEETHAM, David. What Future for Economic and Social Rights? *Political Studies*, [S.l.], n. 43, pp. 41-60, 1995. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-9248.1995.tb01735.x>. Acesso em: 30 set. 2021.
- BEITER, Klaus Dieter. *The protection of the right to education by international law: International Studies in Human Rights*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005.
- BINDER, Christina, et al. (ed.) *Research handbook on international law and social rights*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
- COUNCIL OF EUROPE PORTAL. *Learning from the pandemic to better fulfil the right to health*. 2020. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/commissioner/blog-2020/-/asset_publisher/aa3hyf8wKBn/content/learning-from-the-pandemic-to-better-fulfil-the-right-to-health?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fblog-2020%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_aa3hyf8wKBn%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 30 out. 2021.
- COUNCIL OF EUROPE PORTAL. *Social rights and enter! recommendation*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/enter/social-rights>. Acesso em: 29 out. 2021.
- EIDE, Asbjørn. *Economic, social and cultural rights*. 2a. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- EUROPEAN OBSERVATORY ON HEALTH SYSTEMS AND POLICIES. *COVID-19 Health System Response Monitor (HSRM)*. 2021. Disponível em: <https://eurohealthobservatory.who.int/monitors/hsrm/hsrm-countries/hsrm/united-kingdom>. Acesso em: 20 set. 2021.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO monitor: COVID-19 and the world of work: Seventh edition: Updated estimates and analysis*. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744374.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.
- LIMON, Marc; POWER, Hilary. *History of the United Nations special procedures mechanism: origins, evolution and reform*. 2014. Disponível em: <https://www.universal-rights.org/urg-policy-reports/history-of-the-united-nations-special-procedures-mechanism-origins-evolution-and-reform/>. Acesso em: 24 mar. 2022.
- MOGUERZA, Javier M. et al. Health Sufficiency Indicators for Pandemic Monitoring. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, [S.l.], v. 18, pp. 1-21, 2021. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1660-4601/18/10/5358/htm>. Acesso em: 29 out. 2021.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>. Acesso em: 30 out. 2021.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Direito à saúde: conteúdo, essencialidade e monitoramento. *Revista CEJ*, [S.l.], n. 48, pp. 92-100, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24876.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.
- OUR WORLD IN DATA. *Daily new confirmed COVID-19 deaths per million people*. 2022. Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- SANFORD, Alasdair. Coronavirus: half of humanity now on lockdown as 90 countries call for confinement. *Euronews*, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/04/02/coronavirus-in-europe-spain-s-death-toll-hits-10-000-after-record-950-new-deaths-in-24-hou>. Acesso em: 20 out. 2021.
- SCHUTTER, Olivier de. *International Human Rights Law: cases, materials, commentary*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- SENADO FEDERAL. *Desigualdade e abusos na pandemia impulsionam cobranças por direitos humanos*. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/08/desigualdade-e-abusos->

- na-pandemia-impulsionam-cobranças-por-direitos-humanos. Acesso em: 24 set. 2021.
- SOARES, Roger Costa; GAUDARD, Ana Marcia Iunes Salles. Transmissão vertical do sars-cov-2: uma revisão sistemática vertical. *Brazilian Journal of Health Review*, Curitiba, v. 3, n. 3, pp. 4236-4240, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9703/8143>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF); UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *Human rights based approach to education for all: a framework for the realization of children's right to education and rights within education*. New York: UNICEF, 2007. Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/A%20Human%20Rights-based%20Approach%20to%20Education%20for%20All_0.pdf. Acesso em: 29 set. 2021.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Coronavirus vs. inequality. 2020. Disponível em: https://feature.undp.org/coronavirus-vs-inequality/?utm_source=social&utm_medium=undp&utm_campaign=covid19-inequality&utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=CjwKCAjwzaSLBhBJEiwAJSRokhQwzfVfQdedQTUSwCtgVtedWmqMfN22IyD11xsXK7hkeqX2lTsrNB0CEQUQAvD_BwE. Acesso em: 29 out. 2021.
- UNITED NATIONS FOUNDATION. *Unite for health*. 2021. Disponível em: <https://unfoundation.org/unite-for-health/>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*. 2020. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F75%2F163&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Right to education: impact of the coronavirus disease crisis on the right to education – concerns, challenges and opportunities*. 30 jun. 2020. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F44%2F39&La> nguage=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False. Acesso em: 20 abr. 2022.
- UNITED NATIONS GENEVA; UN NEWS. *100 years of multilateralism in Geneva 1920-2020: about multilateralism*. 2020. Disponível em: <https://multilateralism100.unog.ch/about>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- UNITED NATIONS; UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *What are human rights?* 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- UNITED NATIONS WOMEN. *Women with disabilities in a pandemic (COVID-19)*. 2020. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-women-with-disabilities-in-a-pandemic-covid-19-en.pdf?la=en&vs=1531>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- UNITED NATIONS. *A UN framework for the immediate socio-economic response to COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-04/UN-framework-for-the-immediate-socio-economic-response-to-COVID-19.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.
- UNITED NATIONS. *About special procedures*. 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- UNITED NATIONS. *COVID-19 and human rights: we are all in this together*. 2020. Disponível em: https://www.un.org/victimsofterrorism/sites/www.un.org.victimsofterrorism/files/un_-_human_rights_and_covid_april_2020.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.
- UNITED NATIONS. *Instruments & mechanisms*. 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-and-mechanisms>. Acesso em: 24 mar. 2022.
- UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 2 april 2020*. 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/74/270>. Acesso em: 25 set. 2021.
- UNITED NATIONS. *Shared responsibility, global solidarity: responding to the socio-economic impacts of COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_report_socio-economic_impact_of_covid19.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

- UNITED NATIONS. *International human rights law*. 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- UNITED NATIONS. *Special Procedures of the Human Rights Council*. 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council/special-procedures-human-rights-council>. Acesso em: 24 mar. 2022.
- UNIVERSITY OF MINNESOTA. *Masstricht Guidelines on violations of economic, social and cultural rights, Maastricht, January 22-26, 1997*. 1997. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instrtree/Maastrichtguidelines_.html. Acesso em: 29 out. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. 2006. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19)*. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>. Acesso em: 29 out. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan (SPRP 2021)*. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-WHE-2021.02>. Acesso em: 10 set. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Human resources for health*. 2019. Disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_23-en.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Maintaining essential health services during the COVID-19 outbreak*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/related-health-issues>. Acesso em: 28 out. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Origin of SARS-CoV-2*. 2020. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332197/WHO-2019-nCoV-FAQ-Virus_origin-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Social determinants of health*. 2008. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/social-determinants-of-health#tab=tab_1. Acesso em: 01 nov. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *The right to health*. Jun. 2008. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Universal health coverage*. 2021. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/universal-health-coverage#tab=tab_1. Acesso em: 21 set. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. 2022. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO: Health and human rights - interview with Professor Paul Hunt. *Youtube*. 10 dez. 2012. Vídeo (4min30s). Disponível em: <https://youtu.be/P-oWpXNWOfk>. Acesso em: 15 set. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO: Health and human rights - interview with Professor Paul Hunt. *Youtube*. 10 de dezembro de 2012. Vídeo (4min30s). Disponível em: <https://youtu.be/P-oWpXNWOfk>. Acesso em: 15 set. 2021.

A (IM)POSSIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NA ÍNDIA: O CASO DAS DALITS

• • • • • Ana Thais Barreto Apoliano

Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba.

Mônica de Lourdes Neves Santana

Professora Dra. Associada B na graduação do curso de Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba;
Pós Doutorado em Ciência Política (2021); Coordenadora da Curadoria de Migrações e Direitos Humanos (UFPE).

Anna Karollinne Lopes Cardoso

Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO

A afirmada universalidade dos Direitos Humanos e sua aplicação apresenta-se de forma diferente nas civilizações distintas. A diferença está nos valores, nas concepções próprias e no privilégio dado aos direitos sociais. Este artigo consiste em um estudo de caso sobre a casta Dalit de forma a explorar a ideia de Direitos Humanos no Ocidente e na concepção Hindu bem como as questões inerentes à discriminação social das mulheres intocáveis na sociedade indiana. Mostra-se o processo do estabelecimento de uma Constituição na Índia, a origem do sistema de classificação da sociedade em castas e como esse sistema hierarquizou a sociedade dando direitos e deveres diferentes a cada um. A hipótese alcançada foi de que a casta está se modificando, reinventando, se fortalecendo e enfraquecendo ainda que muito pouco as muralhas do patriarcalismo, do sistema de castas e do Estado. Assim, a reflexão feita diz respeito a necessidade de um debate em torno da (im)possibilidade da efetivação dos Direitos Humanos na Índia.

Palavras-chave

Índia; direitos humanos; castas; Dalits.

ABSTRACT

The affirmed universality of Human Rights and its application presents itself differently in different civilizations. The difference is in the values, in the own conceptions and in the privilege given to social rights. This article

consists of a case study on the Dalit caste in order to explore the idea of Human Rights in the West and in the Hindu conception as well as the issues inherent to the social discrimination of untouchable women in Indian society. It shows the process of establishing a Constitution in India, the origin of the system of classifying society into castes and how this system hierarchized society by giving different rights and duties to each one. The hypothesis reached was that the caste is changing, reinventing, strengthening and weakening even if very little the walls of patriarchy, the caste system and the State. Thus, the reflection made concerns the need for a debate around the (im)possibility of the realization of Human Rights in India.

Keywords

India; human rights; Castes; Dalits.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo consiste na investigação e compreensão dos Direitos Humanos como suporte moral para as práticas que se acham civilizatórias na ordem global. Em específico destaque para a violência na Índia que são atos presentes desde a sua colonização. E assim, inicia-se a pesquisa com a motivação acadêmica e esforço para elucidar o que há por detrás da concepção, relatando conceitos e contextualizações importantes que se fazem necessárias para a compreensão dos direitos humanos na narrativa do Ocidente e na Índia. Acrescenta-se pela importância peculiar para este estudo tratar da historicidade da Índia, nosso objeto de estudo.

Apesar de viverem em um país com riqueza histórica dos direitos civis que inspirou movimentos de liberdade pelo mundo, a maioria das 160 milhões de mulheres Dalits ou intocáveis sofrem notória discriminação de casta, além de serem alvos de violência física e sexual. Essa mulheres são geralmente obrigadas a comer e beber em lugares reservados, andar quilômetros para conseguirem água, além de trabalharem em condições degradantes. Dito isto, neste artigo buscou-se mostrar a desigualdade da sociedade na Índia, principalmente representada no sistema de castas. Com o suporte de autores como Brian K. Smith (1994), Sekhon (2000) e Hutton (1963) esta pesquisa segue descrevendo *background* da questão do patriarcado, relatando-o na sociedade indiana e a consequente posição de submissão da mulher. Para tanto, busca-se questionar o porquê de o sistema patriarcal ultimamente sentir-se ameaçado pela comunidade Dalit e qual o motivo de movimentos e lutas sociais ainda não terem atingido as demandas sociais necessárias e urgentes.

Metodologicamente, a pesquisa foi realizada por meio de um levantamento bibliográfico seletivo referente ao tema do estudo com o objetivo de alcançar um melhor direcionamento e entendimento do período antigo e atual. A escolha da bibliografia foi feita a partir da importância e domínio dos autores no campo do discurso colonial e pós-colonial, bem como estudiosos da literatura indiana. Para alcançar o objetivo da pesquisa, foi feita uma leitura crítica do material selecionado, além de fichamentos dos principais especialistas da área. Ademais, foi considerado o uso de mídias alternativas, ensaios, entrevistas, e leitura de notícias jornalísticas em portais virtuais. Finalmente, parte - se de uma abordagem qualitativa com método dedutivo.

Inicialmente parte-se da definição e contextualização dos Direitos Humanos no Ocidente e a concepção Hindu. Em seguida, se fez necessário explorarmos a questão do patriarcado como um dos responsáveis pelo pensamento de submissão e objetificação da mulher. Por fim, o terceiro tópico aborda a sociedade indiana e seu sistema de castas com atenção para as Dalits e com alguns dos movimentos de luta pela igualdade de direitos. E encerramos essa introdução com a motivação do “ (...) princípio de que um direito sem justiça é um corpo sem alma” (DOUZINAS, 2007, p. 10).

2. OS DIREITOS HUMANOS NA CONCEPÇÃO OCIDENTAL

O termo Direitos Humanos engloba questionamentos relevantes e desafiadores para a sociedade e estudiosos. Se observarmos um texto legislativo é possível encontrar diversas denominações: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (TAVARES, 2002). Inicialmente, incumbe delinear os contornos de duas definições pontuais. Fábio Silva (2012) afirma que direitos humanos são os direitos civis, políticos econômicos, sociais, culturais e ambientais assentados nas práticas de integralidade, universalidade e interdependência. Por sua vez, Dallari (1999) os direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa não consegue existir ou se torna incapaz de desenvolver e participar da vida.

Mediante as definições elencadas, neste estudo adotaremos o uso da expressão direitos humanos seguindo a maioria delas como os direitos das pessoas que se tenha como escopo a igualdade, dignidade e liberdade à vida. Reconhece-se a dificuldade em se definir o termo sob o risco de se ter um resultado insatisfatório e não se conseguir traduzir com exatidão da forma que merece, pois como pontua José Afonso da Silva (2000, p. 179): “ A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do ser humano no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso.”

As origens da concepção contemporânea de Direitos Humanos são remotas, podendo ser relacionadas desde o período do Renascimento até depois do Iluminismo. Nas últimas décadas, a ênfase nos direitos fundamentais atingiu seu clímax com a formação da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) e a subsequente redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Segundo a Organização das Nações Unidas, os Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente da raça, do sexo, da nacionalidade, da etnia, da língua, da religião ou de qualquer outro estatuto. Eles incluem o direito à vida, à liberdade de escravidão e tortura, de opinião e expressão, ao direito ao trabalho e à educação. Todos têm prerrogativas a estes direitos, sem discriminação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

De acordo com o Escritório das Nações Unidas, os Direitos Humanos universais são frequentemente expressos e garantidos por lei, nas formas de tratados, princípios gerais e outras fontes de direito internacional. Ele estabelece obrigações dos governos de agir de determinadas maneiras ou abster-se de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de indivíduos ou grupos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

1.2 Direitos Humanos na Concepção Hindu

A Índia está localizada na Ásia Meridional delimitada pelo Oceano Índico, pelo mar da Arábia e pelo Golfo de Bengala, sendo o segundo país mais populoso do globo e o sétimo maior em área geográfica, fazendo fronteira com Paquistão, China, Nepal, Butão, Bangladesh e Mianmar (KRETSCHMANN, 2006). Trata-se de uma sociedade múltipla e tradicional em que a base do conceito de Direitos Humanos Ocidental não é óbvia para os hindus. Na visão ocidental cada indivíduo é absoluto, a ideia de democracia e o Estado expressa o desejo do povo. O ser humano é definido como indivíduo e os direitos humanos o protegem (KRETSCHMANN, 2006).

Ao considerar a concepção hindu, Puntambekar (2018) afirma que o assunto é muito difícil visto os complexos problemas socioculturais e político-religiosos, entre guerras de grupos, comunidades e governantes onde não há espaço para tolerância e nem humanidade. Na reflexão hindu, a fim de proteger o mundo, Manu (considerado Filho de Brahma e Pai dos Homens), arrumou as castas e suas obrigações definidas e o *dharma* é a ordem da realidade que mantém o mundo ordenado (KRETSCHMANN, 2006). Nesse contexto, detém-se que com o estabelecimento da Constituição da Índia, o seu Judiciário desempenha um papel significativo na proteção, mas que ainda se posiciona como insuficiente, visto que a questão da Caxemira, por exemplo, perdura por muito tempo.

A Caxemira é uma província situada no extremo norte da Índia e apresenta-se com um exemplo dessa violação. Faz fronteira com três países: China, Paquistão e Tibete. Seu território é controlado em cerca de dois terços pela Índia (maioritariamente hindu) e em 37% pelo Paquistão (muçulmano, como a maioria dos habitantes da Caxemira). Uma resolução das

Nações Unidas prevê, desde 1948, a organização de um referendo de autodeterminação em Caxemira, que se mantém sem valor face à oposição de Nova Deli (AGÊNCIA LUSA, 2019). Neste conturbado contexto, eis que em 14 de fevereiro de 2019, um atentado suicida realizado por um paquistanês contra policiais indianos provocou ataques aéreos entre Paquistão e Índia. Mais tarde, em 5 de agosto de 2019, o governo indiano anunciou a decisão de revogar o estatuto especial concedido a Caxemira há 70 anos, para integrar a região de maioria muçulmana com o resto do país. Para isso, revogou os artigos 370.º e 35-A da Constituição.

Em aspectos gerais, segundo o ministro do Interior da Índia, Amit Shah, (2019 - ...) a suspensão dos artigos visa corrigir “a injustiça cometida em Jammu e em Caxemira nos últimos 70 anos”. Esses artigos garantiam um estatuto especial à Caxemira e permitiam que o estado indiano de Jammu e da Caxemira fizessem suas próprias leis. Milhares de pessoas haviam protestado nas ruas contra a revogação do estatuto especial daquela zona. A Índia começou por romper comunicações, restringir a circulação de pessoas e impor o recolher obrigatório. Há relatos de escassez alimentar e um descontentamento geral da população. O fato é que desde que foi integrada à Índia, o território vive em constante conflito.

Para esse momento apresentativo, a comunidade internacional reagiu à tal situação e em 8 de agosto a chefe da diplomacia da União Europeia, Federica Mogherini, telefonou aos ministros dos Negócios Estrangeiros da Índia e do Paquistão para tentar um entendimento. No dia 16 de agosto, o Conselho de Segurança da ONU debateu pela primeira vez em décadas a Caxemira. O presidente dos Estados Unidos, Donald Trump também apelou à Índia e ao Paquistão para que retomassem o diálogo em um telefonema com Imran Khan, primeiro-ministro paquistanês. Por conseguinte, ao se avaliar os entraves que dificultam o resguardo dos direitos humanos no território indiano, é necessário que as políticas e questões relativas à emancipação sejam incorporadas pela cultura local, a fim de dar efetividade aos sistemas de proteção dos cidadãos.

Nesse contexto, nota-se o relevante papel de órgãos internacionais voltados para a temática, como também a redução das desigualdades e disponibilização de ofertas que promovam a

educação e acesso ao conhecimento, visto que a informação "(...) é a base para a formação crítica de um cidadão a respeito de tudo que interfere em seu bem-estar" (ALVES; ANDRELO; CABRAL, 2016, p. 49). Todavia, contemplando a forte atuação política na Índia contra os direitos humanos, o que se observa na prática é o distanciamento de medidas que visem ao bem-estar e liberdade dos cidadãos, sobretudo das mulheres.

O país vem de fato mostrando um distanciamento progressivo das demandas internacionais em relação aos Direitos Humanos. Desde a discriminação contra muçulmanos até as ações contra ONGs; o governo atual, sob comando do Primeiro-ministro Narendra Modi e seu partido BJP (Bharatiya Janata Party - Partido Popular Indiano), tem se sustentado em práticas de exclusão social e de fechamento da Índia para atividades que denunciem suas falhas. O caso do estupro coletivo e assassinato da mulher em Hathras também demonstra uma perpetuação da falta de compromisso com a garantia de proteção e igualdade atribuída à sua população, se alinhando aos princípios do BJP, mesmo que seja divergente às demandas internacionais, que cada vez mais visam as igualdades sociais, incluindo as de gênero (BASTOS, 2020).

Dessa forma, infere-se que há um distanciamento da legislação e as práticas educativas em direitos humanos na realidade hindu, evidenciado ainda mais no contexto pandêmico. Por conseguinte, ao se avaliar os entraves que dificultam o resguardo dos direitos humanos no território indiano, é necessário que as políticas e questões relativas à emancipação sejam incorporadas pela cultura local, a fim de dar efetividade aos sistemas de proteção dos cidadãos. Nesse contexto, nota-se o relevante papel de órgãos internacionais voltados para a temática, como também a redução das desigualdades e na promoção do acesso ao conhecimento, visto que a informação "(...) é a base para a formação crítica de um cidadão a respeito de tudo que interfere em seu bem-estar" (ALVES; ANDRELO; CABRAL, 2016, p. 49).

O sistema de castas foi abolido oficialmente da constituição indiana no ano de 1950, contudo a sociedade ainda continua organizada desta forma, outros estudos já apontam esse fator como um dos grandes motivos do atraso econômico que o país ainda se encontra na atualidade, seguindo essa premissa, busca-

se entender as questões patriarcais dentro da sociedade indiana, bem como essa influência atinge as Dailits e compromete os DH quanto direito universal.

2. A QUESTÃO DO PATRIARCADO NA SOCIEDADE INDIANA

Nos estudos feministas, o termo patriarcalismo foi comumente utilizado para explicar a condição feminina na sociedade e as bases da dominação masculina. A relação controversa em relação ao uso do termo *patriarcado* x *patriarcalismo* ainda se faz carente coerência teórica e vários teóricos advogam por um ou outro termo específico. Mary G. Castro e Lena Lavinias (1992) reprovam o uso do termo patriarcado. Para as autoras, o conceito é usado nos textos e nas obras na sua forma adjetiva – como família patriarcal ou ideologia proletária e patriarcal – em detrimento da referência ao patriarcado na sua forma substantiva – como um sistema, uma organização ou uma sociedade patriarcal. Segundo elas, a forma adjetiva remete ao conceito weberiano de patriarcalismo, ou seja, "trata-se de um tipo de dominação em que o senhor é a lei e cujo domínio está referido ao espaço das comunidades domésticas ou formas sociais mais simples, tendo sua legitimidade garantida pela tradição" (CASTRO e LAVINAS, 1992, p. 237).

Para Weber (1964), patriarcado refere-se a um período anterior ao advento do Estado, sendo, portanto, inadequado falar em patriarcalismo nas sociedades capitalistas, sendo ineficaz para conceituar as relações de gênero em uma sociedade. Elisabeth Souza Lobo diz que: "as relações sociais organizam as divisões da sociedade, e a divisão sexual do trabalho é um locus fundamental das relações entre os sexos" (LOBO, 1992, p. 259). Para Lobo, o conceito de patriarcado como é utilizado pressupõe ligações de determinação estrutural, negligenciando as relações históricas e as construções culturais da divisão sexual do trabalho. Dessa forma, a autora afirma não concordar com a utilização do conceito de patriarcado, preferindo o termo gênero para tratar da divisão do trabalho entre os que são vividos e pensados como sendo mulheres e homens, em uma relação social e simbólica sem qualquer dinâmica determinante: "neste sentido, a divisão sexual do trabalho é um dos muitos locos das relações de gênero" (LOBO, 1992, p. 260).

Lia Zanotta Machado (2000), critica o uso do termo patriarcado em seu sentido fixo, universal e totalizante, mas afirma que não advoga pela sua não utilização. Para ela, é possível falar em um patriarcado contemporâneo, na perspectiva de um não essencialismo, considerando as mutações ocorridas ao longo do tempo e nos mais variados grupos sociais. Portanto, para a autora, diante das modificações nas relações de gênero, das contradições e das transformações sociais que as sociedades ocidentais modernas vêm passando, pode-se falar apenas em um patriarcado contemporâneo. Por sua vez, Carole Pateman afirma que parte da confusão entre os termos surge porque “patriarcado ainda está por ser desvencilhado das interpretações patriarcais de seu significado” (PATEMAN, 1993, p. 39), já que ainda se faz muito conveniente utilizar as relações de gênero da sociedade contemporânea com a base conceitual de patriarcado. Pateman afirma que “é urgente que se faça uma história feminista do conceito de patriarcado. Abandonar o conceito significaria a perda de uma história política que ainda está para ser mapeada” (PATEMAN, 1993, p. 40).

Tendo como suporte os estudos da brasileira Heleieth Saffioti, estima-se que o patriarcado tenha cerca de 2.603 - 4 mil anos (SAFFIOTI, 2004, p. 60) sendo, muito jovem se comparado a idade da humanidade, estimada entre 250 e 300 mil anos. A transição das sociedades igualitárias para as patriarcais teve início a partir da produção de excedente econômico e da descoberta de que o homem era imprescindível para gerar uma nova vida. O patriarcado é, portanto, uma especificidade das relações de gênero, que estabelece, a partir delas, um processo de dominação-subordinação.

O gênero, entretanto, é segundo a autora, uma questão inerente às sociedades. De acordo com Marodin (1997), em uma determinada estrutura social encontram-se prescritas uma série de funções e papéis para homens e mulheres que estão tão internalizados, considerados próprios ou naturais de seus respectivos gêneros. Assim, ao se relacionar o conceito de relações de gênero à noção de construção social, possibilita-se a periodização histórica dessas relações, a qual é capaz de evidenciar as formas que a interação social entre homens e mulheres adquire ao longo do tempo: segregações, desrespeito à liberdade, à igualdade e a vida.

O regime patriarcal se estabelece como um pacto masculino para garantir a opressão de mulheres as quais se tornam objetos de satisfação sexuais e reprodutivas de seus herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras (SAFFIOTI, 2004, p. 105). Evelyn Reed (2008, p.38) diz que, enquanto os homens se ocupavam da caça e da guerra, as mulheres desenvolviam a maior parte dos instrumentos, conhecimentos e técnicas que estavam na base do progresso social. Além disso, a maternidade nunca foi elemento justificador para a submissão ou fragilidade:

Os filhos não eram uma propriedade como os demais artigos de propriedade privada, nem eram estranhos uns aos outros, de acordo com sua riqueza, classe ou raça de suas famílias. Todos os adultos de um clã se consideravam pais sociais de todas as crianças, e se preocupavam com todos, igualitariamente [...] Na sociedade comunitária, em que ainda não existia a família como núcleo isolado, era inútil saber quem era o pai biológico, ou inclusive a mãe biológica (REED, 2008, p. 35).

O reconhecimento do papel do homem na reprodução, no estabelecimento da propriedade privada, na instituição das relações predominantemente monogâmicas, no controle do corpo e da sexualidade das mulheres pela divisão sexual e social do trabalho contribuíram para a instauração do patriarcado como ordem social centrada na descendência patrilinear e no controle dos homens sobre as mulheres (BARBOSA, MATOS, SANTOS & ALMEIDA, 2011).

Narvaz e Koller (2006) apontam dois princípios básicos que regem o patriarcado: as mulheres estão hierarquicamente subordinadas aos homens e os mais jovens aos homens mais velhos. Dessa forma, as atividades masculinas têm maior valor que as femininas; a sexualidade, o corpo e a autonomia feminina estão legitimamente controlados pelos homens (SCOTT, 1995). Nas palavras de Neto (2017) o patriarcalismo ainda é um problema que atormenta a realidade das mulheres indianas apesar dos movimentos feministas que ocorreram antes e após a independência e da existência de algumas organizações não governamentais que fornecem apoio; além de tentativas (ainda que poucas e falhas) da legislação em suprir essa desvalorização feminina. Uma das consequências desse patriarcalismo tão aprofundado é a posição

de submissão inquestionável em que a maioria das mulheres se encontram na sociedade e as várias formas de violência que sofrem desde a venda para casamentos forçados com dote, abuso sexual, falta de assistência médica, analfabetismo entre outras violações dos direitos humanos.

Segundo Castells (2002), o modelo de sociedade patriarcal vem sendo contestado por processos de transformação e conscientização da mulher. Sua inserção no mercado de trabalho remunerado abalou a legitimidade da dominação do homem enquanto provedor da família. “Embora a discriminação legal tenha diminuído, a violência interpessoal e o abuso psicológico, ela ainda ocorre de maneira relevante afetando desde o poder político à estrutura da personalidade” (CASTELLS, 2002, p. 178). O autor aponta a combinação de quatro elementos para essa transformação e conscientização: 1) transformação da economia e do mercado de trabalho, associado à abertura para mulheres no campo da educação, 2) transformações tecnológicas ocorridas na Biologia, Farmacologia e Medicina, (maior controle sobre a gravidez e a reprodução humana), 3) os movimentos sociais da década de 60 atingiram o patriarcalismo, pois seus temas enfatizavam “o pessoal como a forma política”, possibilitando às feministas afastarem-se dos caminhos predominantemente masculinos e 4) ideias de uma cultura globalizada.

Outro importante fato que vem ganhando força nos últimos anos e também abala o patriarcado seriam os protestos que surgiram em favor das mulheres Dalits após o estupro coletivo ocorrido em Hathras no dia 14 de setembro de 2020. Este teve como vítima uma mulher Dalit de 19 anos. Um dos protestos ganhou o nome de movimento *Me Too* (Eu Também) e expõe a violência de gênero e de casta que ocorre na Índia. Sua importância fez com que alguns agressores se responsabilizassem por seus crimes, e ganhou o reconhecimento público da sociedade com relação à violência sexual contra a mulher, unindo mulheres de diferentes castas (BANERJEE, 2021).

Além disso, como forma de dar visibilidade e incomodar as autoridades indianas, o comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), vem fazendo altas críticas e demonstrando preocupação com as atrocidades cometidas contra mulheres, posto que seguem em impunidade na

Índia. Ademais, o conselho afirma a existência de incoerências nas normas indianas, visto que a lei proíbe a coleta manual do lixo por mulheres Dalits, mas permite a realização ilegal destas atividades, demonstrando despreocupação à saúde e dignidade destas (IDSN *apud* UN CEDAW, 2014).

Dessa maneira, a existência de órgãos nacionais e internacionais como o comitê “CEDAW” da ONU, a Rede Internacional de Solidariedade Dalit (IDSN) que defende os direitos humanos das Dalits, bem como o Movimento Nacional Dalit pela Justiça (NDMJ), são conselhos que representam as mulheres e exigem justiça diante do sofrimento que são expostas. Assim sendo, acredita-se que estas alegações e cobranças vindas de atores internacionais e nacionais possam intimidar as autoridades indianas, e assim ameaçar o patriarcado na Índia.

3. A SOCIEDADE INDIANA E SEU SISTEMA DE CASTAS

O sistema de castas indiano é historicamente um dos principais aspectos que mostra como as pessoas na Índia são socialmente diferenciadas por classe, religião, região, tribo, gênero e idioma. Apesar de esta ou outras formas de diferenciação existirem, em todas as sociedades humanas, torna-se um problema quando alguém ou mais dessas dimensões se sobrepõem e se tornam a única base da classificação sistemática e acesso desigual a recursos valiosos, como riqueza, renda, poder e prestígio (SEKHON, 2000, p. 39).

A palavra casta pode ser definida como uma coleção de famílias ou grupos de famílias com um mesmo nome; reivindicando uma descendência comum de um ancestral mítico, humano ou divino; professando seguir o mesmo chamado hereditário; e considerados por aqueles que são competentes para emitir um parecer como formando uma única “comunidade” (HUTTON, 1963, p. 47). Também pode ser explicada como uma subdivisão endogâmica e hereditária de uma unidade étnica que ocupa uma posição de nível superior ou inferior de estima social em comparação com outras subdivisões (VELASSERY, 2005, p. 2). O nome da casta geralmente está associado a uma determinada ocupação e, como mencionado anteriormente, é uma estratificação fechada, o que a torna endogâmica (HUTTON, 1963, p. 47).

O sistema de castas indiano é uma classificação de pessoas organizada hierarquicamente e denominada *Varnas*. Varna refere-se às raízes hereditárias de um recém-nascido, indica a cor, tipo, ordem ou classe de pessoas. Cada uma propõe princípios de vida específicos a serem seguidos: os recém-nascidos são obrigados a seguir os costumes, regras, condutas e crenças fundamentais para seus respectivos Varnas. Uma escolha desviada é sempre avaliada por seu impacto em cascata sobre os outros. Os direitos de cada cidadão de Varna são sempre igualados às suas responsabilidades individuais (THORAT & JOSHI, 2015).

A Teoria Biológica afirma que todas as coisas existentes herdam uma de três categorias de qualidades. Havia diferentes tonalidades de textura ou cor que representavam temperamento mental. As chamadas Gunas: Sattva, Rajas e Tamas. são componentes espirituais puros (Sattva) ou impuros (Rajas e Tamas). Lahiri (2010) diz que a combinação de suas proporções, constituem o grupo ou classe de pessoas com diferenças temperamentais. Sattva é branco, Rajas é vermelho e Tamas é preto.

As qualidades de Sattva incluem características relacionadas à sabedoria, inteligência, honestidade, bondade e outras qualidades positivas. Rajas incluem atributos como paixão, orgulho e bravura. Já os Tamas relacionam-se a características negativas, como a falta de criatividade.

Ainda de acordo com a Teoria Biológica, os Brâmanes geralmente herdam as qualidades de Sattva pois são serenos e autocontrolados e possuem a qualidade da austeridade. São considerados puros, retos e tolerantes, além de deter vontade de adquirir conhecimento, sabedoria e fé (LAHIRI 2010). Os Xátrias e Vaishás herdam as qualidades de Raja, e os sudras herdam as qualidades dos Tamas.

Historicamente, no entanto, acredita-se que o sistema de castas começou com a chegada do Arianos na Índia por volta de 1500 AC. Das muitas culturas que se desenvolveram na Índia, os registros literários da cultura indo-ariana não são os primeiros. No entanto, eles contêm a primeira menção e uma história contínua dos fatores que compõem o sistema de castas (GHURYE, 1969, pp.162 e 163). Os arianos possuíam um princípio particular de ordenamento social chamado Varna Vyavastha, que foi baseado nas quatro divisões hierárquicas

da função na sociedade. Eles foram colocados em ordem de importância decrescente: funções religiosas e educacionais, funções políticas e militares, funções econômicas e funções domésticas (VELASSERY, 2005, p. 2).

Os arianos organizavam-se em três grupos. Os Rajayanas (mais tarde alterado para Xátrias), eram os guerreiros, os Brâmanes, que eram os sacerdotes e eventualmente tornaram-se líderes da sociedade e os Vaixás que eram formados por agricultores e artesãos. Os conquistadores arianos subjugaram os nativos e os fizeram empregados. Para garantir seu status, os arianos estabeleceram regras sociais e religiosas que declaravam que somente eles tinham permissão para ocupar os cargos mais altos da sociedade: sacerdotes, guerreiros e empresários. Ademais, a cor da pele foi um importante indicador na determinação da casta de um indivíduo (VELASSERY, 2005, p. 2).

A palavra Varna não significa casta ou classe, mas cor (GHURYE, 1969, p. 163), tendo encontrado pessoas que eram de cor muito escura e tinham nariz bastante esnobe, os arianos descreveram os colonos anteriores como “cor escura”, como pessoas sem nariz, e os aplicaram para o termo *dasa*, que no iraniano significava inimigo (GHURYE, 1969, p. 165). Por volta do século VI, muitos indivíduos das castas inferiores que estavam cansados das suas condições voltaram-se para o Budismo que começou como uma reação à forma de tratamento da sociedade menosprezada, incluindo a imparcialidade do sistema de castas. Os budistas rejeitam completamente qualquer sistema de castas, adotam uma tendência de não violência e de maior igualdade social, além de acreditar que não se nasce em uma certa posição devido à injustiça passada.

Além disso, a fluidez do sistema de castas também foi afetada pela chegada dos britânicos que trouxeram com eles sua própria forma tradicional de governo e como cristãos, eles não tinham muita simpatia pelas instituições hindus (GHURYE, 1969, p. 270). Durante os dias iniciais dos britânicos no governo da Companhia das Índias Orientais, privilégios e costumes de castas foram incentivados, mas a corte britânica logo começou a discordar da discriminação contra as castas mais baixas (ALAVI, 1998, p. 5). Contudo, as políticas britânicas de divisão e governo contribuíram para o fortalecimento das identidades de castas (CORBRIDGE e HARRISS,

2000, p.8). Os três pilares de apoio do sistema de castas - especialização hereditária, hierarquia sagrada e repulsa mútua, foram basicamente minados diretamente pela administração britânica (BOUGLÉ, 1971, p. 82).

No topo das castas, encontram-se os Brâmanes, geralmente sacerdotes, estudiosos e eruditos (excepcionalmente viveriam como guerreiros, comerciantes, ou agricultores na adversidade severa) estão no topo e era a escolha principal como tutores para um recém-nascido porque representam a ligação entre o conhecimento sublime dos deuses e das quatro Varnas. Eles eram a personificação do conhecimento supremo e eram venerados por causa de seu status de nascimento e porque eram dotados dos preceitos e sermões a serem ensinados para todas as Varnas da sociedade e por causa da sua renúncia à vida mundana e cultivo de qualidades divinas.

Todos os homens Brâmanes foram autorizados a se casarem com mulheres das três primeiras Varnas, enquanto que se casassem com uma mulher Sudra seriam desprovidos de seu status sacerdotal. No entanto, uma mulher Sudra não seria rejeitada se o Brâmane consentiu. Uma mulher Brâmane, por tradição, só deve se casar com um brâmane, mas ela permanece livre para escolher o homem. Ela, em raras circunstâncias, pode se casar com um Xátria ou um Vaixás, mas casar com um homem Sudra é restrito. As restrições nos casamentos entre castas são para evitar a subsequente impureza da descendência. Um Xátria é caracterizado por características físicas e marciais (SMITH, 1994, p. 48). Eles constituíam o clã guerreiro, os reis, os governantes de territórios e os administradores. Era primordial que eles fossem conhecedores de armamento, guerra, penitência, austeridade, administração, conduta moral, justiça e decisão. Seu dever fundamental era proteger o território, fazer justiça, governar e estender a paz e a felicidade a todos os seus súditos, aconselhando-se em questões de soberania territorial e dilemas éticos com seus gurus Brâmanes (SMITH, 1994, p. 48).

Ademais, tinham permissão para se casarem com uma mulher de todos os Varnas com consentimento mútuo. Embora uma mulher Xátria ou Brâmane fosse a primeira escolha, as mulheres Sudras não eram impedidas de se casar com um Xátria. As mulheres Xátrias também estavam familiarizadas com a guerra, devendo

cumprir deveres na ausência do rei e inteirados dos assuntos do reino. Ao contrário da crença popular, uma mulher Xátria era igualmente capaz de defender um reino em tempos de angústia e de transmitir habilidades de guerra aos seus descendentes (SMITH, 1994).

A seguir estão os Vaixás, que são os comerciantes. Seu dever era garantir prosperidade para a comunidade através da agricultura, criação de gado e comércio. Os Vaixás eram considerados fracos em comparação com seus governantes e exploráveis. Essas opressões, no entanto, geralmente não foram boicotadas porque isso foi apresentado como um estado natural de coisas no campo social (SMITH, 1994, p. 49). As mulheres Vaixás também apoiavam seus maridos nos negócios, criação de gado e agricultura e compartilhavam o trabalho. Elas eram protegidas pela lei, tendo direitos iguais sobre propriedades ancestrais em caso de morte prematura de seu marido. Aos Vaixás foi negado um alto status social pelo qual se ressentem das castas superiores (SMITH, 1994, p. 49).

Depois segue os Sudras que estavam ligados à agricultura e criação de gado. Geralmente são trabalhadores, camponeses, artesãos e criados. Os Sudras eram considerados indivíduos sem habilidades especiais e capazes apenas de servir como escravos das três classes superiores, servindo-os como barbeiros, ferreiros ou sapateiros. Portanto, não gozavam de direitos ou privilégios e não tinham permissão para realizar nenhum sacrifício, recitar rituais de oração e entrar em templos. Eles também apoiaram os grupos anti-brâmanes que surgiram posteriormente (SMITH, 1994, p. 49). Por fim, estão os Párias (Dalits), aqueles considerados intocáveis, desprovidos e na maioria das vezes, desinformados sobre a declaração de proteção dos direitos humanos. Essa casta é o objeto deste estudo, sendo assim, será descrita com mais ênfase a seguir.

3.1 AS INTOCÁVEIS DALITS

O termo Dalit em sânscrito é derivado da raiz *dal* que significa dividir, quebrar, estourar. Literalmente significa pessoas quebradas ou oprimidas em Hindi. Jyotiba Phule, a fundadora da Satya Shodak Samaj, um movimento não-brâmane em Maharashtra, cunhou o termo Dalit. Ele usou o termo para se referir aos párias ou intocáveis como as vítimas da divisão

social baseada em castas da sociedade indiana (MOKSHAGUNDAM, 2016).

Segundo Amossy (2018, p. 09), os indivíduos da casta Dalit são considerados pelos escritos bramânicos como impuros e classificados como intocáveis, sendo os indivíduos mais discriminados da Índia. Ademais a classificação dada a um Dalit se faz sobre o termo usado pelos ingleses para designar as pessoas que, dentro dos costumes hindus foram expulsas de suas castas, considerados impuros para as outras castas. Dessa forma, aqueles considerados intocáveis na cultura não pertencem propriamente a nenhuma casta. Dalits são os indivíduos que são explorados econômica, social e politicamente há muito tempo e conceituam-se excluídos da sociedade, vivendo em cantos isolados, em meio ao cheiro de mais degradante do ponto de vista da miséria. Sofrem tratamentos discriminatórios, e são delegados a serviços como a limpeza, recolhimento do lixo e o manejo dos mortos, além de outros trabalhos, descritos como os que ninguém executaria, pois são humilhantes e considerados impróprios pela sociedade (AMOSSY, 2018).

As Dalits então realizavam tarefas consideradas poluentes como limpar e esfolar animais mortos. Em alguns casos, podiam enfrentar acusações criminais se poluíssem certas coisas com sua presença. Por exemplo, era um crime para um membro de uma casta intocável conscientemente poluir um templo com sua presença (HAMPTON, 2010). Elas também foram proibidas de entrarem nas ruas em que estavam situadas as casas das castas superiores, e havia muitos costumes e leis que as mantinham longe das aldeias e cidades. Apesar dos pesares, seus serviços ainda eram essenciais para a saúde da comunidade e, portanto, era necessário fazer parte do sistema para servir às castas superiores. Essa hierarquia tem sido a causa da opressão em todas as esferas da sociedade há séculos (VELASSERY, 2005, p. 8).

No contexto social e humano da cultura indiana as Dalits são consideradas como todas aquelas mulheres que violam o sistema por meio da infração de alguma regra social. O estigma de ser Dalit é complexo, apesar de não integrarem nenhuma casta específica, têm a preocupação, por vezes, de obterem reconhecimento das castas superiores adotando alguns hábitos cultivados pelos brâmanes, sendo que a comunidade Dalit,

está situada nos níveis mais baixos da escala social do rígido sistema de castas indiano.

Embora o artigo 17 da constituição indiana tenha banido a intocabilidade em 1950 com punições, o artigo 14 exige que o Estado conceda igual proteção das leis a qualquer pessoa dentro do território indiano. As Dalits sofrem ampla discriminação e maus tratos particularmente nas vilas e zonas rurais. As equipes que deveriam aplicar as leis muitas vezes recusam a documentar ou investigar às queixas (HANCHINAMANI, 2001). Cabe salientar que as leis indianas supunham proteção, a realidade pouco mudou. Há pouca aplicação do poder para garantir que a Índia cumpra suas obrigações sob o direito internacional. Os mecanismos internacionais fazem recomendações ao governo divulgando os erros e fracassos a fim de trazer vergonha. Na contra mão, as castas mais altas esperam que as Dalits executem suas ocupações sem serem pagas.

A revista indiana *The Week* relatou a situação de uma Dalit em Gujarat que desistiu da profissão e se tornou uma proprietária de terra. Apesar deste sutil avanço, as castas superiores obrigam que as Dalits limpem e consertem seus sapatos de graça e a qualquer hora do dia. A partir do momento em que as Dalits rejeitam as obrigações elas são torturadas, estupradas, tem suas casas incendiadas. Lembremos também das crianças Dalits que são vítimas assim como suas mães e obrigadas a trabalhar para pagar as contas para a sobrevivência.

3.2 OS MOVIMENTOS

Existiram muitos movimentos e ações governamentais que ocorreram antes e depois da independência indiana a fim de superar e tentar eliminar as desigualdades e injustiças associadas à questão das castas. Por exemplo, Mahatma Gandhi usava o termo *Harijans* (povo de Deus) para se referir aos intocáveis, a fim de incitar uma mudança no sentido de atitude em relação às castas inferiores para um pensamento positivo.

Na década de 1970 muitos líderes de castas intocáveis começaram a se chamar *Dalits*. Jyotirao Phule começou, em meados do século XIX, o movimento Dalit anti-casta que incitava a emancipação das mulheres e a abolição da ideia de intocabilidade, o que significava “se livrar de

restrições à entrada em templos e encontrar um lugar para os Dalits no hinduísmo” (SEKHON, 2000, p. 48).

O Movimento Dalit é uma luta que tenta contra-atacar a hegemonia sociocultural das castas superiores e fazer prevalecer a execução dos fundamentos dos direitos humanos. É um movimento de massas que anseia por justiça por meio de discursos, obras literárias, dramas, canções, organizações culturais e todas as demais medidas possíveis. Portanto, pode ser considerado um movimento liderado pelas Dalits para buscar a igualdade com todas as outras castas da sociedade hindu (SUTRADHAR, 2014).

O principal objetivo do Movimento é constituir uma comunidade hindu baseada na equidade, nos ideais democráticos de liberdade, igualdade e justiça social substituindo a antiga sociedade hierárquica. Ele é o resultado do sentimento gerado por séculos pela posição de submissão das castas superiores da Índia. Ele ganhou força no período pós-independência e tem suas raízes no período Védico, além de ter dado origem a muitos escritores e jornalistas. Um novogruppo de pensadores emergiu entre a comunidade Dalit (SUTRADHAR, 2014).

Muitos escritores, por meio de seus escritos, fizeram com que as pessoas se conscientizassem da exploração exercida sobre eles pela seção de elite da sociedade (SUTRADHAR, 2014). O chamado Movimento Literário Dalit, ocorreu em uma época em que não havia meios de comunicação para apoiar os Dalits, uma vez que a mídia estava sob o controle da classe brâmanes. Os brâmanes não permitiam que a voz das Dalits se expressasse, pois isso seria uma ameaça para sua própria sobrevivência. Dessa forma, as Dalits começaram seus próprios manuscritos contando suas experiências e argumentando que o movimento lutava não apenas contra os brâmanes, mas contra todos que praticavam exploração.

Novas canções, poemas, histórias e autobiografias revolucionárias foram escritas por escritores Dalits. Todos os seus sentimentos estavam explodindo na forma de escritos. Parecia que toda a comunidade Dalit encontrou o espaço para romper o silêncio de milhares de anos da literatura Dalit, tentar comparar a situação passada dos Dalits com a geração presente e futura para não criar ódio, mas para

torná-los conscientes de sua condição lamentável (SUTRADHAR, 2014).

Ao mencionar movimentos Dalits, é imprescindível citar o famoso Dr. B. R. Ambedkar. Ele foi um educador, advogado, economista, antropólogo, sociólogo, escritor, orador, político, sindicalista, pregador e, ainda, revolucionário social. Escreveu vários livros e artigos para apresentar suas teorias sobre os problemas que a Índia enfrentava sendo suas obras mais conhecidas, *Who Were the Shudras?* (1946) e *The Untouchables* (1948), nos quais pela primeira vez analisou em detalhes os sudras e os intocáveis. Ele fez campanha por mais direitos para Dalits na Índia britânica, mesmo após a independência (SEKHON, 2000, p. 48).

Ambedkar continuou o movimento de Jyotiba Phule, que fundou a sociedade *Satya Sodhak Samaj* (1873) que significa sociedade de buscadores da verdade e defendeu a igualdade de status para Dalits, condenou o sistema Varna, adotando o budismo. Para resolver a situação da intocabilidade dos Dalits, Ambedkar deu um mantra de prosperidade para educar, agitar e organizar, além de organizar conferências para conscientizar Dalits sobre seus direitos e valores morais.

Ademais, Ambedkar fez muitas provisões para a elevação dos Dalits na constituição indiana incorporando os valores de liberdade, igualdade e fraternidade em sua Constituição. Esses direitos envolvem o direito à igualdade, à liberdade de exploração, de religião, de cultura, direitos educacionais e direito a recursos constitucionais. O direito à igualdade garante igualdade perante a lei. Não haverá discriminação com base na religião, sexo, castas, credo e lugar de nascimento.

É fato que existem muitas disposições para Dalits na Constituição da Índia, mas a realidade está longe de se cumprir efetivamente, uma vez que estas leis não foram implementadas de forma prática. Enfatizando que a Campanha Nacional pelos Direitos Humanos Dalit apresentou os dados chocantes que inclui crime a cada 18 minutos; seis sequestradas todas as semanas, três estupradas todos os dias, treze Dalits assassinadas todas as semanas e vinte sete atrocidades contra Dalits ocorrendo todos os dias (NATIONAL CAMPAIGN ON DALIT HUMAN RIGHTS, 2016).

Ambedkar e Gandhi foram defensores da abolição do sistema de castas, mas discordaram

sobre os meios para fazê-lo. Gandhi acreditava que “a intocabilidade é uma questão moral que pode ser abolida através da boa vontade e mudança de atitude entre os hindus de casta superior” (SEKHON, 2000, p. 48). Já Ambedkar acreditava que “a subordinação dos Dalits era principalmente econômica e política, e só poderia ser superada mudando a estrutura social por meios legais, políticos e educacionais” (SEKHON, 2000, p. 48).

Durante a década de 1970, o movimento *Dalit Panthers* surgiu entre a geração mais jovem de Dalits, juntamente com outros movimentos sociais na Índia. Os participantes manifestaram sua raiva e frustração pelo fracasso da implementação em relação a políticas que eliminariam atos de violência contra os Dalits pelos hindus de casta alta em muitas partes da Índia rural (SEKHON, 2000, p. 49). O movimento é uma organização que se converteu ao Budismo e o adota como foco político de longo alcance, o estabelecimento do estado democrático-socialista. A ideologia *Dalit Panther*, incorporou seus textos e práticas, redimensionou leituras da filosofia budista e marxista (CONTURSI, 1993, pp. 320-339).

O fator fundamental responsável pela ascensão das *Dalit Panthers* foi a repressão e o terror sob os quais os Dalits oprimidos viviam na área rural. Inspirados pelo Movimento Negro, os Panteras Dalits foram formados por um grupo de Mahars (comunidade hindu do Estado de Maharashtra) educados para liderar o movimento.

Jyotirao Phule é um nome de referência pois deu grande importância à educação, e conseguiu capacitar os Dalits. Ele ressaltou que com a educação veio a *Tratiya ratna* (Terceiro olho) o que significa consciência/pensamento crítico e é necessário para trazer uma emancipação cultural das classes mais baixas. Inicialmente decidiu começar com as meninas, porque sabia que o progresso de um país era impossível sem educar os mais oprimidos de uma dada sociedade mais explorada. Juntamente com sua esposa, Savitribai, criou uma escola em agosto de 1848, na cidade de Pune para garotas Dalits muçulmanas, e finalmente em 24 de setembro de 1873, estabeleceu a primeira organização social não-brãmã denominada *The Satyashodhak Samaj* (*The Truthseeker's Society*) (SUTRADHAR, 2014, p. 2168).

Por volta da mesma época, quando o casal Phule estava lutando para educar as Dalits do sul da Índia, Guruchand, nascido em um Namashudra prosseguia com a agenda de seu pai Harichand Thakur (1812-1877) para exaltar os Dalits da antiga Surma Valley. Nascido em 1847, Guruchand começou seu movimento a partir do ano 1867 reconhecendo que a educação pode ser a única maneira de elevar os degradados Dalits. Como o casal Phule, ele também entendeu que ‘Educação, Riqueza e Poder Político’ eram as áreas essenciais que podem ajudar os Dalits a viver uma vida digna. A luta dos Dalits continuou, quando todo o país foi preparado para testemunhar um novo movimento sob o visionário líder, chamado pelas pessoas de *Babasaheb* (SUTRADHAR, 2014, p. 2168).

É importante mencionar que, no contexto atual, houveram mudanças positivas nos relacionamentos entre castas que tornaram-se um pouco mais flexíveis e isso ocorre justamente como consequência dos movimentos descritos. Muitas pessoas ocupam posições que não remetem a sua casta, como cargos no governo, ensino ou comércio. Riqueza e poder na vila estão agora menos associados com a casta do que antes, e a propriedade da terra tornou-se mais diversificada (SEKHON, 2000, p. 44). Além disso, a ideia de que pessoas podem contaminar lugares, ou seja, são poluídas, também diminuiu. O status de uma mulher ainda é significativamente ligado ao status do homem, mas a educação e a conscientização da equalização para as mulheres têm sido amplamente espalhadas por toda a Índia (SEKHON, 2000, p. 44).

Nas áreas rurais, o desprendimento da ideia da sociedade de casta ainda é difícil e lento, já nas áreas urbanas a casta é uma parte menos significativa da vida cotidiana das pessoas. Embora a discriminação com base em casta tenha sido proibida na Índia, tornou-se um meio de competir pelo acesso a recursos e poder na Índia moderna, como oportunidades educacionais, novas ocupações e melhoria nas chances de vida (SEKHON, 2000, p. 45). Realizações individuais, mérito e posição econômica ainda são significativamente afetados pela casta (SEKHON, 2000, p. 51).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos não são um assunto de nenhum país em particular, são uma questão

de demanda internacional. Ainda que a Índia seja signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos- adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948- as violações apresentadas no decorrer deste texto ainda prevalecem, uma vez que a solução desses problemas é dificultada pelo tamanho da população indiana e pelo background marcado pelo poder do patriarcado, situação de miséria e grande diversidade cultural dentro de uma mesma sociedade.

O sistema de castas é um sistema complexo de direitos e oportunidades atribuídos a população de indivíduos. Ela continua a influenciar a sociedade apesar das políticas em vigor aboli-o. Os membros das castas inferiores são forçados a assumir a maior responsabilidade juntamente com a menor quantidade de direitos. Como resultado, cerca de duzentos e sessenta milhões de dalits vivem em condições precárias e estão sujeitas a muitas formas de discriminação. E essas inúmeras violações dos direitos humanos afetam todos os aspectos de sua vida. As mulheres Dalit então, são as que mais tem seus direitos desrespeitados, sendo silenciadas e sofrendo vários tipos de violência sociedade.

Deste modo. Enende-se que o sistema de castas é intrínseco da Índia há mais de três mil anos. O que nos leva a conclusão de que práticas comuns há séculos não podem ser desfeitas em um ou dois dias. Não há nenhuma mágica pela

qual podemos criar uma sociedade sem casta do dia para a noite (KUMAR; DAS, 2014). De maneira geral, o sistema de castas serve para manter o status quo na ordem social indiana. Toda via, o debate acadêmico e político da problemática se faz extremamente necessário para que ações comecem a ser tomadas. A política de reservas e todas as ações afirmativas implementadas pelo governo buscam apenas amenizar a situação das castas oprimidas, mas sem a intenção de erradicar o sistema de castas (DEANE, 2009).

Por fim, o ciclo contínuo de (im)possibilidade dos direitos humanos que as Dalits enfrentam, a reforma social é necessária para todos os membros da comunidade, independentemente da casta. Com o estabelecimento da Constituição da Índia, o Judiciário no país desempenha um papel significativo na proteção dos direitos humanos, mas ainda é insuficiente, visto que a questão da Caxemira, por exemplo, ainda se faz presente.

Os movimentos e ações governamentais buscam mitigar os problemas e de certa forma, corroboram para a mudança de mentalidade da sociedade e empoderamento Dalit. Conclui-se, entretanto, que a questão do desrespeito aos direitos humanos ainda ocorre na atualidade o que é inaceitável em uma sociedade globalizada no século XXI.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA L., *Primeiro-ministro do Paquistão compara fim da autonomia de Caxemira à Alemanha nazi*. 2019. Disponível em: <https://observador.pt/2019/08/11/primeiro-ministro-do-paquistao-compara-fim-da-autonomia-de-caxemira-a-alemanha-nazi/>. Acesso em: Set. de 2021.
- ALAVI, S. *Sepoys and the Company Tradition and transition in Northern India*. 1770-1830. Oxford University Press India. 1998. p. 5.
- ALVES, M.C. , ANDRELO, R. C. R. Reputação e direito à informação: a comunicação de mineradora Samarco no caso do acidente ambiental em Mariana (Minas Gerais, Brasil). *Revista Internacional de Relaciones Públicas*, 6 (12), 43- 64. 2016.
- AMBEDKAR, B.R. "*Castes in India: Their Mechanism, Genesis and Development*". Paper presented at an Anthropology seminar organized by Dr A.A. Goldenweizer in Columbia University on 9 May 1916. Text first printed in *Indian Antiquary* Vol XLI (May 1917).
- AMBEDKAR, B.R *Writings and Speeches* (1979), Vol I, edited by Vasant Moon, Education Department, Government of Maharashtra, Mumbai.
- AMOSSY, R. *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2018.
- BANERJEE, D. *Coletivo expõe violência de casta na Índia e limites do Me Too*. 2021. Disponível em: <https://vermelho.org.br/2021/03/06/estupro-coletivo-expoe-violencia-de-casta-na-india-e-limites-do-me-too/>. Acesso em: Set. de 2021.
- BARBOSA, M.A.C; MATOS, F.R.N; SANTOS, A. P.F; & ALMEIDA, A.M.B. *Mulheres e Patriarcado: Dependência e Submissão nas Casas de Farinha do Agreste Alagoano*, 2011. XXXV Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro / RJ - 4 a 7 de setembro de 2011.
- BASTOS, L. P. *Índia e Direitos Humanos: acentuação de divergências* .Publicado em novembro 22, 2020. Disponível em: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2020/11/22/india-e-direitos-humanos-acentuacao-de-divergencias/>.
- acentuacao-de-divergencias//. Acesso em: out. de 2021.
- BISWAS, S. *As mulheres Dalit que lutam contra estupros, pobreza e preconceito na Índia*. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54457956> . Acesso em: Jan. de 2022.
- BOUGLÉ, C. *Essays on the Caste System*. London: Cambridge UP, 1971, p. 82.
- CASTELLS, M. *O poder da identidade*. Vol. II, Cap. 4, 2000.
- CASTRO, M. G. e LAVINAS. L. Do. Feminino ao Gênero: a construção de um objeto. In: COSTA, Albertina de O. e BRUSCHINI, Cristina (org.), *Uma Questão de Gênero*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Rosa dos Tempos/ Fundação Carlos Chagas, 1992.
- CHAND, A. *Politics of Human Rights and Civil Liberties - A Global Survey* (Delhi: UDH Publishers). 1991, p. 237.
- CHATTERJEE, D. *Studies on the endemic flora of India and Burma*. J. Asiat. Soc. Bengal. 1939.
- CONTURSI, J. A. *Political Theology: Text and Practice in a Dalit Panther Community*. *The Journal of Asian Studies*, Vol. 52, Nº. 2 (May, 1993) 339 Published by: Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2059650>. Acesso em Nov. de 2021.
- CORBRIDGE, STUART & HARRISS, J. *Reinventing India: Liberalization, Hindu Nationalism, and Popular Democracy*. Cambridge, UK: Polity, 2000, p. 8
- COSTA, A. de O.; BRUSCHINI, Cristina. *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1992, p. 29.
- DALLARI, D. de A. *Direitos humanos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004, p.19.
- DEANE, T. A commentary on the positive discrimination policy of India. *Potchefstroom Electronic Law Journal (PER/PELJ)*, Vol. 12, Nº 1, 2009.
- DESHTA, S. & DESHTA, K. *Philosophy of Right to Life, A Movement from Rigidity to*

- Flexibility*. Civil and Military Law Journal, Vol. 31: 3. 123. (July-September). 1995, p. 123.
- DHYANI, S. N. *Fundamentals of Jurisprudence: The Indian Approach*. Allahabad: Central Law Agency. 1992, p.143.
- DOUZINAS, C. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- FILIPPI, E. E.; OST, S. C. de O. *O impacto do sistema de castas no desenvolvimento econômico e social da Índia contemporânea*. Unicuritiba, v.1, n.17, pp. 01-20, 01 abril de 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/2724/371371448>. Acesso em: Out. de 2021.
- GHURYE G.S. *Caste and Race in India*. Bombay: Popular Prakashan, 1969, pp. 162-270.
- HAMPTON, A. *The Untouchables*. Home - CSU, Chico. Web. 23 Nov. 2010.
- HANCHINAMANI, B. B. Human Rights Abuses of Dalits in India. American University Washington College of Law, 2001.
- HUTTON, J.H. *Caste in India: Its Nature, Function and Origins*. Bombay: Indian Branch, Oxford UP, 1963, p. 47.
- IDSN. *The International Dalit Solidarity Network. UN & Dalit women*. IDSN. 2014. Disponível em: <https://idsn.org/key-issues/dalit-women/un-dalit-women/>. Acesso em: Nov. de 2021.
- KRETSCHMANN, Â. *Universalidade dos Direitos Humanos e Diálogo na Complexidade de um Mundo Multicivilizacional*. Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2006
- KULKE, H. & ROTHERMUND, D. *A History of India*. London & New York: Routledge. 4th ed. 1998.
- KUMAR, A.; DAS, S.N. L. Caste Systems in India: An overview. Indian Streams Research Journal, Vol. 4, Issue 7, Agosto 2014.
- LAHIRI R. K. "Caste System in Hinduism by Dr. RK Lahiri, PhD." Boloji.com - A Study in Diversity - News, Views, Analysis, Literature, Poetry, Features - Express Yourself. 20 Nov. 2005.Web. 3 Nov. 2010.
- LOBO, E. S. *O trabalho como linguagem: o gênero do trabalho*. In: COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI, Cristina. *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1992.
- MACHADO, L. Z. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Sociedade Brasileira de Sociologia* (Ed.) Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo, 52^a Reunião Brasileira para o Progresso da Ciência. Brasília: SBP, 2000.
- MARODIN, M. As relações entre o homem e a mulher na atualidade. In: Marlene N. Strey (Org.). *Mulher: Estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997.
- MORAES, A. *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Unesco: 1978, p. 11, apud Ângelo, M. Direitos humanos. São Paulo: Editora de Direito, 1998.
- NARVAZ, M.G.; KOLLER, S. H. *Famílias e Patriarcado Da prescrição Normativa à Subversão Criativa*. Psicologia e Sociedade, Porto Alegre, v. 01, nº 18, pp. 49-55, jan/abr. 2006.
- NATIONAL CAMPAIGN ON DALIT HUMAN RIGHTS. Disponível em: <http://www.ncdhr.org.in/>. Acesso em: Fev. de 2022.
- NETO, A. M. de S. et al. O papel da mulher hindu na sociedade indiana. *Revista de trabalhos acadêmicos*-Universo Recife v. 3, n. 4, 2017.
- NEHRU, J. *The Discovery of India*. 2nd ed. (New Delhi. Jawaharlal Nehru Memorial Fund, 1992), p. 88.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. *Anais eletrônico*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: Set. de 2021.
- PANDE, R. "Entrelugares e Mobilidades: Desafios Feministas: Desafios para o feminismo no século XXI: uma perspectiva de sul da Ásia, focalizando especialmente a Índia". Editora Copiart. 2014.
- PANDEY, Dr. J.N. *Constitutional Law of India*. Forty Second Edition – Published Central Law Agency, Allahabad, 2005.

- PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PERROT, M. et. al. "História das Mulheres. Cultura e poder das mulheres: ensaio de historiografia". Artigo traduzido por Rachel Soihet, Suely G. Costa e Rosana Soares. In: *Revista Gênero. – Núcleo Transdisciplinar de Estudos de Gênero – NUTEG* – v. 2, n. 1, pp. 5-42, 2º. semestre, 2001.
- PUNTAMBEKAR, S. V. *O conceito hindu de liberdades humanas*. Unesco, 2018. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2018-4/o-conceito-hindu-liberdades-humanas>. Acesso em: Set. de 2021.
- REED, E. *Sexo contra sexo ou classe contra classe*. São Paulo: Editora Instituto José Luíse Rosa Sundermann, 2008, p. 38.
- SAFFIOTI, H. *Gênero patriarcado violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SAID, E. *Orientalismo. O oriente como invenção do ocidente*. São Paulo: Cia das Letras.
- SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2018.
- SCOTT, J. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação e Realidade, Porto Alegre, v.20, n.2, jul./dez. 1995.
- SEKHON, J. *Modern India*. Boston: McGraw-Hill, 2000, pp. 39 -49.
- SILVA, F. L. dos S. *O que são direitos humanos?* In: Secretaria de Assuntos Jurídicos de Recife, 2012. Disponível em <http://recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>. Acesso em Outubro de 2021.
- SMITH, B. K. *Classifying the Universe: The Ancient Indian Varna System and the Origins of Caste*. New York: Oxford UP, 1994, pp. 42-49.
- SUTRADHAR, R. "Dalit Struggle for Education: With Special Reference to Barak Valley", *International Journal of Science and Research (IJSR)*, Volume 3, Issue 12, December 2014.
- THOMAS, C. *Geeti Sen: Receiving India*. New Delhi. 1993, p. 266.
- THORAT, A., & JOSHI, O. *The continuing practice of untouchability in India: Patterns and mitigating influences*. Working Paper Nº. 2015-2. India Human Development Survey, National Council of Applied Economic Research and University of Maryland.
- VELASSERY, S. *Casteism and Human Rights: toward an Ontology of the Social Order*. Singapore Marshall Cavendish Academic, 2005, pp. 2-8.

AS SETE DÉCADAS DE PROJEÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948-2018) E A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DE SEU LEGADO

.....
Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos;
Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília;
Doutor Honoris Causa em diversas Universidades na América Latina, Europa e Ásia;
Membro Titular do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia, e do *Institut de Droit International*.

RESUMO

O presente trabalho faz parte das comemorações dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Primeiro, descreve o processo de preparação e de adoção da Declaração e o que significou. A seguir, analisa o seu alcance para o Direito Internacional, a sua recepção no direito nacional dos Estados, bem como as Duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos. Depois, procura demonstrar o amplo alcance das obrigações convencionais para a proteção integral dos Direitos Humanos. Por fim, o ensaio finaliza mostrando as tendências para o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-chave

Direitos humanos; declaração universal dos direitos humanos; primazia da norma mais favorável à pessoa humana.

ABSTRACT

This work is part of the celebrations of the 70 years of the Universal Declaration of Human Rights. First, it describes the process of preparation and adoption of the Declaration and what it meant. After that, it analyzes the extent of the Declaration in International Law, its reception in domestic law, as well as the Two World Conferences on Human Rights. Then, this essay demonstrates the wide latitude of conventional obligations to the protection of Human Rights as a whole. Finally, this work concludes by unveiling the trends for the future of the International Protection of Human Rights

Keywords

Human rights; universal declaration of human rights; primacy of the most favorable norm to the human person.

Observações Introdutórias

Ao longo de sete décadas, desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 10.12.1948), a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana tem se consolidado como propósito básico da comunidade internacional, e ocupa não obstante as prolongadas divisões ideológicas do mundo e as reiteradas manifestações da perene brutalidade humana. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão na Declaração Universal de 1948 e daí se projetaram a sucessivos e numerosos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global (Nações Unidas) e regional, e a Constituições e legislações nacionais, reafirmando-se em duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993).

Para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos, o ano de 2018 vem a ser particularmente significativo: marca os setenta anos das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, assim como da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (adotada na véspera da Declaração Universal, em 09.12.1948). Marca os setenta anos de um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.

No presente ensaio, examinarei, inicialmente, o processo preparatório, a adoção e a significação da Declaração Universal de 1948, sua projeção no direito internacional e no direito interno dos Estados, assim como nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos e no seguimento de ambas. A seguir, concentrar-me-ei no amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. O campo estará então aberto à apresentação de minhas considerações finais acerca do futuro da proteção internacional dos direitos humanos.

De início, não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio de proteção ao longo das sete últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos, mas os próprios Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes) e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência).

Tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, impõem-se, ademais, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, assim como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É este o entendimento subjacente ao presente estudo; no longo caminho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente integral de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes à pessoa humana. Passemos, pois, ao exame das sete primeiras décadas dessa grande obra.

Processo preparatório, adoção e significação da Declaração Universal de 1948

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos

e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelas atrocidades da II Guerra Mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Subjacentes aos esforços e iniciativas desencadeados a partir da elaboração e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados eram claramente concebidos como inerentes à pessoa humana, a todos os seres humanos (portanto anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social), e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgotava – não poderia esgotar-se – na ação do Estado. Precisamente, quando as vias internas ou nacionais se mostrassem incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos, é que se haveria de acionar os instrumentos internacionais de proteção.

Os trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos abarcaram uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembleia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946. Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecido em nossos dias, os *travaux préparatoires* da Declaração Universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer do século passado.

Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948), – com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO, em 1947, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948). O texto daí resultante foi, enfim, aprovado e adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois encontravam-se ausentes na ocasião.

O projeto original de uma Declaração internacional sobre a matéria evoluiu rumo a um projeto de Declaração Universal; a busca da universalidade – com base na própria diversidade cultural – depreendia-se com clareza, e.g., das referidas consultas realizadas pela UNESCO (1947) como contribuição ao processo preparatório. O plano geral era de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, da qual a Declaração seria apenas a primeira parte a ser complementada por uma Convenção ou Convenções – posteriormente denominadas Pactos – e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal, que, no entanto, significativamente incluiu tanto os direitos civis e políticos (artigos 2-21) quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22-28).

Cabe recordar que a Declaração Universal, de dezembro de 1948, foi precedida em meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948). Uma e outra proclamaram, a par dos direitos consagrados, os deveres correspondentes. Embora não tão ordenada como a Declaração Universal, a Declaração Americana permite um paralelo com aquela. Uma significativa contribuição da Declaração Americana à Universal consistiu na formulação original – de origem latino-americana – do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo 18) à segunda (artigo 8).

Com efeito, a inserção de tal garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal disposição representa, como amplamente reconhecido na atualidade, um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente integral ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as “categorias” de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Esse enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos

(1968), e nele se insistiria posteriormente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais.

Projeção da Declaração Universal de 1948 no Direito Internacional e no Direito Interno

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade desses direitos, mais além das diferenças quanto a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos de 1966 em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes socioeconômicos antagônicos, sem falar no chamado terceiro mundo.

Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Já em suas duas primeiras décadas, a Declaração Universal passou a exercer considerável influência nos ordenamentos jurídicos tanto internacional como nacional, superando obstáculos e avançando sua concepção em benefício de todos os seres humanos. Significativamente, a universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração Universal de 1948, veio ecoar nas duas Conferências Mundiais das Nações Unidas sobre a matéria, realizadas em Teerã (1968) e em Viena (1993).

Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de

proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares, e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

O tempo relativamente curto em que se elaborou e adotou a Declaração Universal (*supra*) veio a contrastar com os prolongados trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, juntamente com a Declaração Universal, conformariam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Nos prolongados *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) fez-se constantemente presente a consideração cuidadosa das medidas de implementação.

Pode-se, com efeito, destacar quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas trabalhou praticamente só, sem assistência direta do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) ou da Assembleia Geral das Nações Unidas. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão de ter dois Pactos ao invés de um. O quarto e último período estendeu-se de 1954, data da conclusão pela Comissão de Direitos Humanos do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção (em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembleia Geral e sua III Comissão).

A ideia inicial (debates de 1950 da Comissão de Direitos Humanos) era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados – para sua implementação – dos sistemas de relatórios e petições (em Protocolo separado). Diferenças quanto aos métodos de implementação de “distintas categorias” de direitos levaram à opção do projeto de dois pactos distintos, como uma solução de conciliação (apregoadada por René Cassin) entre a tese de um pacto único e a de pactos sucessivos, reservado o sistema de petições ou reclamações apenas aos direitos civis e políticos (e incorporado a um Protocolo Facultativo).

A contribuição da Comissão de Direitos Humanos não deve passar despercebida: apesar das diferenças (tanto em seu seio como no do ECOSOC e da Assembleia Geral) decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra fria e também marcados pelo processo incipiente de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos, a serem retomadas e elaboradas – de 1954 a 1966 – pela

Assembleia Geral e sua III Comissão. Em 16 de dezembro de 1966 a Assembleia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções).

Com a adoção desses tratados gerais, somados à Declaração Universal de 1948, estava enfim completada a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Ambos os pactos entraram em vigor uma década depois (em 1976), e, com sua aplicação nas décadas seguintes, alimentaram o processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, que passou a contar com dezenas de tratados “gerais” ou “especializados” de proteção²⁰. Em 2016, celebrou-se o cinquentenário dos dois referidos Pactos de Direitos Humanos.

Efetivamente, ao longo desse meio século, os dois Pactos de Direitos Humanos passaram a coexistir com numerosos instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais e setoriais) e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições ou denúncias, de relatórios e de investigações). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos.

R. Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14.

A multiplicidade desses instrumentos, adotados ao longo dos anos como respostas às necessidades de proteção e dotados de base convencional ou extraconvencional, afigurou-se antes como um reflexo do modo com que se desenvolveu o processo histórico da generalização da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no cenário de uma sociedade internacional descentralizada em que deviam operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes* da primeira metade do século XX, as consequências de uma centralização ou hierarquização dos instrumentos de proteção

não puderam ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas. Não obstante, a multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção forma um todo harmônico e a unidade conceitual dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, veio a transcender as formulações distintas dos direitos consagrados em diversos instrumentos.

A Declaração Universal de 1948 abriu efetivamente caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que hoje operam em base regular e permanente, nos planos global e regional. Em nada surpreende que a Declaração Universal viesse logo a ser tida como uma interpretação autêntica e elaboração da própria Carta das Nações Unidas (no tocante em particular a suas disposições sobre direitos humanos), dando assim conteúdo a algumas de suas normas.

A autoridade da Declaração Universal de 1948, nesse sentido, fortaleceu-se, ao vir a ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito. A esse fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a da pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.

De importância capital foi o papel exercido pelo processo dinâmico de interpretação na evolução da proteção internacional dos direitos humanos. A construção jurisprudencial de distintos órgãos de supervisão veio a mostrar-se, com efeito, convergente ao enfatizar o caráter objetivo das obrigações, os efeitos próprios (*effet utile*) dos tratados de direitos humanos, a interpretação dinâmica ou evolutiva desses últimos e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados ou convenções em questão, e sua interação interpretativa, dada sua identidade básica de propósito.

O fenômeno da hermenêutica própria dos tratados e convenções de direitos humanos veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando-se mutuamente e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Descartou-se, desse modo, qualquer pretenso antagonismo entre soluções nos planos global e

regional, fazendo-se uso do direito internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos, no âmbito da *universalidade* dos direitos humanos. A complementaridade dos instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional veio a refletir em última análise a especificidade e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As indicações nesse sentido são inequívocas. Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional têm encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional – consagrada em disposições pertinentes dos próprios instrumentos internacionais, o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar-se, assim, essencialmente complementares uns aos outros, nos planos global e regional.

A operação, nesse sentido, de múltiplos instrumentos de proteção, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a “meta a alcançar”, o “*standard of achievement*”), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados “setoriais” de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países. Reconhecido como um ideal comum esse conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, consignados nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.

Passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, os atos de genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparecimentos forçados de pessoas – o que implicava um acordo de princípios quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis a serem gradualmente ampliados. Passou-se a associar a proibição absoluta de tais violações

graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no direito internacional contemporâneo e a gradual ampliação de seu conteúdo material no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. Trata-se de claras indicações de um novo *ethos*, da fixação de parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais a serem observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos a permear todas as áreas da atividade humana.

Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Em meu Voto Arrazoadado no Parecer da CIJ de 21.07.2010 sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*, ponderei *inter alia* que a extraordinária projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao longo das últimas décadas deu-lhe uma autoridade que não poderia ter sido antecipada ao momento de sua adoção e acrescentei que

Isto ocorreu sobretudo porque gerações sucessivas de seres humano, de culturas distintas e por todo o mundo, nela reconheceram o “ideal comum a ser atingido” (“*common standard of achievement*” – como originalmente proclamado), que correspondia a suas aspirações mais profundas e legítimas.

A Declaração Universal é amplamente reconhecida como tendo inspirado, e aberto caminho, a adoção de mais de 70 tratados de direitos humanos, e por ter servido de modelo para a promulgação de numerosas normas de direitos humanos em constituições e legislações nacionais, e por ter ajudado a fundamentar decisões de tribunais nacionais e internacionais. A Declaração tem sido incorporada ao domínio do direito internacional consuetudinário, em muito contribuindo para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade (parágrafos 202-203).

Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração Universal de 1948 veio a servir de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas

a requererem uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Esse *corpus juris* em expansão veio enfim a configurar-se, ao longo de sete décadas, como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada – como anteriormente assinalado – de autonomia, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando à proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, ambos os direitos encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos.

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o direito internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos, atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Descartou-se, assim, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas.

É reconhecido o impacto da Declaração Universal nas Constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados ou convenções e outras resoluções subsequentes das Nações Unidas. Tal impacto se tornou ainda

mais considerável e notório em razão do lapso de tempo prolongado – dezoito anos – entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966, o que levou à formação do entendimento de que alguns dos princípios da Declaração Universal se impõem como parte do direito internacional consuetudinário. Hoje, decorridos setenta anos desde sua adoção, a Declaração Universal retém sua importância aos esforços correntes para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade.

No decorrer de sete décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isso ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção; isso ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo o mundo, nela reconheceram a “meta comum a alcançar” (*“common standard of achievement”*, tal como originalmente proclamada), que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações. A comunidade internacional como um todo deu-lhe a dimensão que hoje tem. Já uma década depois de sua adoção, essa evolução levou um de seus redatores a exclamar, um tanto surpreso, que “algo mudou no mundo depois de proclamada a Declaração Universal”.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E AS DUAS CONFERÊNCIAS MUNDIAIS DE DIREITOS HUMANOS

No transcurso do ano do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968), que adotou a célebre Proclamação de Teerã, – uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas, – além de 29 resoluções sobre questões diversas. Reconhece-se

hoje que a grande contribuição daquela Conferência Mundial tenha consistido no tratamento e reavaliação globais da matéria, o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subsequentes da Assembleia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Tal tratamento resgatou um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948.

A par das resoluções adotadas pela Conferência de Teerã, foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a essa nova visão da matéria, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar-se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas, advertiu, por exemplo, para as “denegações maciças dos direitos humanos”, que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo”, assim como para a “brecha crescente” entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na “comunidade internacional”.

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam, no entanto, por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo educação em matéria de direitos humanos) e XXIII (sobre os direitos humanos em assim atenção contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos ao dispor: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são *indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível*”.

Essa asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos – propugnada pela Declaração Universal de 1948, mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos – constitui, a meu ver, a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma

Assembleia Geral, – tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 25 de junho de 1993, poderão também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar em nossos dias nos meios de assegurar tal indivisibilidade na prática, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O “espírito de nossa época”, a que se referiu o preâmbulo da Declaração e do Programa de Ação de Viena, caracteriza-se sobretudo pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores.

Enquanto a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes de operação dos mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial, de Viena, buscou, a seu turno, dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos, assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. As implicações para as Nações Unidas eram claras, a começar pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as suas atividades e programas, em decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana.

Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo

quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Foi essa uma das grandes lições que se pode extrair da Conferência Mundial de Viena.

No tocante aos Estados, o principal documento resultante da Conferência de Viena de 1993 cuidou de a eles determinar o provimento de recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. É significativo que a Declaração e o Programa de Ação de Viena tivessem ademais reclamado um maior fortalecimento na inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo.

Além disso, endossou com firmeza os termos da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, contribuindo, assim, decisivamente, para dissipar dúvidas porventura persistentes a respeito e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Passando do geral ao particular, a Declaração e o Programa de Ação de Viena dirigiram-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação. É também significativo que suas seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tivessem sido adotadas sem dificuldades.

A parte operativa II, a mais pormenorizada do principal documento da Conferência de Viena, correspondente ao Programa de Ação, dedicou-se à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios; ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e de relatórios). Por meio de tais mecanismos, haver-se-ia de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um monitoramento contínuo dos direitos humanos em todo o mundo (cf. *infra*).

Previu o Programa de Ação, enfim, o estabelecimento de um Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos

(ACNUDH – o que se concretizou poucos meses depois) e insistiu no objetivo da “ratificação universal” – e sem reservas – dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A Declaração e o Programa de Ação de Viena não descuidaram de recomendar a adoção e ampliação da educação – formal e não-formal – em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis, de modo a despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou, com efeito, de modo inequívoco, a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte. Na rota de Teerã a Viena, tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, foi este sem dúvida um passo adiante, que haverá de contribuir em muito para a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos.

Muito significativamente, a universalidade dos direitos humanos resultou fortalecida da I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo, 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que se ter presente que, já em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou a transformação da ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática.

Guardo as mais gratas recordações da Conferência Mundial de Viena de 1993, havendo nela participado ativamente, inclusive nos trabalhos de seu Comitê de Redação. Desde então, outros 25 anos já se passaram sem que no presente se tenha sequer contemplado a possibilidade de convocação de uma III Conferência Mundial de Direitos Humanos; como venho assinalando em sucessivas palestras ministradas em distintos países, considero lamentável essa omissão ou indiferença, pois uma III Conferência Mundial seria altamente necessária para considerar respostas aos novos e graves desafios à salvaguarda dos direitos humanos. Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos já realizadas – a de Teerã (1968) e a de Viena (1993) – fazem parte, na verdade, de um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, que requer continuidade em nossos dias.

O AMPLO ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente, lamentavelmente, ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento dessas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.

Assim, ao ratificarem os tratados de direitos humanos, os Estados partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também obrigações gerais da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e assegurar o respeito aos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte dos Estados – e outra é a de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos.

Essas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes. Como ressaltei em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,

as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo

a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno e assegurar que sejam respeitadas. Isso significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado, também no plano do direito interno, aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a essa nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte*”.

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados

em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter “aplicação imediata” (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4) (IV)). Se houvesse uma clara compreensão em numerosos países do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas persistentes já teriam sido esclarecidas e superadas. Tal superação se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”; preveem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção, sob pena da configuração da responsabilidade internacional do país em questão. É esse o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente. Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se difunda esse enfoque da matéria, de modo a

assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no âmbito do direito interno dos Estados. Com essas ponderações em mente, passemos às considerações derradeiras do presente estudo, voltadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos nesta segunda década do século XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo das sete últimas décadas, testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um direito de proteção dotado de especificidade própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*). A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ao longo desses últimos setenta anos, como respostas às necessidades de proteção, têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quinze anos desde a realização dessa última Conferência, encontram-se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, nesta primeira década do século XXI, diante de novos dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionarei a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, numerosas vítimas têm sido socorridas. Graças a seus esforços, logrou-se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim as práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas e compatibilizá-las com os tratados de direitos humanos, adotar programas

educativos e outras medidas positivas por parte dos Estados.

Não obstante todos esses resultados, os referidos órgãos de supervisão internacionais defrontam-se hoje com novos e grandes problemas, gerados pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos 25 anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, ainda não logramos a chamada “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos, as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação – racial e contra a mulher -, a Convenção contra a tortura e a Convenção sobre os Direitos da Criança), “ratificação universal” essa propugnada pela Conferência de Viena para o final de século XX.

Ademais, encontram-se a maioria dessas Convenções ainda crivadas de reservas (embora algumas já tenham sido retiradas), muitas das quais afigurando-se, em meu entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão (mais além do que propôs a respeito a Comissão de Direito Internacional da ONU) do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), – sistema esse, a meu modo de ver, e como venho advertindo já há mais de três décadas, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos.

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias

(sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, tal como emendada pelo Protocolo nº 11 (de 1994, em vigor a partir de 01.11.1998), em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com as necessárias adaptações às realidades prevaletentes em distintos continentes.

No continente americano, o quarto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIADH – adotado em 24.11.2000 e em vigor a partir de 01.06.2001) -, de cujo projeto tive a honra de ser relator por honrosa designação do plenário da Corte, concede *locus standi* aos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana. E, no continente africano, o Protocolo de Burkina Faso (de 1998 e em vigor a partir de 25.01.2004) a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos abre a possibilidade do acesso direto dos indivíduos à nova Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CtAfDHP).

A contraposição entre as vítimas de violações de direitos humanos e os Estados demandados é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos. O *locus standi* dos indivíduos demandantes é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Sustentar essa posição, como venho fazendo há tantos anos, significa, em última análise, ser fiel às origens históricas do próprio Direito Internacional.

O passo seguinte consistiria na outorga – que há anos sustento – do *jus standi* dos indivíduos na vindicação dos direitos humanos protegidos sob a Convenção Americana. Insistir não só na personalidade jurídica, mas igualmente na plena capacidade jurídica dos seres humanos no plano internacional, significa efetivamente ser fiel às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional

- o direito das gentes (*droit des gens*) – o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem-se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional na atualidade. O termo “coordenação” parece vir sendo normalmente

empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que precisamente significa; não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular.

Assim, em relação ao sistema de petições, a “coordenação” pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflituosa de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao sistema de relatórios, a “coordenação” pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao sistema de investigações (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão. A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito – a proteção do ser humano.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na “jurisdicionalização” dos direitos humanos, para a qual vêm contribuindo de modo especial os sistemas regionais europeu, interamericano e africano de proteção, dotados que são de tribunais internacionais de direitos humanos – a CEDH, a CIADH, e a nova CtAfDHP, respectivamente. No entanto, como já adverti, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que se promover a chamada “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993) – contribuindo-se assim para assegurar que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual, mas também operacional (a não-seletividade).

Para isso, é necessário que tal ratificação universal seja também integral, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como, nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Dadas a confluência e identidade de objetivos tanto do direito internacional como do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, urge que os

Estados, que aceitam as obrigações convencionais substantivas contraídas em relação aos direitos protegidos sob aqueles tratados, igualmente se submetam, de forma integral, aos mecanismos de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações, estabelecidos por aqueles tratados. À formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias processuais internacionais de vindicá-los. Da aceitação *integral*, por todos os Estados, dos tratados de direitos humanos, depende em muito o próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados.

O século XX deixou uma trágica marca: nunca, como no século passado, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos, nesta segunda década do século XXI, uma verdadeira transformação de época. Apesar de todos os avanços registrados nas sete últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças desses últimos nas mais distintas regiões do mundo, inclusive novas formas de violações.

Assim, às violações “tradicionais”, em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm-se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e linguística), além de violações de direitos fundamentais, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Refugiados. As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado, o que passa a ser altamente preocupante.

Como assinala há uma década, em minha avaliação dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, face aos novos desafios, cumpre conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos, agravada ao longo da última década. Assim se afirmou, e.g., nas consultas de 2014 do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), realizadas na América Latina e Caribe; tais

consultas, já há três décadas em que tenho participado como seu Consultor Jurídico *ad honorem*, têm sido verdadeiramente pioneiras na busca da identificação de pessoas em situações de grande vulnerabilidade para estender-lhes proteção, como resposta às novas crises humanitárias da atualidade.

O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis-à-vis* o poder público) corre o risco de tornar-se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente às novas formas de violações (*supra*) – entendendo-se que, mesmo nestes casos, permanece o Estado *responsável por omissão*, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, já assinalada, no tocante aos padrões consistentes de violações sistemáticas e às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver mecanismos tanto de *prevenção* como de *seguimento*, tendentes a cristalizar um sistema de *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos nesta segunda década do século XXI.

Para enfrentá-lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos – humanos e materiais – adicionais: os atuais recursos, altamente insatisfatórios, refletem um quase descaso em relação ao labor no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos.

A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os

mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a esse mal, mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção.

Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); cabe precisar com clareza o amplo alcance das *obrigações tanto executivas como legislativas e judiciais* dos Estados Partes em tratados de direitos humanos – a par das do Poder Executivo – de modo a combater com mais eficácia a impunidade. Para assegurar a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, tem-se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis*, levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontrasse hoje definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nessa direção.

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as interrogações e limitações permissíveis ao exercício dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem ser restritivamente interpretadas e cumprir certos requisitos básicos. Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos

humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos esses requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão.

As iniciativas no plano internacional não podem dissociar-se da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto dessas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como venho sustentando há vários anos (mais de três décadas), no contexto da proteção dos direitos humanos, a polêmica clássica entre monistas e dualistas revelasse baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno* (cf. *supra*).

A responsabilidade *primária* pela observância dos direitos humanos recai nos Estados e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge, assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção e que os direitos consagrados nos tratados de proteção possam ser invocados *diretamente* ante os próprios tribunais nacionais.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. Só se logrará tal fortalecimento com o concurso e a mobilização da sociedade civil, à qual se devem em grande parte os avanços na proteção dos direitos humanos em perspectiva histórica. Do que precede se pode depreender a premência da consolidação das obrigações *erga*

omnes de proteção, consoante uma concepção necessariamente *integral* dos direitos humanos.

Ao completar sete décadas de existência e irradiação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reveste-se de notável atualidade ao proclamar direitos inerentes à pessoa humana e, ao mesmo tempo, conclamar a transformação da ordem social internacional para a efetivação de tais direitos. Significativamente, a Declaração Universal invoca expressamente a “consciência da humanidade” (preâmbulo), “ultrajada pelos “atos bárbaros” e horrores (da II Guerra Mundial) perpetrados pelo voluntarismo estatal totalitário, e conclama a construção ou “advento” de um mundo novo, em que todas as pessoas nascem “livres e iguais em dignidade e direitos”, dotadas de “razão e consciência” (artigo 1). Ao longo de sete décadas, sua importância única se irradiou em todos os continentes, ao reconhecer a centralidade da pessoa humana no novo *jus gentium*.

A projeção histórica da Declaração Universal tem sido associada ao próprio direito internacional consuetudinário em evolução, assim como aos princípios gerais do direito. A Declaração Universal atribui importância capital ao princípio fundamental da igualdade e não-discriminação; a CIADH, em seu histórico e aclamado Parecer nº 18, de 17.09.2003, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, situou com lucidez este princípio básico no domínio do *jus*

cogens, após invocar devidamente a Declaração Universal.

Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, constata-se que efetivamente houve, nessas sete décadas de experiência acumulada nesse domínio de proteção desde a adoção da Declaração Universal de 1948, claros avanços, sobretudo na *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos e no acesso direto da pessoa humana à justiça internacional. Não obstante, também se constata que tais avanços não têm sido lineares, como indica a trajetória das posições de muitos países neste domínio.

Ocorreram momentos históricos de avanços significativos, mas lamentavelmente também de alguns retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos. É esse, em última análise, um domínio de proteção que não comporta retrocessos. Nesta segunda década do século XXI, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida e tarefa sem fim, como no mito de Sísifo. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar essa nobre causa.

Haia, 23 de julho de 2018.
A.A.C.T.

NOTAS

1. É igualmente detentor do Prêmio Balzan em Direitos Humanos, em sua categoria especial, aos defensores da paz, humanidade e fraternidade entre os povos.
2. Cf. A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* – UNESCO/ Paris (1998) pp. 571-582 (também publicado em inglês, árabe, chinês e russo); A.A. Cançado Trindade, "Nouvelles réflexions sur l'interdépendance ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne", in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores – Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch et alii), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.
3. Para um estudo recente sobre a interpretação e aplicação da Convenção contra o Genocídio de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*, Fortaleza, IBDH/IIIDH, 2015, pp. 9-265.
4. Há cerca de cinquenta anos publicava eu minha primeira monografia sobre o tema (A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1-55), que, desde então, incorporou-se inelutavelmente ao cotidiano de minha vida acadêmica e profissional.
5. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 33-87, e fontes ali citadas.
6. Cf. [UNESCO,] *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232.
7. Para um exame do processo preparatório, cf. R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14; R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183-279; Ch. de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13; J. Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", in *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 21-37; J. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984, pp. 1ss.; J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights – Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 281-328.
8. Propostas relativas a um direito de petição internacional, e a direitos de minorias, terminaram por não ser incluídas na Declaração Universal; a concepção de medidas de implementação foi deixada aos anos vindouros.
9. Para um paralelo entre as duas Declarações de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989) n.º. especial, pp. 121-129.
10. E daí às Convenções Europeia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), assim como ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)); sob a Convenção Europeia, em particular, tem aquela disposição gerado uma vasta jurisprudência, além de denso debate doutrinal. – Embora, à época da adoção das Declarações Americana e Universal de 1948, se tratasse de uma inovação no plano internacional, em muito fortaleceu a proposta latino-americana o fato de que o direito em questão já se encontrava reconhecido na maior parte das legislações nacionais latino-americanas (na forma do recurso de amparo), de modo a submeter os abusos do poder público ao controle do Poder Judiciário. O que se logrou em 1948, quando da adoção das Declarações Americana e Universal, foi, pois, transplantar o reconhecimento deste direito igualmente ao plano internacional. Cf. A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/ Paris, Éd. Nauwelaerts, [1963], pp. 116 e 118.

11. Cf. R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n.º 1, p. 10; e cf. também A. Verdoodt, *op. cit. supra* n.º (9), pp. 116-119.
12. Sobre o conteúdo da Declaração Universal, cf., e.g., R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183-279; R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958; K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 343-413. E cf. também: E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 53-70; G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sug. Literárias, 1972, pp. 29-43; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/ São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 96-110; W. Ganshof van der Meersch, "Quarantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 107 *Journal des Tribunaux – Bruxelles* (1988) n.º 5485, pp. 697-699.
13. Cf. R. Cassin, "Twenty Years after the Universal Declaration", 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967) pp. 1-16; L.B. Sohn, "The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement? The Status of the Universal Declaration", in *ibid.*, pp. 17-26; T.R. Popescu, "The Significance of the Universal Declaration of Human Rights Two Decades after its Adoption", 2 *Revue Roumaine d'Études Internationales* (1968) pp. 111-124; B. Mirkine-Guetzévitch, "Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 83 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 255-376. E, quanto à década seguinte, cf., e.g., B.G. Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration*, Haia, Nijhoff, 1979, pp. 1ss.
14. Cf. A. A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21-435.
15. O argumento que serviu de base a esta decisão (e que anos depois seria questionado no âmbito não só da própria ONU como também dos sistemas regionais de proteção) era o de que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação "imediata", requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado. – Para um estudo crítico, relativo à superação desta dicotomia, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7-55, esp. pp. 9-10 e 16-21; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, "Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", in *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9-38.
16. R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 297-305, e cf. 241-362;
17. Para um estudo detalhado dos debates sobre as medidas de implementação dos dois Pactos, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 22 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 341-248.
18. J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168. 16 A.G., resolução 2200 A (XXI), in U.N. doc. A/6546, p. 67.
19. A.G. resolução 2200 A (XXI), in U.N. doc. A/6546, p. 67.
20. Para um exame do processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 62-77.
21. Para um estudo, cf. [Vários Autores,] *O Cinquentenário dos Dois Pactos de Direitos*

- Humanos da ONU* (eds. A.A. Cançado Trindade, C. Barros Leal e R. Zerbini R. Leão), vol. I, Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 7-316.
22. Cf. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 657-723.
 23. B. Boutros-Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995, pp. 3-133; A.A. Cançado Trindade, "The Current State of the International Implementation of Human Rights", *Hague Yearbook of International Law* (1990) pp. 3-29; J. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", in *The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, Thames and Hudson, 1967, pp. 39-58. Sobre a expansão da noção de direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, cf. N. Valticos, "La notion des droits de l'homme en Droit international", in *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges M. Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 483-491.
 24. J. Oraá Oraá e F. Gómez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos – Un Breve Comentario en Su 50 Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1997, pp. 78, 80-81 e 84-85.
 25. Para um estudo geral, cf. J. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, op. cit. supra n. (6), pp. 1ss.; J. Humphrey, "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", in *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, pp. 101ss.
 26. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 411-476; A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* – Londres (1976) pp. 713-765; e cf. também J. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", op. cit. supra n. (22), pp. 42-50.
 27. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23-200; A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* – Brasília (1986) pp. 233-288.
 28. Para um exame dos sistemas regionais no âmbito da universalidade dos direitos humanos, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, capítulos XV-XVII, pp. 27-233; K. Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978; K. Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vols. 1-2, Westport, Conn./Paris, Greenwood/ UNESCO, 1982; W. Benedek e W. Heinz (eds.), *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (Proceedings of the 1992 Strasbourg Conference), Bruxelas, Friedrich-Naumann-Stiftung, 1991, pp. 5-150 (vol. 1) and pp. 1-100 (vol. 2); R. Pinto, "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", in *International Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, setembro de 1967, eds. A. Eide e A. Schoul), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 177-192.
 29. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59.
 30. O foco de atenção voltou-se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos. E não poderia ser de outra forma em um domínio de proteção em que primam interesses comuns superiores, considerações de *ordre public* e a noção de garantia coletiva.
 31. A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77-78, e cf. pp. 227-228 e 231; outra área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação passou a vislumbrar-se, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Europeias (Viena, 1989) – a chamada "dimensão humana" da OSCE.

32. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2a. ed. rev., Brasília, FUNAG, 2017, pp. 77, 80-81, 186-187 e 448; A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", in XXXIV *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2007*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", in XXXV *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.
33. A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudencia de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles", in *Droits intangibles et états d'exception* (ed. D. Prémont), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-89.
34. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2a. ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), pp. 33-563.
35. H. Hannum (*rapporteur*), "Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", in *International Law Association's Report of the LXVI Conference*, Buenos Aires, 1994, pp. 525-551. Para exemplos da jurisprudência dos tribunais nacionais contendo referências à Declaração Universal de 1948, cf. H. Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1995-1996) pp. 295-310.
36. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección 'Cuadernos de Derechos Humanos', vol. 3- 95), Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", in *El Juez y la Defensa de la Democracia – Un Enfoque a Partir de los Derechos Humanos* (ed. L. González Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.
37. Na descrição de Egon Schwelb, o que ocorreu em relação à Declaração Universal "has been the operation of a fundamental law of physics: nature abhors a vacuum. [...] The Declaration has, temporarily at least, filled the void"; E. Schwelb, *Human Rights and the International Community – The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963*, Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 37.
38. R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958, p. 13.
39. O Ato Final da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II; cf. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, pp. 1-61. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII (sobre a realização universal do direito à autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre conflitos armados). Cf. *ibid.*, pp. 6-18.
40. Cf., *inter alia*, Th. C. van Boven, "United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?", in *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 88-91.
41. Algumas resoluções adotadas pela Conferência de Teerã (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos instrumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII, sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos) (cf. *ibid.*, pp. 10, 12, 14 e 16-17) referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.
42. Parágrafos 11 e 12 da Proclamação de Teerã de 1968. A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da "liberdade de expressão,

de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país” (parágrafo 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não-discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma “tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional” (parágrafo 8). Referiu-se, também, ao “desarmamento geral e completo” como “uma das maiores aspirações de todos os povos” (parágrafo 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por “um mundo melhor”, no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo 17).

43. Texto *in ibid.*, pp. 3-5.

44. Cf. texto oficial *in*: United Nations, *World Conference on Human Rights – The Vienna Declaration and Programme of Action*, June 1993, N.Y., U.N., 1993, pp. 25-71.

45. Para um relato da elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, “Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) pp. 9-27.

46. Abarcavam estes, por exemplo, o âmbito político-estratégico (a exemplo das operações contemporâneas de manutenção e construção da paz, a partir da Agenda para a Paz do então Secretário-Geral B. Boutros-Ghali). Também se estendiam à esfera econômica e financeira (e.g., os programas e projetos de desenvolvimento e as operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas, Banco Mundial e FMI). Em qualquer dessas áreas, já não mais se podia fazer abstração da dimensão dos direitos humanos.

47. Cf. A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

48. A Declaração de Viena urgiu a comunidade internacional a que envidasse esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população.

49. Refugiados e deslocados internos, vítimas de conflitos armados, trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências,

peças pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral.

50. Para uma análise pormenorizada da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2a. ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), especialmente pp. 242-251; G.V. Saboia, “Um Improvável Consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil”, 2 *Política Externa* – São Paulo (1993) pp. 3-18. Cf. também o número especial da *Revista Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília, vol. 46, n°. 182, de 1993, pp. 5-164), organizado por A.A. Cançado Trindade, dedicado à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (contendo textos de diversos autores).

51. A. Eide *et alii* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights – A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 5.

52. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2a ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), pp. 551-552.

53. Essa disposição constitucional teve origem em uma proposta que apresentei à Assembleia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), como Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987; meu propósito era no sentido de que se assegurasse tanto a inserção da referida disposição em nossa Constituição Federal, como, paralelamente, a pronta ratificação pelo Brasil de três tratados gerais de proteção, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Minha proposta foi aceita e transformou-se no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, mas foi preciso esperar até 1992 para que o Brasil se tornasse Parte naqueles três tratados de direitos humanos. Cf. minha exposição, seguida de debates, *in Assembleia Nacional Constituinte – Atas das Comissões*, vol. I, n°. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108-116; e, para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 2000, pp. 169-182.

54. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos

- tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.
55. Cf. minhas críticas in: A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", in *Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, vol. I, n.º 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms...", *op. cit. supra* n.º (13), pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), Haia, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167. E cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24 de janeiro de 1998, Voto Arrazoadado do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-38, texto reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19912006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 156-169.
56. A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n.º 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244; M. Scalabrino, *Il Controllo sull'Applicazione della CEDU alla Vigilia dell'Entrata in Vigore dell'XI Protocollo*, Urbino/Italia, Università degli di Urbino, 1998, pp. 68-70; A. Spielmann e D. Spielmann, "La Cour unique et permanente et les mesures provisoires (La nécessité d'une réforme)", in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdall* (eds. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold e L. Wildhaber), Köln/ Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 1347-1358; J. Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169-174.
57. Para um estudo sobre a matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional, in *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2001) pp. 33-92; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n.º 2, pp. 207-239; A.A. Cançado Trindade, "La capacité juridique internationale de l'individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", in *Soberanía del Estado y Derecho Internacional – Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, pp. 293-316.
58. S. Kowouvihi, "La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: une rectification institutionnelle du concept de 'spécificité africaine' en matière des droits de l'homme", 15 *Revue trimestrielle des droits de l'homme – Bruxelles* (2004) n.º 59, pp. 757-790; C. Heyns, "Le rôle de la future Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", in *L'application nationale de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* (eds. J.-F. Flauss e E. Lambert-Abdelgawad), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, pp. 235-254; M. Mubiala, "L'accès de l'individu à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum L. Caflisch* (ed. M.G. Cohen), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 369-378.
59. A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnnet e A.A. Cançado Trindade), La Haya/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haya/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 79-89.

60. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.
61. Para um amplo estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection...", *op. cit. supra* n°. (13), pp. 13-435.
62. Cf. exemplos in, e.g., [Vários Autores,] *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou e C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 115-234.
63. E.g., as cometidas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado; as perpetradas por agentes não-identificados, contra as vítimas indefesas do tráfico de pessoas; as cometidas por organismos financeiros e por detentores do poder econômico; as perpetradas pelos detentores do poder das comunicações; as cometidas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas; as decorrentes da corrupção e impunidade; dentre outras.
64. Cf. A.A. Cançado Trindade, "O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Sua Trajetória ao Longo das Seis Últimas Décadas", in *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil* (org. A. Giovanetti), Brasília, FUNAG, 2009, pp. 13- 46; A.A. Cançado Trindade, "The Universal Declaration of Human Rights, Six Decades Later- Introductory Note", *United Nations Historic Archives – U.N. Audiovisual Library in International Law*, N.Y., U.N., outubro de 2008, pp. 1-4.
65. Para um estudo atualizado das três décadas das Consultas do ACNUR em nossa região (1984- 2014), cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2a ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, capítulos XXIV-XXV, pp. 525-613.
66. No plano global, por muitos anos permaneceu pouco mais de 1% do orçamento regular das Nações Unidas (ONU); no plano regional interamericano, permanece até hoje cerca de 4% do orçamento regular da Organização dos Estados Americanos (OEA).
67. Para um exame de novos mecanismos e estratégias, cf. P. Leuprecht, "Conflict Prevention and Alternative Forms of Dispute Resolution: Looking Towards the Twenty-First Century", in *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge* (eds. K.E. Mahoney e P. Mahoney), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 959-965; J. Martenson, "The United Nations and Human Rights Today and Tomorrow", in *ibid.*, pp. 925-936; J. Fodor, "Future of Monitoring Bodies", *Canadian Human Rights Yearbook* (1991-1992) pp. 177-209; Manfred Nowak, "Future Strategies for the International Protection and Realization of Human Rights", in *The Future of Human Rights Protection in a Changing World – Essays in Honour of T. Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 59-78; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-169; Th. van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations – A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.
68. A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 1a ed. México, Ed. Porrúa/ Univ. Iberoamericana, 2003, pp. 1-169; A.A. Cançado Trindade, L. Ortiz Ahlf e J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 2a ed., México D.F., Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2017, pp. 1-225; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66.
69. Podem esses resumir-se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nesses tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não-discriminatório e não- arbitrário, ser limitadas no tempo.
70. Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-se os princípios do direito internacional humanitário, os

- princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública (consoante a célebre “cláusula Martens”). Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, e.g., a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados.
71. Cf. A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, “Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX”, in *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo- Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99-124.
72. No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2a. ed., Brasília/San José, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ ASDI, 1996, pp. 7-845; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, IIDH/ Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1-357; C.D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 1994, pp. 165-191.
73. A ênfase na premência das referidas medidas nacionais, para o futuro da proteção internacional, não nos pode, porém, fazer perder de vista que os padrões internacionais de proteção não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.
74. A. Eide e G. Alfredsson, “Introduction”, in *The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement* (eds. G. Alfredsson e A. Eide), The Hague, Nijhoff, 1999, pp. XXIX-XXX.
75. Quanto à sua importância, cf., e.g., J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit. supra* n. (6), pp. 91, 299-300, 318 e 331.
76. Cf., e.g., B. Vergely, *Le silence de Dieu face aux malheurs du monde*, Paris, Presses de la Renaissance, 2006, p. 172.
77. Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, 2a ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.
78. J. Oraá Oraá, “En Torno al Valor Jurídico de la Declaración Universal”, in *La Declaración Universal de Derechos Humanos en Su Cincuenta Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1999, pp. 188-201. Sobre a importância dos princípios gerais do direito, nos próprios fundamentos do direito das gentes, cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2a ed. rev., *op. cit. supra* n. (31), pp. 13-463.
79. Parágrafos 97-101 do referido Parecer nº 18; e cf. o extenso Voto Concordante do Juiz Presidente A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-89, texto reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/ Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 52-87.
80. Parágrafo 71 do mencionado Parecer nº 18 (2003) da CIADH. E cf., sobre o impacto do anterior Parecer nº 16 (1999) da CIADH: A.A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion nº 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) nº 1, p. 1-16.
81. Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.
82. Cf. A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, pp. 11-168; A. Camus, *The Myth of Sisyphus and Other Essays*, N.Y., Vintage, 1991, pp. 3-123.

LA VULNERABILITE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Céline Ruet

Maître de conférences en droit privé, HDR Droit et sciences politiques ; Directrice M2 Droits et libertés
fondamentaux dans les Collectivités et Entreprises, Université Sorbonne Paris Nord.

RÉSUMÉ

La notion de vulnérabilité connaît une multiplication de ses occurrences dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'identification et la classification des diverses vulnérabilités s'accompagnent d'une mise en évidence de l'unité de la notion, qui ressort, malgré l'absence de définition générale, de la cohérence de l'approche européenne. La reconnaissance de la vulnérabilité a pour enjeu une protection spéciale dont les diverses dimensions, la nature, et la mesure sont analysées au regard de la protection communément accordée en droit européen des droits de l'homme.

Mots-clés

Personnes vulnérables; groupes vulnérables; protection spécifique; effectivité des droits de l'homme.

Les références à la vulnérabilité s'accroissent dans la jurisprudence récente de la Cour européenne. Jamais définie, la notion s'accompagne encore de flou et d'ambiguïtés, malgré l'importance quantitative de ses occurrences¹ et un ordonnancement qui reste partiel tout en étant en progression. Comment la Cour pose-t-elle la qualification de vulnérabilité, quels sont les critères retenus et la méthode suivie? La reconnaissance de la vulnérabilité suscite des questions de pur droit positif, relatives à l'étendue donnée à la qualification dans la jurisprudence européenne, à la diversité des concepts par lesquels elle est appréhendée, à l'identification précise des situations, personnes, catégories et groupes concernés, et à la cohérence de sa notion. Mais elle appelle aussi à formuler des questions relatives à la conception même de l'individu sujet des droits de l'homme.

Quelle est la spécificité, au regard du sujet des droits de l'homme envisagé dans sa généralité et son universalité, des sujets vulnérables ainsi reconnus par la juridiction européenne?

La reconnaissance de la vulnérabilité constitue un véritable enjeu en termes de protection, ainsi que le rappellent constamment de multiples motifs du juge européen, des plus généraux aux plus spécifiques. La Cour rappelle que les articles 1^{er} et 3 de la Convention exigent «une protection efficace notamment des enfants et autres personnes vulnérables»², ou relève «que différents instruments internationaux soulignent la vulnérabilité particulière des victimes de violence domestique et la nécessité pour les États de s'impliquer activement dans la protection de celles-ci»³ ou bien encore déclare que le requérant demandeur d'asile «appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale»⁴. Il convient non seulement de mettre en évidence les effets concrets de la prise en considération de la vulnérabilité sur la protection des personnes, mais aussi d'analyser la nature de cette spécificité au regard de la mise en œuvre générale des garanties des droits de l'homme. Dans quelle mesure cette protection spécifique se distingue-t-elle (par un caractère accru, une protection particulière ou une véritable exception) de la protection générale des droits de l'homme et comment est-elle reliée à celle-ci? La jurisprudence européenne doit être analysée à cet égard, tant la Cour manifeste à la fois le souci de l'attention ou de la protection spéciales et la volonté constante de relier la raison d'une telle protection à l'intérêt général ou commun sous ses diverses formes : intérêt de la société démocratique à la diversité, intérêt public à la protection des personnes vulnérables, évolution et accroissement des garanties relatives aux droits

de l'homme. Elle temoigne egalement de ce que la Cour n'entend pas se departir de l'exigence generale d'equilibre entre interet de l'individu et interet de la societe dans son ensemble en ce qui concerne la protection specifique accordee a la vulnerabilite. Or la determination de cet equilibre ne va pas sans interrogations sur les limites, la nature et le degre de la protection attribuee selon les differents types de vulnerabilites. L'analyse de la reconnaissance de la vulnerabilite (I) se prolongera ainsi par celle de la protection accordee aux personnes vulnerables (II).

I. LA RECONNAISSANCE DE LA VULNERABILITE

L'identification des diverses vulnerabilites (B) doit etre precedee de la mise en evidence de l'unite de la notion, qui ressort de la coherence de l'approche europeenne (A).

A. Coherence de la vulnerabilite

La vulnerabilite est-elle une qualite rapportee a la personne, a un groupe de personnes, ou correspond-elle a une situation? La vulnerabilite est apprehendee le plus souvent par le terme de situation⁵, parfois de qualite⁶, de statut⁷, ou est rapportee a une ou des personnes, les angles objectif et subjectif⁸ pouvant coexister dans le meme arret ou n'etre pas differencies⁹. Au-dela de cette distinction, le point important est que la vulnerabilite ne renvoie pas uniquement a une qualite individuelle. Rarement la Cour pose la qualification de vulnerabilite sans faire mention, dans le cadre des principes ou de leur application, de l'existence d'un ensemble, qui recoit des appellations diverses : personnes vulnerables¹⁰, categorie¹¹, groupe de la societe¹² ou groupe de la population¹³, minorite¹⁴. Quand elle ne fait pas mention expressement d'un ensemble de personnes, la Cour opere parfois mention d'une qualite qui renvoie l'individu a d'autres que lui-meme, ce qui est une autre maniere d'inclure l'individu dans une categorie. Ainsi, dans l'arret *B. S. c. Espagne*, la Cour estime que les juridictions internes n'ont pas pris en consideration "la vulnerabilite specifique de la requerante, inherente a sa qualite de femme africaine exerçant la prostitution"¹⁵. La vulnerabilite n'est en effet une specificite individuelle que reliee a une qualite posee par d'autres, ou bien a un type determine de situation, ou encore a l'appartenance a une categorie ou a un groupe. Elle n'est pas reductible a une singularite de l'individu, bien que la Cour

s'attache a rendre compte avec une riche precision de toute la dimension individuelle d'une espece, et que la prise en consideration de certaines circonstances, ou la combinaison dans une meme affaire de plusieurs sources de vulnerabilite soient a meme de renforcer la vulnerabilite particuliere d'un requerant. Tel est le cas dans l'arret *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* : la vulnerabilite extreme de l'enfant separee de sa mere dans un centre de retention est saisie a la fois dans toute sa specificite, par la prise en compte de chacun des aspects de sa situation personnelle, et selon une approche categorielle : enfant en bas age, mineure non accompagnee, etrangere en situation d'illegalite, elle fait partie de "la categorie des personnes les plus vulnerables de la societe"¹⁶. Ici reside le premier aspect de l'unite des divers modes de la vulnerabilite : la vulnerabilite apparait comme un trait commun a une partie de l'humanite en meme temps qu'elle rend compte de la particularite d'une situation individuelle.

Cette approche en partie categorielle menee par le juge europeen a pour caracteristique generale de mettre en evidence des specificites qui doivent etre prises en compte dans l'application de la norme, sans pour autant briser fondamentalement l'unite du sujet des droits de l'homme. En temoigne la jurisprudence relative a l'article 3, qui donne un role considerable aux sentiments d'humiliation, d'impuissance, de detresse, de desarroi, pour retenir la qualification de traitement inhumain et degradant. Le manquement a l'humanite est apprehende par les memes sentiments qui sont susceptibles d'etre exacerbes par une vulnerabilite specifique. Parce que le sentiment est une mesure commune de l'homme¹⁷, la Cour peut relever ce qu'a du ressentir un petit enfant etranger non accompagne¹⁸. Loin d'etre cantonne a la subjectivite singuliere, il possede une dimension objective, instituant un lien entre les hommes¹⁹. L'existence d'une communaute de sentiments fonde rationnellement la place qui leur est conferee dans la motivation du juge europeen, caracterisant son approche de l'atteinte a la dignite. Il en resulte une importance de la compassion et de l'empathie relevee par la doctrine²⁰. La sensibilite est valorisee en tant que dimension de l'humanite, excluant toute distinction radicale entre sujet autonome et sujet vulnerable, meme au cas d'une absence d'autonomie de celui-ci.

Le second aspect de l'unité de la vulnérabilité est corrélatif du premier. Il réside dans l'importance des normes, valeurs et principes communs, issus des instruments européens et internationaux²¹, conventions ou *soft law*, pour identifier quelles sont les diverses vulnérabilités. La vulnérabilité est saisie à partir d'une certaine évolution des droits de l'homme exprimée par l'immense corpus des conventions, recommandations, résolutions, déclarations, rapports, etc., européens ou internationaux, dont résulte l'exigence d'une protection spéciale. Dans certains cas, la référence à ces instruments vient conforter et amplifier la reconnaissance d'une vulnérabilité déjà appréhendée par la Cour, telle que celle des enfants²², ou des détenus²³ dont la nécessité d'une protection spécifique malgré l'absence de disposition expresse correspond à l'esprit de la Convention²⁴. Dans d'autres, elle appuie la mise en évidence par le juge d'un type de vulnérabilité – victimes de violence familiale²⁵, personnes séropositives²⁶ – ou des caractéristiques d'une minorité vulnérable déterminée, telle que les Roms²⁷. Elle peut aussi être porteuse d'un renouvellement de l'approche d'une vulnérabilité déjà prise en considération. Il en est ainsi des personnes handicapées mentales ou souffrant de troubles mentaux, le juge européen soulignant devoir noter OPI "l'importance croissante" aujourd'hui accordée par les instruments internationaux à "l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes"²⁸. Le sujet mentalement vulnérable ne saurait se voir automatiquement dénier toute capacité à l'autonomie. Comme pour le sujet des droits de l'homme en général, l'autonomie constitue pour lui un enjeu fondamental²⁹.

Il est nécessaire de préciser que ces sources d'inspiration n'engendrent aucun automatisme de la reconnaissance de la vulnérabilité : c'est le juge qui décide quels sont les instruments dignes d'attention et qui apprécie le poids à leur apporter³⁰. La qualification de vulnérabilité correspond à une construction du juge, qui choisit de l'adopter et de lui conférer une certaine étendue. Elle est souvent brièvement justifiée par la mise en évidence de certaines caractéristiques ou par l'expression d'une position. Ainsi, l'application à la catégorie des malades en fin de vie du qualificatif "vulnérable" procède à la fois d'une acceptation de la logique générale de protection adoptée par l'Etat, en raison de "risques manifestes d'abus"³¹ et d'une

justification de cette protection au regard de l'exigence d'une autonomie véritable³².

Parce que la reconnaissance de la vulnérabilité est le résultat d'un affinement des droits de l'homme, les sujets vulnérables ou en position de vulnérabilité ne sont pas appréhendés, en ce qu'ils ont même de spécifique, comme des sujets "à part". Dans sa méthode même l'approche européenne de la vulnérabilité est inclusive. Fondée sur la prise en compte de spécificités, elle s'accompagne néanmoins nécessairement de différenciations.

B. Diversité des vulnérabilités

La vulnérabilité peut correspondre à une caractéristique ou à une situation commune à des personnes. Elle est aussi susceptible d'être appréhendée en tant que vulnérabilité de groupe. Si toute mise en évidence de caractéristiques communes à des personnes n'est pas susceptible de correspondre à un groupe³³, ces deux facettes de la vulnérabilité sont susceptibles de se recouper : ainsi les handicaps mentaux, qui possèdent certaines caractéristiques, peuvent également être envisagés en tant que groupe de la population particulièrement vulnérable. Il nous paraît pourtant légitime de distinguer ces deux manières d'aborder la vulnérabilité. D'une part, parce que ces deux angles, catégorie de personnes possédant des traits communs, ou groupe saisi dans sa relation avec la société (intégration ou exclusion) et généralement selon une dimension historique, coexistent dans la jurisprudence³⁴. Si les personnes visées sont les mêmes, l'angle utilise pour les rassembler est légèrement distinct, bien que la notion de groupe ne soit pas appréhendée de manière rigoureuse. D'autre part, parce que certains groupes sont vulnérables directement en tant que groupes : l'angle du groupe, avec sa dimension sociale et historique, est alors indissociable de l'identification de la vulnérabilité et de ses caractéristiques. Il en est ainsi des minorités vulnérables telles que les Roms. Aussi, la présentation des vulnérabilités s'opérera-t-elle selon ces deux approches : caractéristiques de personnes ou de situations vécues par des personnes (1), recours à la qualification de groupe vulnérable (2).

1. Caractéristiques

Les "personnes vulnérables" peuvent être telles en raison d'une caractéristique particulière liée à un état physique ou psychique de la personne

commune a un ensemble de personnes. Il en est ainsi du “jeune âge” ou des troubles mentaux. La “particulière” vulnérabilité des enfants³⁵ ne requiert pas d’être justifiée ou étayée de manière générale par l’énoncé de traits spécifiques, indépendamment de certains contextes (abus sexuels³⁶), la Cour ayant constaté cependant l’absence totale d’autonomie d’un enfant de cinq ans, sa dépendance à l’égard de ses parents, et la vulnérabilité psychologique liée au jeune âge³⁷, tout en prenant en compte la capacité d’adaptation liée à celui-ci³⁸. La vulnérabilité des personnes affectées d’un handicap ou de troubles mentaux est expliquée par des motifs récurrents : capacité ou volonté de se plaindre souvent affaiblies³⁹, incapacité dans certains cas à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court⁴⁰.

Sont vulnérables également les personnes dans un type de situation extrinsèque à la personne même, la vulnérabilité pouvant être alors qualifiée de “structurelle”. Elle peut provenir directement de la violation d’une norme fondamentale, telle la “particulière vulnérabilité des victimes de torture”⁴¹, ou plus généralement d’une situation provoquant dépendance ou fragilité. La Cour souligne ainsi la particulière vulnérabilité des personnes se trouvant sous le contrôle exclusif des autorités, telles les personnes détenues⁴², ou des personnes dans une zone placée sous le contrôle des seules autorités de l’État lors d’opérations de sécurité⁴³. Indépendamment d’un contexte déterminé, telle l’extrême pauvreté de demandeurs d’asile imputable dans l’arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce* à la passivité de l’État grec et à la tardivité de l’examen de leur demande⁴⁴, la Cour ne lie pas de manière générale faiblesse d’une situation socioéconomique et vulnérabilité. Ainsi, en elle-même la dépendance économique totale à l’égard des aides publiques n’est pas considérée par la jurisprudence européenne comme une position de vulnérabilité⁴⁵. Il est donc remarquable que la Cour ait identifié la postulation à un emploi comme une situation de vulnérabilité qui amène les individus concernés “à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées”⁴⁶ et que plus récemment, sans prononcer à cet égard le terme de vulnérabilité, elle ait qualifié l’employé de la “partie la plus faible au contrat”⁴⁷. D’une manière plus attendue, car relative aux droits civils, l’absence de papiers d’identité laisse des personnes dans un “vide juridique”, source de “vulnérabilité, d’insécurité et d’incertitude”⁴⁸.

La vulnérabilité liée à une caractéristique de la personne et celle liée à une situation s’associent souvent pour engendrer un degré particulier de vulnérabilité⁴⁹ : détenus malades mentaux et patients internes en situation d’infirmité et d’impuissance⁵⁰, enfants et jeunes adultes ayant des troubles physiques et mentaux graves placés dans un établissement public sous le contrôle exclusif des autorités⁵¹, mineure de 14 ans victime d’un viol et enceinte⁵². Parfois la vulnérabilité procède d’une situation caractérisée par certaines circonstances, associées à un état de la personne qui en lui-même serait impuissant à la créer. Ainsi, toute femme enceinte – non plus que toute femme, indépendamment d’un contexte particulier⁵³ – n’est pas vulnérable. En revanche, fidèle à son approche d’une situation individuelle par référence aux émotions susceptibles d’être éprouvées par toute personne dans tel type de situation, la Cour juge qu’est “très vulnérable” une femme enceinte à la suite d’un examen révélant une probable anomalie génétique du fœtus⁵⁴.

2. Groupes

Approfondissement du lien entre individu et l’ensemble auquel il est associé, la vulnérabilité peut être celle d’un groupe. La qualification de groupe vulnérable résulte parfois d’une analyse détaillée de la structure d’une société et d’éléments d’information établis par des documents d’organismes internationaux et des rapports d’ONG⁵⁵. Certains types de groupes ont cependant été, au fil de la jurisprudence de la Cour, reconnus comme vulnérables, de telle sorte qu’un examen concret de la situation n’est pas nécessaire. En premier lieu, les minorités vulnérables, les Roms constituant pour la Cour, à la suite des recommandations européennes⁵⁶, un “type particulier de minorité défavorisée et vulnérable”⁵⁷, en raison de leur histoire, de leur absence de territoire propre, de leur caractère de groupe socialement défavorisé, et de leur importance pour l’Europe sur le plan de la diversité culturelle. En second lieu les “groupes particulièrement vulnérables de la société”, tels les handicaps mentaux, qui ont souffert d’une “discrimination considérable dans le passé”⁵⁸. Les demandeurs d’asile, dont la vulnérabilité est liée par la Cour aux “parcours migratoire et [...] expériences traumatiques qu’ils peuvent avoir vécues”⁵⁹, ainsi que les personnes déplacées⁶⁰, ont reçu en jurisprudence la qualification de “groupe

de la population particulièrement défavorisée et vulnérable". L'application de la qualification aux demandeurs d'asile a été critiquée par M. le juge Andras Sajó au motif que la notion de groupe vulnérable a été réservée aux groupes "victimes dans le passé de traitements défavorables aux conséquences durables aboutissant à leur exclusion de la société"⁶¹, à l'instar des personnes handicapées mentales, et plus récemment des personnes séropositives⁶².

En réalité, la disparité relevée témoigne de ce que la notion de groupe vulnérable est relativement hétérogène. Elle inclut des minorités dont l'histoire est un élément essentiel (les Roms), des catégories de personnes dont le traitement juridique doit être appréhendé dans sa dimension historique (handicaps mentaux), des personnes caractérisées par une situation d'errance qui trouve sa source dans un état du monde (demandeurs d'asile, personnes déplacées). Relativement seulement, car même s'il s'agit d'histoire récente, voire même du temps présent, l'exclusion ou le risque de celle-ci constitue bien une caractéristique commune. L'hétérogénéité de ces groupes vulnérables est cependant d'autant plus intéressante à relever que la Cour européenne procède dans les motifs de l'arrêt *Kiyutin c. Russie*, relatif à l'expulsion d'une personne en raison de sa séropositivité, à une extension de la notion qui relève en réalité d'une véritable relecture d'arrêts précédents. La Cour déclare avoir déjà identifié en de précédentes occasions un certain nombre de groupes particulièrement vulnérables de la société ayant souffert d'une discrimination considérable par le passé et désigne : les "victimes de différences de traitement en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle de leur race ou de l'origine ethnique, de leurs facultés intellectuelles, ou encore de leur handicap"⁶³. Or, s'agissant du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap physique, la Cour n'a aucunement utilisé dans les arrêts qu'elle cite⁶⁴ – qui exigent seulement des raisons très fortes pour l'admission de distinctions ou d'une ingérence – la notion de groupe particulièrement vulnérable, appliquée en revanche par les arrêts cités aux handicaps mentaux et à des minorités ethniques⁶⁵.

Est-ce à dire que la Cour procéderait à un nouvel ordonnancement de sa jurisprudence selon cette qualification ? La portée de cette motivation ne peut être analysée sans prudence. Il nous semble important de relever qu'elle

intervient dans le cadre d'un enjeu déterminé, celui de la discrimination, afin de définir la marge d'appréciation de l'État. Son énoncé témoigne d'une assimilation trop rapide avec la hiérarchie établie entre les divers motifs de différence de traitement⁶⁶, dont certains sont pointés par la Cour comme étant particulièrement odieux ou inacceptables par principe (race ou origine ethnique), ou inacceptables en l'absence de considérations très fortes (sexe et orientation sexuelle). Or une telle appréciation vaut et est susceptible de s'appliquer indépendamment de la qualification de groupe vulnérable. On ne saurait déduire de la motivation de l'arrêt *Kiyutin* que les femmes en tant que telles, quels que soient l'enjeu et le contexte, constituent un groupe vulnérable, ce qui serait infirmé par la jurisprudence⁶⁷. Même lorsqu'un des enjeux de l'espèce réside dans la discrimination, les femmes ne sont pas d'emblée tenues pour un groupe vulnérable. En témoignent les affaires de violences domestiques qui mettent en jeu les obligations positives de protection de l'État sur le fondement des articles 2, 3, ou 8 et soulèvent la question du caractère éventuellement discriminatoire des mesures ou pratiques adoptées par l'État pour lutter contre ces violences. Alors que les violences concernent des femmes, la vulnérabilité prise en considération n'est pas systématiquement celle des femmes, en l'absence d'informations révélant un traitement discriminatoire des femmes victimes de violence⁶⁸.

Quant aux personnes caractérisées par une orientation sexuelle minoritaire, l'arrêt *Smith et Grady*, en faisant référence à la minorité homosexuelle et à la possibilité qu'un traitement fonde sur un préjugé de la majorité hétérosexuelle relève de l'article 3, contient implicitement une approche en termes de groupe vulnérable. Cependant la vulnérabilité n'a été à cet égard dans la jurisprudence expressément mentionnée qu'à propos des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété éprouvés par la personne transsexuelle en raison du conflit entre la réalité sociale et le droit⁶⁹. Il n'existe pas à notre connaissance d'application de la qualification de groupe vulnérable à cette catégorie de personnes, même en présence d'un constat de discrimination.

Relativement au handicap, les arrêts portant sur un handicap physique ne font pas en général mention expresse de la notion de vulnérabilité, sauf contexte particulier, tel le contexte carcéral,

la vulnérabilité particulière du handicap physique détenu étant relevée par la Cour dans la ligne de recommandations européennes⁷⁰. Antérieurement à l'arrêt *Kiyutin*, le juge européen a fait mention d'une manière générale du handicap comme source de vulnérabilité, mais essentiellement dans des espèces relatives à des handicaps mentaux⁷¹, un arrêt plus récent ne précisant pas toutefois la nature du handicap à la source de la vulnérabilité⁷². La jurisprudence semble souvent opérer *in concreto* une différence entre handicap physique et mental, si ce n'est dans les principes du moins dans leur application. Serait-ce parce que la vulnérabilité est surtout considérée en sa dimension psychique, qui n'est pas systématiquement inhérente au handicap de manière générale, comme le montre avec éclat l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*? Le motif tire de l'arrêt *Kiyutin* laisse néanmoins la place à une considération des personnes handicapées, sans distinction selon la nature du handicap, en termes de groupe vulnérable, en fonction de l'enjeu (discrimination notamment). À cet égard on peut considérer que la notion de vulnérabilité est implicitement en germe dans l'arrêt *Glor*, dans la mesure où la Cour relève "la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et de promouvoir leur pleine participation et intégration dans la société"⁷³, reconnaissant ainsi implicitement une mise à l'écart d'un groupe de personnes. Mais le recours à la notion de groupe vulnérable pour les handicaps physiques est seulement potentiel, alors qu'il se vérifie pour les handicaps mentaux indépendamment d'un contexte particulier. L'extension de la qualification de "groupe vulnérable" est ainsi loin de s'accompagner d'une identique reconnaissance de leur vulnérabilité.

En conclusion, la prise en considération de la vulnérabilité, qui relève d'une interprétation dynamique des normes communes, est caractérisée à la fois par une systématisation partielle et des différenciations opérées entre les vulnérabilités. Quelle est la protection accordée aux personnes vulnérables, tant au regard de l'humanité commune que selon les diverses vulnérabilités?

II. LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

La protection spéciale des personnes vulnérables correspond à une exigence d'adéquation de la norme commune, qui fonde

soit la prise en considération de particularités dans la mise en œuvre de la norme soit plus rarement une exception. L'esprit de la protection ne réside pas dans la constitution d'un droit exorbitant du droit commun, mais dans la réalisation de celui-ci: le souci d'une protection effective, joint à une approche de l'égalité qui implique de traiter de manière différenciée les situations différentes, entraîne la nécessité d'une protection spécifique. Cette conception de l'égalité s'exprime particulièrement dans l'interprétation de l'article 14 de la Convention, mais elle ne s'y limite pas, inspirant aujourd'hui la protection des droits de l'homme en son ensemble. La vulnérabilité élargit l'accès au juge européen (A) et impose une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention (B).

A. L'élargissement de l'accès au juge européen

La vulnérabilité implique un assouplissement des conditions de recevabilité posées à l'exercice des recours individuels devant la Cour européenne. D'une manière générale, la Cour énonce que la règle de l'épuisement des recours internes doit être appliquée avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. En conséquence, la Cour analyse de manière réaliste non seulement les recours prévus en théorie dans le système juridique de la partie contractante concernée, mais également la situation personnelle du requérant. La prise en considération de la vulnérabilité donne lieu à des applications particulières de cette interprétation générale. La Cour a ainsi admis qu'il convenait, de "prendre en compte la vulnérabilité de certaines personnes, notamment leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court"⁷⁴. Ce motif est applicable aux personnes souffrant de troubles psychiatriques⁷⁵ ainsi qu'aux mineurs et aux personnes atteintes de handicap mental⁷⁶. De même, parce que la Cour tient compte des circonstances objectives de l'affaire (telles qu'une situation de conflit complexe) et de la situation personnelle du requérant, la vulnérabilité est susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation du délai de six mois pose pour l'introduction d'une requête⁷⁷. La protection de la vulnérabilité peut également s'opérer dans le cadre de la compréhension extensive de la notion de victime. Ainsi, bien qu'un requérant ne soit pas directement visé par

des expressions selon lui dévalorisantes pour la communauté rom, les remarques concernant "le groupe ethnique auquel il appartient peuvent heurter sa susceptibilité" et la qualité de victime est en conséquence retenue⁷⁸.

D'une manière plus radicale, la vulnérabilité peut être à la source d'une véritable exception aux conditions posées à la recevabilité des requêtes. Seules les personnes victimes étant titulaires du droit de recours individuel en application de l'article 34 de la Convention, la Cour a toujours refusé aux associations dont le but essentiel est la protection des droits fondamentaux la possibilité d'agir lorsque leurs intérêts ne sont pas en jeu, jusqu'à l'arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*⁷⁹. Soulignant l'extrême vulnérabilité de la victime, jeune Rom atteint de déficiences mentales graves et infecté par le VIH, décédé dans un centre de placement, la Cour relève certaines circonstances exceptionnelles qui, jointes aux graves allégations formulées relatives à la violation de l'article 2⁸⁰, la conduisent à retenir une exception, sans énoncer cependant de manière abstraite les conditions de la dérogation à l'article 34. Bien qu'aucune forme de protection juridique n'ait été mise en place, le jeune homme était manifestement incapable d'exprimer un quelconque souhait sur ses besoins et intérêts, *a fortiori* sur l'opportunité d'exercer un recours. Il n'avait pas de parents proches connus. Après avoir vainement réclamer que lui soit dispensé un traitement adapté, l'organisation non gouvernementale, dont la qualité pour agir n'avait pas été contestée par les autorités compétentes, avait déposé une plainte pénale à la suite de son décès. La Cour prend soin de relier l'admission exceptionnelle de la recevabilité de la requête formulée par l'association au nom de la victime directe à l'esprit général de la Convention – incompatible avec la possibilité pour l'État d'échapper à sa responsabilité faute de désignation d'un représentant – ainsi qu'à l'obligation de l'État de ne pas entraver l'exercice effectif d'une requête. Critiquée dans une opinion concordante par M. le juge Pinto de Albuquerque, l'absence de formulation d'un véritable principe posant une exception sous une forme générale, applicable à toutes les formes d'extrême vulnérabilité, possède des inconvénients au plan de la sécurité juridique comme de l'égalité entre les diverses formes de vulnérabilité. Mais elle s'explique par la difficulté de cerner *a priori* de

manière abstraite et générale les contours de l'exception. Que doit en effet recouvrir la notion d'extrême vulnérabilité? L'approche retenue est en continuité avec la jurisprudence de la Cour qui ne fait pas de la vulnérabilité une source de rupture avec la cohérence générale de son interprétation. L'exception est introduite de manière contextualisée, par référence à des circonstances exceptionnelles.

B. La vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention

La spécificité de la protection⁽¹⁾ s'accompagne de nuances et de variations dont il convient de prendre la mesure, la Cour n'abandonnant pas le souci d'équilibre inhérent à la Convention qui inspire sa jurisprudence⁽²⁾.

1. La spécificité de la protection

Elle s'exprime dans la mise en œuvre des droits procéduraux (articles 6 et 13) et des droits matériels tant sur le plan des garanties substantielles que sur le plan des garanties procédurales qui y sont incluses.

La nécessité de prendre en compte la vulnérabilité vaut pour la procédure en droit interne et est partie intégrante de l'interprétation des articles 6 et 13. Ainsi, la violation de l'exigence d'un délai raisonnable dans l'arrêt *Kudla* résulte en partie de la constatation que la grave dépression de l'intéressé pendant une bonne partie de la procédure alors qu'il était en détention provisoire requerrait "une diligence particulière dans l'instruction de la cause"⁸¹. L'importance conférée à la vulnérabilité est alors une application des critères généraux d'appréciation du délai raisonnable à la lumière des circonstances de l'espèce, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement des autorités compétentes, et l'enjeu du litige. La vulnérabilité est susceptible également d'imposer une interprétation souple des règles procédurales ou une simplification des recours⁸². L'article 6, § 1^{er}, donne lieu à des applications spécifiques pour les personnes faisant l'objet de mesures de protection juridiques, imposant des garanties procédurales appropriées (audition, expertise récente) lors de l'établissement d'un régime de protection⁸³. De l'orientation générale en faveur d'une autonomie juridique optimale des personnes atteintes de troubles mentaux résulte la formulation d'un principe: "l'article

6, § 1er, de la Convention doit être interprété comme garantissant en principe à toute personne déclarée partiellement incapable un accès direct à un tribunal pour demander le rétablissement de sa capacité juridique⁸⁴.

La protection spéciale des personnes vulnérables s'illustre tout particulièrement dans la protection de la vie et de l'intégrité physique ou psychique. L'incidence de la vulnérabilité peut en premier lieu résulter de son influence sur une qualification dont dépend un constat de violation. La vulnérabilité psychique, parce qu'elle est de nature à accentuer le sentiment de détresse, d'angoisse et de peur, contribue à retenir qu'est atteint le seuil de l'inhumain et du dégradant⁸⁵, dont l'appréciation est relative par essence. Il doit en être tenu compte pour apprécier le caractère compatible d'un traitement ou d'une sanction avec l'article 3, ce qui a pour effet d'entraîner un déplacement de l'objet de la preuve (incompatibilité avec état mental) plutôt qu'une modification de la charge de la preuve *stricto sensu*. Une sanction peut ainsi être jugée incompatible avec le niveau de traitement exige pour un malade mental, parce qu'elle est "susceptible" d'ébranler la résistance physique et morale, sans qu'il y ait à apporter la preuve d'un effet réel, seule solution cohérente avec l'attribution aux malades mentaux d'une incapacité de se plaindre de manière précise⁸⁶.

En second lieu, l'existence ou l'étendue des obligations positives de protection, tant substantielles que procédurales, sont partiellement liées à la vulnérabilité, dont résulte une élévation du niveau de vigilance due par les autorités. En présence d'un risque pour la vie ou l'intégrité physique, l'existence d'une obligation positive de prendre des mesures de prévention sur le fondement de l'article 2 requiert la connaissance d'un risque réel et immédiat, apprécie en fonction des circonstances concrètes et du devoir de connaissance du risque, ainsi que la possibilité pour les autorités de prendre des mesures susceptibles de pallier le risque⁸⁷. De l'article 2 découle également l'obligation procédurale d'assurer une réponse appropriée judiciaire ou autre, garantissant la sanction de toute atteinte au droit à la vie⁸⁸. Les risques de mauvais traitements contraires à l'article 3 et les allégations défendables de traitements inhumains et dégradants donnent lieu à des motivations similaires⁸⁹. Or, sans être exclusive des autres éléments de contexte, la prise en

considération de la vulnérabilité et de ses différents degrés intervient à toutes les étapes du raisonnement du juge, pour déterminer la connaissance effective comme le devoir de connaissance du risque, le niveau de vigilance à apporter pour en prévenir la réalisation, la nature de l'obligation procédurale et la répartition de la charge de la preuve entre le requérant et les autorités. Ainsi, la connaissance de la maladie mentale d'un détenu concourt à établir celle du risque de suicide et appelle une surveillance étroite⁹⁰ afin de protéger la personne contre elle-même. La connaissance des risques graves pour la santé courus par des enfants particulièrement vulnérables accueillis dans un établissement public de santé et soumis à des conditions de vie des plus mauvaises donne naissance à l'obligation de "prendre d'urgence des mesures appropriées pour protéger la vie des enfants, indépendamment de l'action de leurs parents, et de fournir une explication sur les causes des décès et sur les éventuelles responsabilités par le biais d'une procédure engagée d'office"⁹¹. Alors que d'une manière générale la Cour exclut la nécessité d'un recours de nature pénale, spécialement dans le domaine des négligences médicales, l'arrêt *Nencheva c. Bulgarie* s'appuie sur le caractère d'intérêt public d'une telle protection pour imposer aux autorités une obligation d'enquête qui ne peut être satisfaite par la voie civile. L'exigence d'une protection effective module l'adaptation de la norme commune à la situation spécifique en relation avec les valeurs fondamentales et les normes internationales et européennes. Elle impose la prise en considération des caractéristiques psychologiques spécifiques d'une personne vulnérable lors d'une enquête relative à des violences sexuelles⁹², pour la constitution même de l'infraction⁹³, une diligence particulière dans la recherche des preuves lors de l'enquête⁹⁴. Elle requiert des mesures appropriées de la part des autorités pour empêcher la poursuite d'un harcèlement subi par un enfant handicapé de la part d'autres enfants⁹⁵. Des traitements ou une assistance adéquats tenant compte des besoins spécifiques des détenus affectés de troubles mentaux ou handicaps physiques⁹⁶.

En raison de l'importance de la liberté individuelle dans une société démocratique, la protection de la vulnérabilité ne saurait se réduire à celle de la santé ou du bien-être, englobant la protection effective de la liberté contre les internements abusifs sur

le fondement de l'article 5⁹⁷. De même, la protection de l'intégrité, qui doit s'exercer dans l'esprit du droit au respect de la vie privée, inclut le respect du consentement aux soins, et la préservation de la participation de la personne aux processus décisionnels qui la concernent. L'article 8 rend nécessaire la mise en place d'un régime de protection juridique adéquat lorsque la personne est incapable de veiller seule à ses intérêts⁹⁸. Une protection juridique conforme aux exigences conventionnelles, adaptée au degré d'autonomie de l'individu⁹⁹, est considérée comme un instrument permettant d'assurer la participation aux processus décisionnels. La Cour impose une évaluation judiciaire individualisée des facultés réelles et des besoins pour les restrictions de capacité juridique et leurs conséquences, telles que la suppression du droit de vote¹⁰⁰: les personnes handicapées mentales, qui appartiennent à un groupe particulièrement vulnérable ayant fait l'objet de discriminations par le passé, doivent être traitées en individus. Mais la Cour, qui est avant tout soucieuse d'une prise en charge adéquate au regard de l'état de santé réel, reste parfois en retrait quant à la promotion de l'autonomie des personnes vulnérables¹⁰¹, bien que l'idée d'un accompagnement dans l'exercice de leurs droits trouve des échos dans sa jurisprudence¹⁰².

La nécessité d'une appréciation individualisée s'exprime de manière plus générale quand la restriction des droits fondamentaux d'un groupe particulièrement vulnérable est en jeu, réduisant "singulièrement" la marge d'appréciation de l'Etat qui doit justifier, pour imposer une restriction, de raisons particulièrement impérieuses dont l'absence conduit à retenir une discrimination¹⁰³. L'obligation procédurale d'enquête possède une vigueur particulière lorsqu'il apparaît vraisemblable qu'un membre d'un groupe ou d'une minorité vulnérables a été attaqué pour des motifs raciaux ou religieux¹⁰⁴. Il convient cependant de souligner que le motif raciste ou religieux de la violence engendré par lui-même une vigilance spéciale indépendamment de la vulnérabilité: de tels actes de violence sont particulièrement destructeurs des droits fondamentaux et leur nature spécifique doit être prise en compte sous peine de discrimination¹⁰⁵. Par la reconnaissance d'une identité communautaire, la protection des minorités ethniques vulnérables (Roms) s'engage davantage dans la voie de la spécificité,

impliquant d'accorder une attention spéciale à leurs besoins particuliers et leur mode de vie propre. Elle conduit la Cour à prendre en compte le lien étroit entre l'individu et la communauté dont il est membre¹⁰⁶, non seulement pour consacrer une obligation positive de respecter un mode de vie traditionnel, mais encore pour en tirer des conséquences concrètes sur le plan du contrôle de proportionnalité¹⁰⁷, et conférer une dimension collective à la protection de l'égalité. L'application d'une mesure qui ne prend pas en compte les besoins spécifiques d'un groupe vulnérable peut constituer une discrimination indirecte de ses membres, en raison de ses effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté concernée¹⁰⁸.

2. La mesure de la protection

La mesure de la protection est guidée par le souci de dégager une norme commune des instruments européens ou internationaux, et d'inscrire la protection spécifique dans la cohérence générale du système de garanties des droits de l'homme. Ainsi, l'intérêt de la protection spéciale est souvent mis en relation par la Cour avec celui de la protection générale¹⁰⁹. Le contrôle européen est régi par les mêmes principes, prenant en compte l'ensemble des données de la cause. Il n'y a d'automatisme ni dans le maniement de la qualification de vulnérabilité, qui n'est pas essentialisée¹¹⁰, mais soumise à un contrôle implicite ou explicite de son adéquation à la question posée par l'espèce, ni dans les conséquences qui en sont déduites. La qualification de groupe particulièrement vulnérable n'est pas utilisée systématiquement quel que soit l'enjeu¹¹¹. La prise en considération de la vulnérabilité ou son absence est susceptible de fluctuer selon le contexte¹¹², et, dans le cadre d'une même affaire, selon le droit en cause, la mise à l'écart de la notion correspondant à un jugement porte sur l'absence de rapport de la vulnérabilité avec une responsabilité de l'Etat¹¹³. Lorsque la vulnérabilité est retenue, les conséquences qui en sont déduites sont fonction non seulement de sa nature particulière¹¹⁴, mais aussi de l'ensemble des circonstances de la cause, éléments de fait ou de droit établissant la connaissance du risque¹¹⁵, gravité des atteintes à l'intégrité¹¹⁶, minorité des agresseurs¹¹⁷, etc. La vulnérabilité n'oblige pas de manière différenciée, mais de manière choisie et mesurée. La diligence particulière que les autorités doivent apporter lors d'une enquête n'a pas pour

effet de dispenser le requérant de toute précision dans ses allégations¹¹⁸, les exigences en matière de preuve étant modulées en fonction de la nature de la situation¹¹⁹. La marge d'appréciation n'est pas systématiquement réduite par la vulnérabilité indépendamment de l'enjeu et pour évaluer si la marge d'appréciation est outrepassée les autres caractéristiques de l'affaire sont prises en compte¹²⁰. Dans le cadre de la pesée des intérêts, la Cour tient compte de l'ensemble des éléments liés à l'intérêt de la collectivité¹²¹, et des critères consacrés par la jurisprudence pour mettre en balance des droits et libertés concurrents¹²².

La prise en considération des vulnérabilités est susceptible d'introduire soit une différenciation (différenciation des conditions de détention en raison du traitement approprié du ou du malade mental), soit une hiérarchie dans la protection. Les réfugiés, parce qu'ils sont titulaires d'un statut faisant la preuve de leur vulnérabilité font l'objet d'une protection accrue en matière de droit au respect de la vie familiale¹²³. D'une manière générale, cette différenciation ou hiérarchie sont en harmonie avec la protection de la vulnérabilité. Cependant, la jurisprudence en matière d'éloignement des étrangers malades, imprégnée du souci de tenir compte des ressources des États, suscite des critiques¹²⁴ non seulement au regard du seuil requis pour admettre des considérations humanitaires, mais au regard de sa cohérence. Est jugée contraire à l'article 3 l'extradition d'un détenu malade mental vers les États-Unis en raison d'un risque réel qu'un milieu carcéral "potentiellement plus hostile conduise à une détérioration notable de son état"¹²⁵. En revanche, l'expulsion d'une mère de trois enfants séropositive vers un pays où sa santé risque une détérioration fatale n'emporte pas violation de la Convention¹²⁶, non plus que l'expulsion d'un handicapé physique (mutilé) affectant négativement sa qualité de vie¹²⁷. Les différences relevées sont le résultat de facteurs qui permettent de distinguer les situations. Mais le contrôle exerce préte à critique en ce que la réalité même de la vulnérabilité (voire sa qualification) est éludée dans certains cas, par suite de l'absence d'un état critique, de l'imputation du risque de préjudice dans le pays de destination à une insuffisance de ressources, assorties parfois d'une mise à l'écart rapide d'allégations taxées de

speculation malgré leur caractère vraisemblable, ou de la relativisation de circonstances engendrant une vulnérabilité particulière. Pourtant, c'est la réalité du risque de détérioration qui doit être considérée et elle peut être constatée pour l'État défendeur indépendamment de l'imputabilité dans le pays de destination.

Le risque d'une protection catégorielle au regard de l'universalité des droits de l'homme a été et est toujours souligné¹²⁸. Cependant, loin d'être en contradiction avec le caractère universel des droits de l'homme, la prise en considération des vulnérabilités semble plutôt relever d'un processus d'universalisation croissant. Universalisation par l'approche suivie dans la reconnaissance de la vulnérabilité, liée à une interprétation se référant à l'évolution des normes internationales. Universalisation relative à la conception même du sujet des droits de l'homme, qui intègre les figures particulières de la vulnérabilité. La critique du sujet universel comme étant "l'universalisation d'une figure particulière de l'homme"¹²⁹ y perd son intérêt. En résulte un sujet plus complexe dont l'unité ne réside pas dans la seule autonomie, mais dans une communauté de sensibilité et dont l'individualité n'exclut pas la considération de l'appartenance à un groupe. La prise en compte de la vulnérabilité ne semble pas conduire à une séparation tranchée entre des catégories de sujets, autonomes et vulnérables : les devoirs de chacun envers les personnes vulnérables se précisent et l'idée d'un accompagnement de l'autonomie de celles-ci se développe. Surtout, la spécificité de la protection ne revêt pas un caractère exorbitant. Elle est toujours liée à l'évolution de la protection commune, impliquée par l'idée d'adéquation de celle-ci et établie sans rupture méthodologique dans le contrôle opéré. Certes, l'approche contextuelle de la Cour ne va pas sans casuistique ni disparité et certains équilibres formulés peuvent être critiqués. Mais une approche plus systématique et plus hardie dans la formulation de principes n'induirait-elle pas une catégorisation préjudiciable à l'universalité des droits de l'homme?

Référence : La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 317 à 340.

NOTES

- 1.. L'absence de définition, comme l'importance et l'usage croissant de la notion, sont mis en évidence, statistiques à l'appui, par S. Besson, "La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme – L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 59 et s.; sur la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour voy. également N. Chardin, "La Cour européenne des droits de l'homme et la vulnérabilité", in F. Rouvière (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 367 et s.; J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, coll. "Le sens du droit", Paris, Dalloz, 2013, pp. 108-122 (voy. plus particulièrement, *La protection jurisprudentielle des catégories les plus vulnérables*). P. Martens, "La nouvelle controverse de Valladolid", *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 304 et s., spec. pp. 314-315 et 318-330, VI, "L'homo vulnerabilis", et VIII, "Vers une conception structurelle de la vulnérabilité?"; X. Lagarde, "Avant-propos", in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009*, "Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation", La Documentation française, 2010, pp. 54 et s.
2. Cour eur. dr. h., arrêt *Dordevic c. Croatie*, 24 juillet 2012, § 138.
3. Cour eur. dr. h., arrêt *E.M. c. Roumanie*, 30 octobre 2012, § 58.
4. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, § 251.
5. Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Renolde c. France*, 16 octobre 2008, § 83 (situation de vulnérabilité des détenus).
6. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, précite, § 232 ("vulnérabilité spécifique inhérente à sa qualité de demandeur d'asile").
7. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précite, § 251 (statut de demandeur d'asile); Cour eur. dr. h., arrêt *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014, § 52 (statut de réfugié).
8. Selon N. Chardin, *op. cit.*, spec., p. 370, on peut discerner une conception objective de la vulnérabilité, fondée sur les facteurs de la vulnérabilité, et une conception subjective recherchant les personnes vulnérables, la Convention européenne ayant adopté une conception objective. Les deux conceptions nous semblent en réalité coexister aujourd'hui dans la jurisprudence comme le montre l'emploi des termes de situation de vulnérabilité et de personnes vulnérables. L'analyse en termes de situation paraît *a priori* davantage en harmonie avec la nature des droits de l'homme, généraux et universels. Cependant, l'approche catégorielle qui nous semble aujourd'hui partiellement adoptée ne rompt pas avec l'universalité des droits de l'homme dont elle assure plutôt l'effectivité.
9. Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie*, 19 février 2013: la Cour pose que les handicapés font partie des personnes vulnérables (§ 86) et mentionne la situation de vulnérabilité de la requérante (§ 96). Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Zhou c. Italie*, 21 janvier 2014, §§ 58-59.
10. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, § 120.
11. Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 74.
12. Cour eur. dr. h., arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, § 42, note J. Dos Santos, "La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs", *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 347 et s.
13. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précite, § 251.
14. Cour eur. dr. h., arrêt *Milanovic c. Serbie*, 14 décembre 2010, § 89 (minorité religieuse vulnérable).
15. Cour eur. dr. h., arrêt *B. S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, § 71.
16. Cour eur. dr. h., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 55 ; voy. P. Martens, *op. cit.*, spec. p. 319.
17. C. Ruet, "L'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne confrontée à la philosophie des droits de l'homme" in P. Charlot et M. Doat (coord.), *Liber amicorum Darcy*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 730.
18. La Cour "ne doute pas" que la détention de la requérante dans les conditions décrites "l'a placée dans un état de profond désarroi":

- Cour eur. dr. h., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, précite, § 58.
19. C. Ruet, "Protection de l'image et de la vie privée vue par la jurisprudence française et la jurisprudence de la Cour européenne" in P. Auvret (dir.), *Les médias et L'Europe – Le contenu de l'information: entre errance et uniformisation*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 280 et s., spec. p. 308.
 20. P. Martens, *op. cit.*, p. 326.
 21. J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, *op. cit.*, p. 110 ; L. Burgorgue-Larsen, "Nothing is perfect – Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne", in *L'homme et le droit, en hommage au professeur J.-Fr. Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 129 et s.
 22. Voy. la référence à la Convention relative aux droits de l'enfant dans Cour eur. dr. h., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 22.
 23. Cour eur. dr. h., arrêt *Renolde c. France*, 16 octobre 2008, §§ 64-65 et § 83.
 24. Mettant en lumière l'importance des camps de concentration dans la genèse de la Convention et la prise de conscience correlative des droits des détenus, A. Spielmann, "La protection des droits de l'homme – Quid des droits des détenus?", in *Melanges Gerard J. Wiarda*, Cologne, ed. Carl Heymans Verlag K.G., 1988, pp. 589 et s.
 25. Cour eur. dr. h., arrêt *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, §§ 72-82.
 26. Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, §§ 28-35, 63-64.
 27. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, §§ 58-69, 96, note Fl. Benoit-Rohmer, "La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire", *Rev. Trim. dr. h.*, 2001, pp. 999 et s.
 28. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, § 244.
 29. Cour eur. dr. h., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, § 71. Voy. F. Tulkens, "Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Melanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1607 et s., spec. p. 1619.
 30. Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, précite, § 67. J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 110 ; P. Martens, *op. cit.*, p. 321.
 31. Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 74. Voy. à cet égard la référence opérée par l'arrêt à la recommandation 1418 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, § 24.
 32. Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov e.a. c. Bulgarie*, 23 novembre 2012, § 122.32 Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov e.a. c. Bulgarie*, 23 novembre 2012, § 122.
 33. Il en est ainsi, par exemple, des femmes enceintes confrontées à l'éventualité d'une anomalie du fœtus: voy. Cour eur. dr. h., arrêt *R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011, § 159. Voy. aussi, *infra*, note 53.
 34. Voy. *infra*, note 111.
 35. Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Soderman c. Suède*, 12 novembre 2013, § 81.
 36. Cour eur. dr. h., arrêt *M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, § 183 (vulnérabilité particulière des mineurs).
 37. Cour eur. dr. h., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, précite, § 51 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013, § 132.
 38. Cour eur. dr. h., arrêt *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, § 142.
 39. Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (no 2), 19 février 2013, § 86.
 40. Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, § 111.
 41. Cour eur. dr. h., arrêt *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 98.
 42. Cour eur. dr. h., arrêt *Algur c. Turquie*, 22 octobre 2002, § 44. Voy. B. Belda, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, préface F. Sudre, Bruxelles, Bruylant, 2010, spec. no 163.
 43. Cour eur. dr. h., arrêt *Rupa c. Roumanie*, 16 décembre 2008, § 99.
 44. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précite, § 263.
 45. Rapp. Cour eur. dr. h., décision *Budina c. Russie*, 18 juin 2009: la Cour n'exclut pas que la responsabilité de l'Etat soit engagée au cas où un requérant totalement dépendant à l'égard de l'aide publique serait confronté à l'indifférence des autorités alors qu'il se trouverait dans une situation de privation ou de manque à ce point grave qu'elle serait incompatible avec la dignité humaine. Voy. S. Besson *op. cit.*, p. 71.

46. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, § 59.
47. Cour eur. dr. h., arrêt *I.B. c. Grece*, 3 octobre 2013, § 87.
48. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kuric e.a. c. Slovenie*, 12 mars 2014, § 84.
49. Voy. S. Besson, *op. cit.*, p. 70.
50. Cour eur. dr. h., arrêt *Claes c. Belgique*, 10 janvier 2013, § 101.
51. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, 18 juin 2013, § 119.
52. Cour eur. dr. h., arrêt *P. et S. c. Pologne*, 30 octobre 2012.
53. Cour eur. dr. h., arrêt *Sandra Jankovic c. Croatie*, 5 mars 2009: invoquée par la requérante, l'appartenance à une catégorie vulnérable en tant que femme seule dans un cadre patriarcal (§ 30) n'est pas retenue par la Cour.
54. Cour eur. dr. h., arrêt *R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011, § 159: "La Cour note que la requérante était très vulnérable. Comme l'aurait été toute autre femme enceinte dans sa situation, elle était profondément troublée par l'éventualité d'une malformation de son fœtus".
55. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, 11 janvier 2007, § 140.
56. Recommandation no 1203 (1993) de l'Assemblée parlementaire relative aux Tsiganes en Europe et recommandation no 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe.
57. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Orsus e.a. c. Croatie*, 16 mars 2010, § 147.
58. Cour eur. dr. h., arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, précite, § 42.
59. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grece*, précite, § 232 et § 251.
60. Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Chiragov e.a. c. Arménie*, 14 décembre 2011, § 146.
61. Opinion partiellement dissidente sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grece*, précite ; voy. S. Besson, *op. cit.*, p. 74 ; L. Burgorgue-Larsen, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *A.J.D.A.*, 2014, p. 147.
62. Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, précite, §§ 63-64.
63. Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, précite, § 63.
64. En ce qui concerne le sexe: les arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985 et *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994; en ce qui concerne l'orientation sexuelle: l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, et l'arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 ; en ce qui concerne le handicap: l'arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009. Si la Cour vise au paragraphe 63 de l'arrêt *Kyutin c. Russie* le handicap de manière générale en faisant référence à l'arrêt *Glor c. Suisse*, celui-ci est relatif au handicap physique.
65. Cour eur. dr. h., arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, précite ; Gde Ch., arrêt *D.H. e.a. c. République tchèque*, précite ; arrêt *Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005.
66. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chabauty c. France*, 4 octobre 2012, § 62 ; Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, § 127 ; arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précite, § 97.
67. Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Sandra Jankovic c. Croatie*, précite ; comp. S. Besson, *op. cit.*, p. 69.
68. La comparaison des arrêts *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009 et *A. c. Croatie* du 14 octobre 2010 est éclairante. La Cour commence par mettre en évidence dans l'arrêt *Opuz c. Turquie* que la violence domestique ne concerne pas exclusivement les femmes (§ 132). Les victimes de violence domestique font ainsi d'abord l'objet d'une approche neutre qui est ensuite mise de côté. La référence aux instruments de protection internationaux et en particulier à la position du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, selon lequel la violence fondée sur le sexe constitue une forme de discrimination à l'égard des femmes, ne serait pas suffisante à relever la vulnérabilité des femmes. Elle est complétée par des rapports constatant la persistance et la tolérance de la violence à l'égard des femmes dans la société turque, d'où résulte un commencement de preuve de la discrimination en l'espèce (§ 198). Ainsi, bien que les termes de groupe vulnérable ne figurent pas dans l'arrêt, ce sont bien *in fine* les femmes turques victimes de violence domestique qui sont appréhendées dans leur vulnérabilité et non pas seulement les personnes victimes de violence domestique. Tel n'est pas le cas dans l'arrêt *A. c. Croatie*: la Cour considère que les statistiques présentées par la requérante victime de violence conjugale ne sont pas suffisamment complètes pour conclure au caractère discriminatoire des

pratiques adoptées en Croatie dans le cadre de la violence familiale (§ 103). La vulnérabilité catégorielle reste alors celle de victimes dans une certaine situation (violence domestique) et non celle des femmes.

69. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 77.
70. Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Grimailovs c. Lettonie*, 25 juin 2013, §§ 81-82, § 151 et § 161.
71. Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (no 2), précite, § 86.
72. Cour eur. dr. h., arrêt *A.M.M. c. Roumanie*, 14 février 2012, § 59.
73. Cour eur. dr. h., arrêt *Glor c. Suisse*, précite, § 84.
74. Cour eur. dr. h., arrêt *A.M.M. c. Roumanie*, 14 février 2012, § 59.
75. Cour eur. dr. h., arrêt *Slawomir Musial c. Pologne*, 20 janvier 2009, § 71.
76. Cour eur. dr. h., arrêt *B. contre Roumanie* (no 2), 19 février 2013, § 78.
77. Il en est ainsi de personnes déplacées dans le cadre du conflit du Haut-Karabakh. Pour juger que les requérants avaient agi sans délai excessif, la Cour relève qu'ils ont pu raisonnablement espérer pendant un certain temps après la ratification de la Convention un règlement des questions de propriété et qu'après la perte de la perte de leur domicile et de leurs biens ils n'ont pas été informés de la possibilité d'un retour: Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, 14 décembre 2011, §§ 143-146.
78. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, §§ 53-54, note Th. Hochmann, "Discours de haine et préjugé", *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 179 et s.
79. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, §§ 108-114 ; annonçant cette évolution: arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, précite, § 93.
80. Négligences graves ayant causé la mort, les soins les plus élémentaires n'étant pas dispensés.
81. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 130.
82. Cour eur. dr. h., arrêt *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014, §§ 103-106.
83. Cour eur. dr. h., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, précite, § 73. Voy. J.-P. Marguenaud, "Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH", *L.P.A.*, 2010, no 220, p. 10.
84. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stanev c. Bulgarie*, précite, §§ 244-245.
85. Cour eur. dr. h., arrêt *Slawomir Musial c. Pologne*, précite, §§ 95 et 96.
86. Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, § 116. Voy. aussi pour la personne détenue ou menotée et gardée à vue: Gde Ch., arrêt *Gafgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, §§ 106-108.
87. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, 18 juin 2013, § 108.
88. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, précite, § 109.
89. Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Pantea c. Roumanie*, 3 juin 2003, § 190 et § 199.
90. Cour eur. dr. h., arrêt *Renolde c. France*, 16 octobre 2008, § 89.
91. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, précite, § 123.
92. Cour eur. dr. h., arrêt *M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, § 183 ; arrêt *C. A. et C. S. c. Roumanie*, 20 mars 2012, § 82.
93. Cour eur. dr. h., arrêt *M. C. c. Bulgarie*, précite, § 166.
94. Cour eur. dr. h., arrêt *M. B. c. Roumanie*, 3 novembre 2011, §§ 57-66. Dans un contexte de violences familiales: arrêt *E. M. c. Roumanie*, 30 octobre 2012, §§ 66-70.
95. Cour eur. dr. h., arrêt *Dordevic. Croatie*, 3 juillet 2012, § 148.
96. Cour eur. dr. h., arrêt *Slawomir Musial c. Pologne*, 20 janvier 2009, § 108.
97. Cour eur. dr. h., arrêt *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005: nécessité de tenir compte du droit à la liberté garanti à l'article 5, § 1^{er}, dans l'interprétation de dispositions relatives au délai de prescription (§ 96) ; garanties spéciales de procédure découlant de l'interprétation de l'article 5, § 4, en cas de détention pour maladie mentale au profit de ceux qui ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte (§ 117).
98. Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (no 2), 19 février 2013, §§ 96-97 et §§ 116-117.
99. Cour eur. dr. h., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, § 95.
100. Cour eur. dr. h., arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, § 42.

101. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stanev c. Bulgarie*, précite: la protection de la personne soumise à un régime de curatelle dont elle allègue l'inadaptation est assurée seulement par les conséquences tirées de l'article 6, la Cour estimant que l'article 8 ne pose aucune question distincte alors que l'autonomie personnelle est en cause. Voy. opinion commune des juges Tulkens, Spielmann et Laffranque et opinion de la juge Kalaydjieva.
102. Cour eur. dr. h., arrêt *Zhou c. Italie*, 21 janvier 2014, § 59: les autorités se sont bornées à prendre en considération des difficultés, qui auraient pu être surmontées au moyen d'une assistance sociale ciblée.
103. Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, § 63 et § 74. Lorsque la restriction provient d'un acte d'une personne privée, tel qu'un licenciement, les juridictions internes doivent mettre en balance de manière approfondie les intérêts en présence, en montrant en quoi les intérêts de la personne privée l'emportent sur ceux du requérant: Cour eur. dr. h., arrêt *I. B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, § 90.
104. Cour eur. dr. h., arrêt *Milanovic c. Serbie*, 14 décembre 2010, § 89 et § 97.
105. Cour eur. dr. h., arrêt *Abdu c. Bulgarie*, 11 mars 2014, § 44.
106. Cour eur. dr. h., arrêt *Lavida e.a. c. Grèce*, 30 mai 2013, § 62.
107. Cour eur. dr. h., arrêt *Winterstein e.a. c. France*, 17 octobre 2013, § 150: l'expulsion de membres d'une communauté vulnérable ne peut être considérée sur le plan de la proportionnalité comme l'expulsion d'un individu.
108. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *D.H. e.a. c. République tchèque*, 13 novembre 2007, § 209; E. Dubout, "L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne: rénovation ou révolution? Epilogue dans l'affaire *D. H. e.a. c. République tchèque*", *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 821 et s.
109. Ainsi, la vérification approfondie exigée lors de l'enquête en présence d'une situation de vulnérabilité est liée à la préservation de la confiance du public dans le système judiciaire et son adhésion à l'État de droit (Cour eur. dr. h., arrêt *E.M. c. Roumanie*, précite, § 69), l'attention spéciale au mode de vie des minorités liée à la préservation de la diversité culturelle bénéfique à la société dans son ensemble (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *D. H. e.a. c. République tchèque*, précite, § 181).
110. Comp. S. Besson, *op. cit.*, p. 70 ; P. Martens, *op. cit.*, p. 326.
111. Si un refus de permis de séjour en raison d'une infection par le VIH implique dans l'affaire *Kiyutin c. Russie*, dont l'enjeu réside dans la protection contre la discrimination, la référence à la qualité de groupe particulièrement vulnérable, il n'en est pas de même lorsque le contrôle de la Cour porte sur le point de savoir si l'expulsion d'une personne malade du sida vers un pays ne possédant pas le même niveau de soins constitue une violation de l'article 3 (Cour eur. dr. h., arrêt *S. J. c. Belgique*, 27 février 2014).
112. La constatation de sentiments de vulnérabilité attribués à la personne transsexuelle ou son absence dépend du contexte légal et de l'appréciation portée par la Cour sur la proportionnalité de l'atteinte au droit au respect de la vie privée: comp. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 77 et Gde Ch., arrêt *Hamalainen c. Finlande*, 16 juillet 2014, § 87.
113. Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov e.a. c. Bulgarie*, 23 novembre 2012: la vulnérabilité de patients en phase terminale est prise en compte dans le cadre de l'article 8 pour justifier une protection de la personne contre elle-même (restriction de l'accès à un médicament), mais non dans le cadre des articles 2 et 3, les soins normaux étant assurés. Le danger pour la vie et la souffrance physique ne sont pas imputables à l'État.
114. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, précite, § 125.
115. Cour eur. dr. h., arrêt *Nencheva c. Bulgarie*, précite, §§ 121-123 ; Gde Ch., arrêt *O'Keeffe c. Irlande*, 28 janvier 2014, § 147 et § 161: prise en compte du contexte international (instruments internationaux) et local (rapports) pour apprécier la conscience du risque d'abus sexuels à l'époque des faits.
116. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Soderman c. Suède*, 12 novembre 2013, § 86.
117. Cour eur. dr. h., arrêt *Dordevic c. Croatie*, 24 juillet 2012, § 142.
118. Cour eur. dr. h., arrêt *Durdevic c. Croatie*, 19 juillet 2011, § 118.
119. Cour eur. dr. h., arrêt *Tanase c. Roumanie*, 12 mai 2009, §§ 74-80.

120. Cour eur. dr. h., arrêt *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, § 66 (marge étroite en matière de liberté de réunion ; caractère déterminant de l'effet d'intimidation des rassemblements à l'égard d'une minorité vulnérable).
121. Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov e.a. c. Bulgarie*, précité, § 122.
122. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, précité. Le requérant se plaignait d'avoir été blessé par un ouvrage véhiculant des stéréotypes négatifs à l'égard des Roms. La Cour considère que l'examen attentif mené par les juridictions internes s'est opéré dans le respect des critères posés par sa jurisprudence (importance des travaux universitaires, analyse des expressions litigieuses) et conclut à l'absence de violation de l'article 8.
123. Cour eur. dr. h., arrêt *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014, § 54.
124. F. Sudre, "Eloignement du territoire et protection de la santé", *J.C.P.*, éd. G., 2013, no 577. Opinion dissidente de la juge Power-Forde sous Cour eur. dr. h., arrêt *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014.
125. Cour eur. dr. h., arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013.
126. Cour eur. dr. h., arrêt *S. J. c. Belgique*, 27 février 2014 (l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre).
127. Cour eur. dr. h., arrêt *S.H.H. c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2013.
128. Voy. P. Martens, *op. cit.*, p. 325.
129. Y.-Ch. Zarka, *Refonder le cosmopolitisme*, Paris, PUF, 2014, pp. 88 et 92.

DIREITOS HUMANOS E LITERATURA

.....

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFC; Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM; Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca; Membro da Academia Latino-americana de Direito Penal e Penitenciário, da Academia Brasileira de Direito Criminal e da Academia Cearense de Letras.

RESUMO

O autor nos fala do movimento direito e literatura, centrando-se em sua relação com os direitos humanos. São apresentadas inúmeras obras, ficcionais ou não, escritas por autores de diferentes nacionalidades, especialmente brasileiros e mexicanos, cuja leitura nos convida a pensar sobre temas sempre atuais em sede de direitos humanos, especialmente suas constantes violações num mundo onde predominam profundas injustiças e desigualdades, e se impõe um esforço conjunto para superá-las.

Palabras chave

O movimiento derecho e literatura; derechos humanos e literatura; estudo comparado.

ABSTRACT

The author tells us about the law and literature movement, focusing on its relationship with human rights. Countless works are presented, fictional or not, written by authors of different nationalities, especially Brazilians and Mexicans, whose reading invites us to think about ever current issues in the field of human rights, especially their constant violations in a world where profound injustices and inequalities prevail, and a joint effort is required to overcome them.

Keywords

The movement of law and literature; human rights and literature; comparative study.

1. INTRODUÇÃO

Uma sequência de ideias nos transporta ao cosmo fabuloso e desafiante dos direitos

humanos, indivisíveis, interdependentes e universais, cujo conteúdo, instigante, reforça a necessidade de materializá-lo no cotidiano dos indivíduos, denunciando/alertando para suas violações. Embora presente em documentos nacionais (constituições, leis etc.) e internacionais (como convenções, tratados, regras mínimas), não conseguiu ainda, malgrado seus progressos, penetrar de pleno na consciência dos governantes e dos cidadãos.

É que os avanços têm sido tímidos, ante a grandeza do repto que representa a implementação desses direitos, muitos dos quais superestatais, que remontam à Inglaterra, à Magna Carta (imposta pelo clero e pela nobreza ao Rei João sem Terra em 1215), à Petição de Direitos (*Petition of Rights*, em 1628), ao *Habeas Corpus Act* (proteção contra a prisão arbitrária e direito de ser ouvido pelo juiz, de 1679), à Carta de Direitos (*Bill of Rights*, 1689), à Declaração de Independência Americana (1776), à Declaração de Direito da Virgínia (1776), à Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e à Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948).

A Carta de Direitos inglesa de 1689, citada comumente como o antecedente direto da declaração francesa de direitos, fazia menção, sabidamente, “a los antiguos derechos y libertades de los hombres ingleses, establecidos por la ley inglesa y derivados de la historia de Inglaterra, pero no declaró la igualdad, la universalidad ni la naturalidad de los derechos que caracteriza a los derechos humanos tal como los conocemos hoy. Estos sólo adquirieron una formulación expresa y manifestación política a partir de la Declaración de Virginia (1776) y se ligaron con más fervor al universalismo en Francia, 1789... Aunque para mediados del siglo XVIII la expresión tenía un uso extendido, nadie

sintió la necesidad de precisar su contenido, ni enumerar esos derechos antes de 1789: *no hubo una definición explícita de esos derechos*, ‘la mayoría de quienes empleaban esa expresión en la década de 1770 y 1780 en Francia (...) se referían a los derechos del hombre como si fuesen obvios y no necesitaran de ninguna justificación o definición.’ La Declaración de 1789 apareció entonces como algo *natural* o como se enunció en su versión norteamericana, como una serie de *verdades evidentes*. Algo sucedió entre la Carta inglesa de 1689 y el universalismo igualitario presente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa (1789). El factor determinante... está ligado no sólo a las grandes ideas o los movimientos políticos abiertos, sino a cambios en la supuesta esfera privada, íntima, a mediados del siglo XVIII en Europa occidental. En ese espacio, la literatura, la proliferación y popularidad en círculos lectores expandidos de novelas epistolares de trama sentimental durante el siglo XVIII ocupa un lugar central; y la caracterización de los derechos humanos definidos en función de una triple cualidad – naturales, iguales y universales – se desplaza en la mirada de Hunt de ser un cuerpo de principios y eventuales reglas, o *simplemente una doctrina formulada en documentos* para descansar ‘sobre una determinada disposición hacia los demás, sobre un conjunto de convicciones acerca de cómo son las personas...’¹

Quanto à DUDH, o documento mais traduzido do mundo (a ONU anuncia que está disponível em mais de 500 traduções, sendo uma das mais recentes para a língua indígena quéchua (ou quíchua ou runa simi), falada no departamento de La Paz, no noroeste da Bolívia e também no Equador, no Peru e na província de Santiago del Estero, na Argentina), a nosso ver a mais bela e ordenada das declarações, a despeito de não ter sido original, alargou, bafejada pelas constituições pioneiras do México de 1917 e de Weimar de 1919, as anteriores proclamações de direitos, reconhecendo não apenas os direitos tradicionais – civis (privados) e políticos (que ensejam uma participação do cidadão no governo, no poder público) – e que evoluíram com o decorrer do tempo como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade perante a lei, à propriedade, o direito a julgamento público por tribunal imparcial, a liberdade de manifestação de pensamento, de reunião e associação, a proteção contra a prisão arbitrária, a inviolabilidade do lar, da correspondência etc.,

como também os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como: o direito ao trabalho, o direito à sindicalização, à greve, ao descanso e ao lazer, à educação, à usufruição dos bens culturais, à participação na vida cultural, à seguridade social, à proteção contra o desemprego, à proteção especial à maternidade e à infância etc., direitos que se somam aos tradicionais e os completam, uma vez que as duas categorias são interdependentes e indivisíveis.

Fazendo uma remissão ao movimento direito e literatura e suas diferentes fases (quando assinala sua relação com direitos humanos), María Jimena Sáenz nos recorda que:

Durante la década del noventa también ocurren cambios significativos en las percepciones y lugares del derecho, así como al interior de los estudios literarios. Michael Ignatieff la ha caracterizado como el momento en que *los derechos humanos se vuelven el vocabulario moral dominante*, atrayendo sobre sí mayor atención de las disciplinas humanísticas que se suman a los análisis tradicionales ligados a las ciencias jurídicas y políticas; y, en lo que a los estudios literarios corresponde, empiezan a cobrar más relevancia las distintas versiones de los estudios culturales y sus lecturas alejadas de la inmanencia de los textos literarios –e incluso de los textos literarios mismos para concentrarse en toda clase de textos culturales– y más situadas en el terreno de lucha de la cultura y en las contingencias de la historia.

En este nuevo panorama puede situarse la cuarta etapa del movimiento ligada, por un lado, a los estudios culturales y tendiente a aplanar la diferencia de la literatura de otros textos culturales (o de la cultura como texto); por el otro, la reacción del giro ético en los estudios literarios que sigue reclamando una diferencia cualitativa de la literatura frente a todos los otros discursos sociales y un valor ahora denominado ético de esa diferencia. Es en este momento cuando el movimiento derecho y literatura se amplía hacia denominaciones más inclusivas que ya se sugerían en el título de la publicación de Yale de 1988 *Derecho y humanidades*, y se agregan derecho, cultura y humanidades o, en el ámbito literario *Literatura y derechos humanos*.

El contexto de emergencia institucional de la preocupación por los derechos

humanos en el terreno literario, localizado con cierto consenso en la bibliografía luego del 11/9 de 2001, reedita aquel que dio lugar al primer impulso humanista del movimiento derecho y literatura. Así, la fragilidad de los derechos humanos en el contexto precario del neoliberalismo, el auge de los discursos de la seguridad nacional y sus culturas del miedo han sido considerados los factores que explican, en parte, “la urgencia por encontrar en las humanidades, especialmente en la literatura, el antídoto a la crueldad, las atrocidades y las violaciones de los derechos humanos.” A ello se sumó también la necesidad de defender a las humanidades en un contexto de precarización y repliegue de la educación humanística en pos de lo que Nussbaum (1998; 2010) llamó “el modelo de educación económico.”²

Enfatiza a autora mais adiante que uma das características mais notáveis da literatura e dos direitos humanos é o retorno “a una relectura de ciertos aspectos del *humanismo* que sostenía a la producción del movimiento en los 70s que viene de la mano del agotamiento de los modelos de crítica basados en la Alta Teoría. Los nuevos caminos que parecen abrirse con el cambio de óptica disciplinar pueden vincularse a la apertura del canon del *derecho y la literatura*, hacia narrativas de yo, que también estaban presentes en el momento narrativo del movimiento; novelas poscoloniales escritas desde el Sur Global; y, por otro lado, a un interés en la forma literaria y en los efectos de lectura más que en el *mensaje* o el *contenido* representacional de determinadas obras.” O certo é que, finalmente, as perguntas abertas “en el seno del nuevo espacio de exploración de las relaciones entre el derecho y la literatura tienen la potencialidad de rearmar viejas disputas en relación a la lectura y las divisiones entre arte culto y popular, respuestas lectoras críticas y emocionales; así como también reorganizar el panorama de estrategias críticas en el campo de las humanidades.”³

2. A RELEVÂNCIA DA LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Incisivo se posicionou Antônio Augusto Cançado Trindade, ao declarar, como magistrado

e artífice de votos memoráveis, inspiradores (de atitudes, juízos e reflexões), todos com requintada linguagem, emitidos enquanto membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça (Haia), que, apesar dos avanços obtidos no âmbito de proteção, há, contudo, um longo caminho que temos de percorrer, posto que: “Ainda falta muito para que a linguagem dos direitos humanos alcance as bases das sociedades nacionais; nestas, há que superar frequentemente a inércia e a indiferença do próprio meio social, que por vezes parece não se aperceber de que o destino de cada um de seus membros está inelutavelmente ligado à sorte de todos.”⁴

Numa das apresentações da revista, anual, do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, sob nossa coordenação, escrevemos: Proclamações de direitos não são suficientes, como já alertava há décadas o lúcido pensador Jacques Maritain, para quem não é admissível perverter a função da linguagem, a serviço dos que nos roubam a fé na efetivação dos direitos humanos, inerentes aos seres humanos e à sua condição de dignidade. Aos direitos proclamados se acrescem os meios de implementá-los, inclusive diante das arbitrariedades e das mentiras dos detentores do poder.

Oportuna a leitura de seu voto arrazoado como membro da Corte IDH, no *leading case* *Los Niños de la Calle* (Villagrán Morales y Otros versus Guatemala, 1999-2001), sentença de 26 de maio de 2010. Uma peça jurídico-literária de inexcusável valor daquele que é, *sans aucun doute*, um dos maiores intelectuais da contemporaneidade⁵: “...Um mundo que abandona suas crianças nas ruas não tem futuro; já não possibilita criar e desenvolver um projeto de vida. Um mundo que se descuida de seus anciãos não tem passado; já não participa da herança da humanidade. Um mundo que só conhece e valoriza o presente efêmero e fugaz (e, portanto, desesperador) não inspira fé nem esperança. Um mundo que pretende ignorar a precariedade da condição humana não inspira confiança... Trata-se de um mundo que já perdeu de vista a dimensão temporal da existência humana. Trata-se de um mundo que desconhece a perspectiva intergeracional, ou seja, os deveres que cada um tem com relação tanto aos que já percorreram o caminho de suas vidas (nossos antepassados) quanto aos que ainda estão por fazê-lo (nossos descendentes). Trata-

se de um mundo em que cada um sobrevive em meio a uma completa desintegração espiritual. Trata-se de um mundo que simplesmente se desumanizou, e que hoje necessita com urgência despertar para os verdadeiros valores.”⁶

Suponho que se lembrem da frase de Públio Terêncio Afro (não se sabe a data precisa de seu nascimento; apenas que morreu em 159 a.C.): “Sou homem, nada do que é humano é alheio a mim” (*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*), glosada por Gerardo Diego Cendoya (1896-1987):

Versos humanos, ¿por qué no? Soy hombre
y nada humano debe serme ajeno.
Pena, amor, amistad. Si hay quien se
asombre,
Si hay quien se escandalice, es que no es
hombre⁷.

Evocadores são os versos do poeta inglês John Donne (1572-1631), contemporâneo de Cervantes e Shakespeare, escritos em 1623, quando estava seriamente doente:

Nenhum homem é uma ilha
Isolado em si mesmo.
Cada ser humano é uma parte do
continente,
uma parte de um todo.
Se um torrão de terra for levado pelas águas
até o mar,
a Europa ficará diminuída,
como se fosse um promontório,
como se fosse o solar de teus amigos ou o
teu próprio;
a morte de qualquer homem me diminui,
porque sou parte do gênero humano.
E por isso não perguntes
por quem os sinos dobram;
eles dobram por ti.⁸

Pois bem. Diante das contínuas denúncias de menoscabo aos direitos humanos (expostas por quem sói percorrer as *crossroads* dos DH.L. e muitas vezes são perseguidos por essa razão), cresce a necessariedade de desenvolver um esforço coletivo com o *telos* de amparar ditos direitos e sedimentar uma cultura a seu favor, reduzindo o descompasso entre as normas e a realidade sombria dos fatos. Estou seguro de que gradualmente haveremos de minimizar esse hiato (e a literatura pode ajudar bastante nessa tarefa), resgatando a fé na justiça e na função da linguagem, expressa em tantos documentos

de proteção dos DDHH, aqui citados, a fim de assegurar sua materialização.

Três anos antes da promulgação da Constituição de 1988, participei de um Seminário na Seccional da OAB-Ceará, que reuniu profissionais do direito com vistas a debaterem propostas à Constituinte. Em minha conferência, no dia 21 de junho de 1985, publicada sob o título *Direitos Humanos e a Constituição*, exortei: Não é suficiente afirmar-se nas Constituições que as pessoas têm direitos fundamentais e enumerá-los exaustivamente. Já os sabemos de cor. É preciso retirar o caráter ainda burguês desses direitos e assegurar, em consonância com a visão orteguiana, a liberdade como valor-condição da existência; é preciso conscientizar a todos quanto ao respeito aos direitos humanos, denunciando-se as violações ocorridas; é preciso reabilitar a isonomia, garantir a repartição dos bens, a promoção de todos, seu acesso às necessidades básicas; é preciso impedir que apenas alguns usufruam desses direitos, enquanto a maioria, a dos dominados, vê-se privada de um mínimo de condições de sobrevivência e de dignidade como seres humanos e cidadãos; é preciso alargar a oferta de empregos, de moradia, de assistência médica, de educação, resgatando a dívida social contraída pelo país; é preciso fortalecer a capacidade de atuação política, razão pela qual entendemos que este debate deveria estender-se aos sindicatos, às associações de profissionais, às entidades representativas de classes etc.⁹

Temas em profusão (que dizem respeito às condições precárias/injustas/desiguais em que vivem milhões de pessoas, de diferentes nacionalidades, raças, idades, religiões, sexos e orientações sexuais etc.; que referem o quanto os direitos humanos são vilipendiados por uma realidade que os nega cotidianamente; que rechaçam com veemência o arbítrio, o autoritarismo, a tortura, o obscurantismo; que tratam de valores universais como liberdade, democracia e justiça, “valores que nos foram entregues por aqueles que vieram antes de nós, que, por sua vez, receberam da geração anterior, e assim sucessivamente”, uma tradição “construída pela cultura”¹⁰) foram e continuam sendo objeto de uma ampla literatura, ficcional ou não, que estimula a reflexão, indigita a prática assídua de violações e cobra, de forma direta ou indireta, mudanças profundas, alertando para o direito que nos corresponde a ter direitos.

Na apresentação da coletânea *Literatura e Direitos Humanos*, seus organizadores pontuam que, enquanto se escutam os gritos por todas as partes, nas ruas, redes sociais e tribunas, de que bandido bom é bandido morto, e de que os defensores de direitos humanos “devem ser eliminados (como de fato são, em todos os cantos deste país), tentamos buscar outras narrativas, que nos permitam acreditar que a barbárie não é nosso único futuro possível. A literatura se torna, assim, um espaço de interlocução e um abrigo. Não toda ela, porque a arte também pode servir aos poderosos, domesticada e conivente. Ingressa, aqui, a literatura que nos ajuda a refletir sobre nosso lugar no mundo e sobre o lugar do outro, sobre como o nosso conforto pode estar atrelado à situação desesperadora de tantas pessoas. Interessa a literatura que nos permite pensar junto sobre como pudemos chegar neste ponto, que nos indague sobre a nossa participação ou a nossa omissão, diante de perseguições, ameaças, golpes, tiros e chutes.”¹¹

Na mesma apresentação se assinala que os textos reunidos tencionam “diversificar o quadro de possibilidades na abordagem que aproxima a literatura à prática dos direitos humanos” e propõem, tendo como eixo a defesa de direitos fundamentais, que se reflita acerca da “ampliação do imaginário estético e político a partir da análise de estratégias narrativas e do próprio campo literário...”¹²

Em igual sentido se ressalta que a literatura e as demais expressões artísticas podem representar uma forma importante “de resistência contra a violação de direitos fundamentais e dos ideais democráticos, na medida em que se caracteriza por denunciar todo e qualquer tipo de abuso do poder.”¹³

Eis algumas obras que facilitam debates em torno de elementos decisivos do constitucionalismo contemporâneo e “envolvem dimensões da incompletude dos direitos fundamentais, diante de práticas que envolvem discriminação racial (Nascimento, Coetzee, Coates), dilemas resultantes do reconhecimento da autonomia de populações indígenas (Carvalho), questões ligadas ao gênero e suas configurações ao tempo da construção da narrativa (Lispector) e os desafios para o reconhecimento de minorias linguísticas e direitos de imigrantes (Magris):

1. Lispector, Clarice (1998), *A hora da estrela* (1977). Rio de Janeiro: Rocco;

2. Magris, Claudio (2008), *Danúbio* (1986). Trad. Elena Grechi e Jussara F.M. Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras;
3. Coetzee, J.M. (2013), *Desonra* (1999). Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras;
4. Carvalho, Bernardo (2004), *Nove noites* (2002), São Paulo: Companhia das Letras;
5. Ratts, Alex (2006), *Eu sou atlântica – sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*, São Paulo: Instituto Kuanza/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo (o livro inclui importantes textos de Beatriz Nascimento em poesia e prosa);
6. Coates, Ta-Nehisi (2015), *Entre o mundo e eu*. Trad. Paulo Geiger. Rio de Janeiro: Objetiva.”¹⁴

3. OS DIREITOS HUMANOS NA LITERATURA COMPARADA

Faço um parêntese para reforçar a afirmação feita quanto à pertinência dos direitos humanos, sob perspectivas multirrelacionais, com o binômio D.L.

Copiosos estudos, maiores ou menores, na literatura comparada, estão à disposição: *Derechos Humanos, Cultura y Literatura. Un Ejemplo en la Narrativa de Denuncia Social Latinoamericana*; *Morir de Pie. Una Aproximación a los Derechos Humanos a Partir de Dos Novelas Latinoamericanas* (Malvina Guaraglia Pozzo¹⁵), *La Literatura como Herramienta para la Enseñanza de Derechos Humanos* (David Castillo Aguirre); *Literatura y Derechos Humanos: “Um Campo Naciente”*; *Derechos Humanos y Literatura: Un Espacio Emergente de Encuentro entre el Derecho y la Literatura en la Tradición Norteamericana*; *Reconsiderando la Empatía en el Movimiento Derecho y Literatura* (María Jimena Sáenz), *Introducción: Derechos Humanos y Literatura* (María Teresa Mederios-Lichem e Rosa Tezanos-Pinto) e *Derechos Humanos y Literatura* (Claudio Maíz),

Outros títulos se sucedem: *Human Rights and Literature: Writing Rights* (Pramod K. Nayar), *Literature and Human Rights: The Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse* (Ian Ward, ed.), *Inventing Human Rights: A History*; *The Novel and the*

Origins of Human Rights: The Intersection of History, Psychology and Literature (Lynn Avery Hunt), *Women, Race & Class; Are Prisons Obsolete?* (Angela Davis), *Human Rights and Literature* (Sanjay Palwekar), *Human Rights in Children's Literature: Imagination and the Narrative of Law* (Jonathan Todres e Sarah Higinbotham), *Fictions of Dignity: Embodying Human Rights in World Literature* (E.S. Anker), *What Isn't a Norm? Reading the Conceptual Boundaries of "Norms" in the Human Rights Literature* (M. Jurkovich), *The Diary of a Young Girl* (Anne Frank), *Strangers at Our Door* (Zigmunt Bauman), *I am Malala: How One Girl Stood up for Education and Changed World* (Malala Yousafzai).

4. OS DIREITOS HUMANOS NA LITERATURA BRASILEIRA

Alguns ensaios na literatura brasileira que tematizam a relação: Direitos Humanos e Literatura (Antonio Cândido), *Literatura e Direitos Humanos* (compilação de Regina Dalcastagnè, Paula Queiroz Dutra e Grazielle Frederico), *Literatura e Exclusão* (Laeticia Jensen Eble e Regina Dalcastagnè), *Literatura e Direitos Humanos: Uma Relação Descrita em Contos Brasileiros Contemporâneos* (Luana Teixeira Porto e Daniel Pulcherio Fensterseifer), *O Papel da Literatura na Promoção e Efetivação dos Direitos Humanos* (Laura Degaspere Monte Mascaro), *A Literatura como Direito Humano* (Carolina Reis Theodoro da Silva e Pedro Pulzatto Peruzzo), *Literatura e Direitos Humanos* (Paulo Thadeu Gomes da Silva), *Direitos Humanos e Literatura: A Formação de Leitor Literário na Casa de Prisão Provisória de Araguaína* (Davi Pereira Gomes), *A Rosa Reinventada: Literatura Brasileira e Direitos Humanos* (Andrea Almeida Campos), *Reflexões sobre Literatura, Direitos Humanos e Ensino a Partir do Texto Literário* (Cilene Margarete Pereira e Luciano Marcos Dias Cavalcanti) e *A Escrita de Direitos Humanos na Literatura Contemporânea: O Caso das Narrativas de Vida* (Denise Borille de Abreu).

5. OS DIREITOS HUMANOS NA LITERATURA MEXICANA

No México se realiza anualmente o Congresso Internacional de Literatura e Direitos Humanos, iniciativa da Universidade Nacional Autônoma do México, Universidade de

Guadalajara, Universidade Autônoma da Cidade do México e Rede Internacional de Investigação em Literatura e Direitos Humanos, com o apoio do Escritório da UNESCO no país.

Segue uma lista de textos de autores mexicanos que trataram deste tema: *Teatro y Derechos Humanos: Representaciones de la Experiencia Migratoria Mexicana en Los ilegales y El Viaje de los Cantores* (Héctor A. Reyes-Zaga), *Literatura Mexicana sobre Derechos Humanos: ¿Quiénes Son y Dónde Publican los Especialistas Mexicanos?* (Tomas Bocanegra), *La Novela Mexicana sobre la Migración Centroamericana* (Felipe Oliver Fuentes Krafczyk), *¿Género y Literatura? Hacia una Perspectiva Otra del Derecho* (Lucía Raphael de la Madrid).

6. OS DIREITOS HUMANOS NA LITERATURA FICCIONAL

Muitas obras ficcionais versam sobre tópicos de direitos humanos. Antonio Cândido (1918-2017) dizia, a esse propósito, que a literatura é um direito humano, inalienável, apto a humanizar/sensibilizar/melhorar a maioria das pessoas, alargando sua visão do mundo, sua gramática ética, rompendo preconceitos, avivando sentimentos de liberdade, fraternidade e igualdade, chegando a afirmar que sem a literatura talvez não existisse o equilíbrio social (aos críticos que referem a existência de textos com efeito ambíguo, mitigado ou simplesmente contrário, resta-nos confirmar: sim, *que los hay, los hay*, mas nos cabe desmitificar a ideia de impecabilidade e entendermos o mero jogo de variáveis contingenciais e subjetivas e, assim, separar o joio do trigo, uma lição apreendida com Mateus, ao lermos as Parábolas do Novo Testamento), devendo sua inclusão nos currículos ser proposta “como um equipamento intelectual e afetivo”¹⁶.

A ideia de que a literatura contribui para melhorar as pessoas engendra controvérsias. Enquanto Martha Nussbaum (escola edificante) entende que a literatura alimenta a empatia e permite construir melhores homens/cidadãos (há que ler *Poetic Justice*), por outro lado Rodrigo Díez Gargari assinala: “La objeción que podemos hacerle es la misma que le hace Posner: si la Literatura pudiera mejorarnos moralmente no hubiera tenido ningún reparo en escoger a otros escritores sin preocuparse por sus inclinaciones liberales. No existe en el libro de Nussbaum

un solo argumento para convencernos de que es preferible leer a Dickens o a Wright que a Céline o a Pound, sólo por destacar a dos escritores *malvados*. Lo sorprendente no es la afición de Martha Nussbaum por leer Literatura desde un enfoque ético sino sus pretensiones de sostener esta lectura con bases académicas, especialmente por su falta de argumentación: en ningún momento la autora muestra cómo la Literatura puede convertir a una persona en más empática ni la relación causa efecto entre una persona empática y una buena persona.” Más adelante: “La lectura propuesta por Nussbaum para convertirnos en mejores personas consiste en identificarnos con los personajes, en hacernos conscientes de la otredad, colocarnos en el lugar del otro. En este punto reaparece el mismo defecto que atraviesa todo el libro: la argumentación manipuladora. En ningún momento la autora se preocupa por decirnos la razón por la cual su manera de leer un texto es mejor que otras o cómo resulta compatible con otra. Ni siquiera entabla un diálogo con las distintas posiciones al respecto. Tal como lo plantea Nussbaum, invita a la sospecha: ésta es sólo una de las posibles lecturas admitidas por un texto literario y, por cierto, no la más rica. Ciertamente no existe una manera *correcta* de leer, pero sí podemos hablar de buenas y malas lecturas. Las buenas permiten descubrir la riqueza de un texto literario, empresa en la que la lectura nussbaumiana no presta un asidero sólido.”¹⁷

Nesse texto, *O Direito à Literatura*, agrega Antonio Cândido “um dos pensadores latino-americanos mais singulares do século XX”¹⁸, que os valores preconizados pela sociedade, ou que esta “considera prejudiciais, estão presentes nas diversas manifestações da ficção, da poesia e da ação dramática. A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas. Por isso é indispensável tanto a literatura sancionada quanto a literatura proscrita; a que os poderes sugerem e a que nasce dos movimentos de negação do estado de coisas predominantes.”¹⁹

Por sua fabulosa visão da literatura, sobretudo daquela engajada no social, na proteção dos direitos humanos e no enfrentamento dos desafios impostos pelas desigualdades e pela pobreza (absoluta e relativa), reservo um espaço maior para esse admirável pensador:

... vejamos o caso do romance humanitário e social do começo do século XIX, por vários aspectos uma resposta da literatura ao impacto da industrialização que, como se sabe, promoveu a concentração urbana em escala nunca vista, criando novas e mais terríveis formas de miséria, inclusive a da miséria posta diretamente ao lado do bem-estar, com o pobre vendo a cada instante os produtos que não poderia obter. Pela primeira vez a miséria se tornou um espetáculo inevitável e todos tiveram de presenciar a sua terrível realidade nas imensas concentrações urbanas, para onde eram conduzidas ou enxotadas as massas de camponeses destinados ao trabalho industrial, inclusive como exército faminto de reserva. Saindo das regiões afastadas e dos interstícios da sociedade, a miséria se instalou nos palcos da civilização e foi se tornando cada vez mais odiosa, à medida que se percebia que ela era o quinhão injustamente imposto aos verdadeiros produtores da riqueza, os operários, aos quais foi preciso um século de lutas para verem reconhecidos os direitos mais elementares. Não é preciso recapitular o que todos sabem, mas apenas lembrar que naquele tempo a condição de vida sofreu uma deterioração terrível, que logo alarmou as consciências mais sensíveis e os observadores lúcidos, gerando não apenas livros como o de Engels sobre a condição da classe trabalhadora na Inglaterra, mas uma série de romances que descrevem a nova situação do pobre.

Assim o pobre entra de fato e de vez na literatura como tema importante, tratado com dignidade, não mais como delinquente, personagem cômico ou pitoresco. Enquanto de um lado o operário começava a se organizar para a grande luta secular na defesa dos seus direitos ao mínimo necessário, de outro lado os escritores começavam a perceber a realidade desses direitos, iniciando pela narrativa da sua vida, suas quedas, seus triunfos, sua realidade desconhecida pelas classes bem aquinhoadas...

Ali pelos anos de 1820-1830 nós vemos o aparecimento de um romance social, por vezes de corte humanitário e mesmo certos toques messiânicos, focalizando o pobre como tema literário importante. Foi o caso de Eugène Sue, escritor de segunda ordem, mas extremamente significativo de um momento histórico. Nos seus livros ele penetrou no universo da miséria,

mostrou a convivência do crime e da virtude, misturando os delinquentes e os trabalhadores honestos, descrevendo a persistência da pureza no meio do vício, numa visão complexa e mesmo convulsa da sociedade industrial no seu início.

Talvez o livro mais característico do humanismo romântico seja *Os Miseráveis*, de Víctor Hugo. Um de seus temas básicos é a ideia de que a pobreza, a ignorância e a opressão geram o crime, ao qual o homem é por assim dizer coordenado pelas condições sociais. De maneira poderosa, apesar de declamatória e prolixa, ele retrata as condições da sociedade do tempo e focaliza uma série de problemas graves...²⁰

Antonio Cândido refere que a preocupação com os direitos humanos pode proporcionar à literatura uma força cuja dimensão não se suspeitava. E, de modo recíproco, “a literatura pode incutir em cada um de nós o sentimento de urgência de tais problemas,” razão pela qual crê “que a entrada do pobre no temário do romance, no tempo do Romantismo, e o fato de ser tratado nele com a devida dignidade, é um momento relevante no capítulo dos direitos humanos através da literatura.”²¹ O autor focaliza a relação da literatura com os direitos humanos de dois ângulos diferentes, verificando, em primeiro lugar, “que a literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob pena de mutilar a personalidade, porque, pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo, ela nos organiza, nos liberta do caos e portanto nos humaniza. Negar a fruição da literatura é mutilar nossa humanidade. Em segundo lugar, a literatura pode ser um instrumento consciente de desmascaramento, pelo fato de focalizar as situações de restrição dos direitos, ou de negação deles, como a miséria, a servidão, a mutilação espiritual. Tanto num nível quanto no outro ela tem muito a ver com a luta pelos direitos humanos.”²² E conclui, depois de afirmar que dita luta compreende a pugna por um estado de coisas que permita a todos ter acesso aos diferentes níveis da cultura: “Uma sociedade justa pressupõe o respeito dos direitos humanos e a fruição da arte e da literatura em todas as modalidades em todos os níveis é um direito inalienável.”²³

São muitíssimos os livros, de forte matiz literário, da lavra de autores de diferentes nacionalidades, que constituem uma fonte de estudos sobre DHL. Entre eles: *Capitães de*

Areia (Jorge Amado; a primeira grande incursão na delinquência juvenil em nosso país, cuja edição inaugural foi apreendida por autoridades do Estado Novo, tendo mais de 800 de seus exemplares sido queimados em praça pública na cidade de Salvador, Bahia, sob o pretexto de ser “simpatizante do credo comunista”), *Um Outro País para Azzi* (Sarah Garland), *Eloísa e os Bichos* (Jairo Buitrago), *El Olvido Que Seremos* (Héctor Abad Faciolince), *La Cueva del Sol* (Elías Khoury), *Ciudad de Barro* (Deborah Ellis), *El Autobús de Rosa* (Fabrizio Silei), *The Trial* (Franz Kafka), *Memórias de um Caçador* (Ivan Sergeiévitch Turguêniev, que teria influenciado na decisão do Czar Alexandre II de libertar os servos em toda a Rússia), *Americanah* (Chimamanda Ngozi Adichie), *The Moonlit Cage* (Linda Holeman), *La Noche* (Elie Wiesel) e *Amatissima* (Toni Morrison).

7. OUTRAS PUBLICAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

Citadas em listas anteriores, uma vez que abordam e, ao mesmo tempo, buscam robustecer e difundir uma cultura de salvaguarda dos direitos humanos e, com o mesmo realce, expor suas reiteradas e deploráveis violações, dezenas de publicações tratam de temas específicos (como [des]igualdade; [não] discriminação; racismo; tortura e maus tratos; homofobia; violência infantil, doméstica, no campo, policial, contra a mulher, o idoso, os deficientes físicos, os presidiários; exclusão social; proteção do meio ambiente; atenção aos vulneráveis; detenções arbitrárias; escravidão sexual; prostituição forçada; respeito à dignidade humana; entre tantos outros tópicos afins, de igual relevo, que compreendem uma profusão de problemas, de diversos matizes) e poderiam ser deslocadas para comporem esta relação sobre DHL.

María Jimena Sáenz nos diz que no início da comemoração dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴, em 2007, foram publicadas no mundo incontáveis “exploraciones de las relaciones entre las normas y conglomerados discursivos de los derechos humanos y las humanidades, definidas éstas centralmente en torno a la literatura... Esos trabajos han sido vistos como el producto de una mayor atención hacia el cruce entre el derecho y las humanidades que se inició en el Norte global ante el panorama crítico de los derechos humanos luego de los sucesos del 9/11

de 2001. La fragilidad de los derechos humanos en el contexto precario del neoliberalismo, el auge de los discursos de la seguridad nacional y sus culturas del miedo explican en parte –la urgencia por encontrar en las humanidades, especialmente en la literatura, el antídoto a la crueldad, las atrocidades y las violaciones de los derechos humanos.”²⁵

Acrescenta a autora que entre essas *novas explorações nas relações entre os direitos e a literatura*, dois projetos, um do crítico literário Joseph Slaughter (*Human Rights, Inc.: The World Novel, Narrative Form and International Law*) e o outro da historiadora cultural Lynn Hunt (*La invención de los derechos humanos*) “han recibido una atención especial y contribuyeron a delinear los parámetros de lo que Slaughter denomina –el campo naciente de estudios interdisciplinarios de los derechos humanos y las humanidades. Aunque desde perspectivas y trayectorias diferentes, y en un tono diferencial que responde en parte a los lugares editoriales y el consiguiente público al que se dirigen, vale la pena leerlos juntos con algún detalle en función de las nuevas preguntas y miradas que abren en un campo tradicionalmente asociado a los juristas y filósofos del derecho.” Os dois projetos propõem

então que as perguntas sejam *desplazadas* “por una normatividad estable y los fundamentos de los derechos humanos que usualmente guían la investigación jurídica hacia otras direcciones. Comparten una sensibilidad histórica. Un conjunto de preguntas por la historicidad de los derechos humanos que escapan la búsqueda de fundamentos metafísicos... que es el centro del trabajo de Lynn Hunt, pero también es uno de los núcleos argumentativos de Slaughter; y la intención de complejizar la conceptualización de los derechos humanos situando el conjunto de normas, prácticas e instituciones en el terreno de disputa cultural y a sus textos canónicos e instituciones mismas como un discurso, un modo de pensar y de hablar, una forma de práctica, que puede ser leído como cultura en la medida en que este discurso implica ciertas construcciones dominantes de la personalidad y la sociabilidad, y modos específicos de agencia.”²⁶

A se considerar a capilaridade e a transversalidade dos direitos humanos, este inventário se alargaria de modo indefinido e incluiria muitas das obras anteriormente referidas.

NOTAS

1. SÁENZ, María Jimena, "Literatura y Derechos Humanos: 'Un Campo Naciente'", *Derecho y Ciencias Sociales* nº 10, abril de 2014, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, pp. 24-55.
2. SÁENZ, María Jimena. "Derechos Humanos y Literatura: Un Espacio Emergente de Encuentro entre el Derecho y la Literatura en la Tradición Norteamericana". *Anamorphosis, Revista Internacional de Direito e Literatura*, vol. 3, nº 1, janeiro-junho, 2017, pp. 11-12. Para a autora um marco neste campo foi a conferência *Human Rights and The Humanities*, que ocorreu em outubro/2005, no *Graduate Center of the City University of New York*, publicada ulteriormente num número especial da revista da *Modern Language Association of America*.
3. Idem, pp. 21-22. Para a autora um marco neste campo foi a conferência *Human Rights and The Humanities*, que ocorreu em outubro/2005, no *Graduate Center of the City University of New York*, publicada ulteriormente num número especial da revista da *Modern Language Association of America*.
4. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 116.
5. O Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade é o Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, que realiza há 22 anos, em parceria com diferentes centros universitários, sem solução de continuidade, o Fórum Permanente dos Direitos Humanos, na sede da Justiça Federal do Ceará; em 2016, uma das exposições constantes no programa foi *O Direito e a Literatura: A Construção de uma Cultura de Direitos Humanos*. Em tempos de COVID-19, surgiu em 2020 um evento paralelo, que pretende estender-se no curso dos próximos anos: o Fórum Virtual dos Direitos Humanos, onde a interconexão D.L. será reforçada.
6. In BARROS LEAL, César. *Justiça Restaurativa: Amanhecer de Uma Era: Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 268 (Tese apresentada em minha estância pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina).
7. LORENTE, Víctor-José Herrero. *Diccionario de Expresiones y Frases Latinas*. Madrid: Gredos, 2010, p. 342.
8. No original inglês: No man is an island entire of itself; every man / is a piece of the continent, a part of the main; / if a clod be washed away by the sea, Europe / is the less, as well as if a promontory were, as / well as any manner of thy friends or of thine / own were; any man's death diminishes me, / because I am involved in mankind. / And therefore, never send to know for whom / the bell tolls; it tolls for thee.
9. BARROS LEAL, César. Direitos Humanos e a Constituição. In *ASPECTOS*, nº 24. Fortaleza: Secretaria de Cultura e Desporto do Ceará, 1986, p. 60.
10. NEVES, José Roberto de Castro (org.). *O Que os Grandes Livros Ensinam sobre Justiça*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 13 (Introdução).
11. DALCASTAGNÈ, Regina, DUTRA, Paula Queiroz e FREDERICO, Grazielle (orgs.). *Literatura e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Zouk, 2018, p. 9.
12. Idem, p. 9.
13. TRINDADE, André Karam e GUBERT, Roberta Magalhães. "Direito e Literatura: Aproximações e Perspectivas para se Repensar o Direito", in TRINDADE, André Karam, GUBERT, Roberta Magalhães e COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito e Literatura: Reflexões Teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.
14. PAIXÃO, Cristiano. "O Lugar da Literatura na Educação Jurídica: Três Urgências Contemporâneas". Giappichelli, *Rivista di Diritto, Arte, Storia*, junho de 2021.
15. Ver: "Abordar los derechos humanos como una modalidad del reclamo de justicia, cuyo centro es el individuo o grupo vulnerado por situaciones de desventaja social, nos permitió entender hasta qué punto distintas modalidades de la literatura latinoamericana se identificaron con ese impulso de hacer visibles y defender a sujetos en condiciones de desigualdad e inequidad. La idea, además, de que la doble interpelación que los derechos humanos plantean no puede más que dirimirse en el espacio público, donde las diferentes identidades y reclamos se miden en su capacidad de hacerse escuchar y respetar, de conquistar y hacer cumplir sus demandas de derechos, hizo posible comprender las numerosas ocasiones en que el discurso literario trabajó para traer

- al espacio colectivo relatos con las palabras, las experiencias y las necesidades de grupos silenciados e invisibilizados, articulando una dura denuncia a las configuraciones del poder político y exigiendo su transformación en favor de los más vulnerables. La implicación de la literatura con la ética de los derechos humanos es notoria, analizada desde esta perspectiva, en especial porque la orientación social y política de la misma es quizás uno de sus rasgos más persistentes y característicos. En América Latina, el discurso literario se constituyó muy frecuentemente en un espacio de reflexión sobre el poder, la sociedad y las posibilidades y formas de la justicia. Este “mesianismo irrenunciable” -que Mabel Moraña atribuye al intelectual latinoamericano, pero que es también un elemento distintivo de la literatura- está íntimamente asociado al descontento generado por una persistente condición periférica, un pasado colonial marcado por la fractura epistemológica de la conquista y sus nefastas consecuencias, y un extendido malestar ante las fortísimas y resistentes tensiones raciales, culturales y sociales. En ese contexto, una parte nada desdeñable de la literatura latinoamericana utilizó mecanismos de empoderamiento similares a los del discurso de los derechos humanos, al insistir en la dignificación de la vida humana y al postular modelos posibles de convivencia y de poder más justos e integradores.” (POZZO, Malvina Guaraglia. *Morir de Pie. Una Aproximación a los Derechos Humanos a Partir de Dos Novelas Latinoamericanas*. Universidad de la República, Uruguay, *Revista Valenciana*, vol. 11, nº 22, jul./dez., 2018)
16. CÁNDIDO, Antonio. *Vários Escritos. O Direito à Literatura*. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011, p. 177.
 17. GARGARI, Rodrigo Díez, “Dejemos en Paz a la Literatura”, *Isonomía* nº 29, outubro de 2008, pp. 153, 156-157. O mesmo artigo cita Harold Bloom: “En definitiva, leemos –algo en lo que concuerdan Bacon, Johnson y Emerson– para fortalecer nuestra personalidad y averiguar cuáles son sus auténticos intereses. Este proceso de maduración y aprendizaje nos hace sentir placer, y ello es la causa de que los moralistas sociales, de Platón a nuestros actuales puritanos de campus, siempre hayan reprobado los valores estéticos. Sin duda, los placeres de la lectura son más egoístas que sociales. Uno no puede mejorar de manera directa la vida de nadie leyendo mejor o más profundamente. No puedo menos que sentirme escéptico ante la tradicional esperanza que da por sentado que el crecimiento de la imaginación individual ha de conllevar inevitablemente una mayor preocupación por los demás, y pongo en cuarentena toda argumentación que relacione los placeres de la lectura personal con el bien común.” (Idem, p. 163)
 18. BALSECA, Fernando. *El Derecho a la Literatura*. El Universo, El Mayor Diario Nacional, Ecuador, 23 de junho de 2017. Sobre o pensador brasileiro disse: “Cândido afirmou que la literatura es un derecho humano, pues la base para sostener la creencia en los derechos humanos es reconocer que aquello que consideramos indispensable para unos lo es también para los demás. Y si nosotros, decía, disfrutamos de la literatura y de las otras artes, ¿cómo conciliar esa necesidad espiritual con aquellos a los que primariamente les falta el pan? Para sobrevivir el día a día, los humanos acuden a la imaginación, hecho que ayuda a comprender que ella corresponde a necesidades profundas del ser humano que no pueden dejar de satisfacerse sin el riesgo de sufrir algún tipo de frustración.”
 19. Idem, pp. 177-178.
 20. Idem, pp. 184-186.
 21. Idem, p. 186.
 22. Idem, p. 188.
 23. Idem, p. 193.
 24. De grande significado é a inclusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Em verdade, inspirada nas constituições pioneiras do México de 1917 e de Weimar de 1919, a DUDH ampliou as anteriores proclamações, anotando, além dos direitos tradicionais – civis e políticos –, os direitos econômicos, sociais e culturais. Em sua mensagem emblemática, a Declaração assevera que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança, que ninguém deve ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e que todo homem tem direito a ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa ante a lei e merecer seu amparo. É certo que, a partir da Declaração Universal, se deu início efetivamente à edificação de um novo ramo do direito (um ramo hoje reconhecidamente autônomo de ciência jurídica): o Direito internacional dos direitos humanos (*International human rights law*), iniciado timidamente depois da 1ª Guerra Mundial, porém consolidado com o fim da 2ª Guerra Mundial e tudo o que ela representou de cruel, de terrível para a humanidade, num processo de universalização dos direitos humanos que se

materializou enormemente com a elaboração de tratados, convênios, pactos etc., de alcance global e regional; é a chamada fase legislativa desse direito de proteção que é o direito internacional dos direitos humanos, cristalizado nos documentos que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU, mencionada reiteradamente pelo autor.

25. SÁENZ, María Jimena. "Literatura y Derechos Humanos: 'Un Campo Naciente'". *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 10, abril de 2014. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, pp. 24-55.

26. Idem, p. 31.

COMBATE AO RACISMO E CONDENAÇÕES DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA: O GAP ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL E DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL

.....

Danielle Anne Pamplona

Professora da graduação e da pós-graduação na PUC-PR; Pós-doutora pela American University (Washington-DC);
Pesquisadora visitante do Max Planck Institute for Public Comparative Law and International Law;
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo; Vice-diretora da Academia Latino Americana de Direitos Humanos
e Empresas e coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR.

Inês Virgínia Prado Soares

Desembargadora no Tribunal Regional Federal da 3ª Região; Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo; Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência
da Universidade de São Paulo - NEV-USP (2009-2010).

Melina Girardi Fachin

Pós-doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutora e Mestra em Direito
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Visiting Researcher na Harvard Law School;
Professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná; Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos
da Universidade Federal do Paraná (NESIDH-UFPR).

RESUMO

O texto aborda a distância entre o dever do Estado brasileiro de proteger as pessoas negras e a responsabilização das empresas em relação às condutas racistas praticadas. Sob esse enfoque, são analisadas duas recentes condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nos casos: Fazenda Brasil Verde (2016); e Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares (2020).

Palavras-chave

Responsabilidade Social das Empresas (RSE); racismo; trabalhadores negros; Corte Interamericana de Direitos Humanos; escravidão contemporânea.

ABSTRACT

The text analyzes the gap between the Brazilian State's duty to protect black people and the accountability of companies in relation to the racist practices. In this light, two recent

convictions of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) are analyzed in the cases: Fazenda Brasil Verde (2016); and Employees of the Fire Factory of Santo Antônio de Jesus and their Relatives (2020).

Keywords

Corporate Social Responsibility (CSR); racism; black Workers; Inter-American Court of Human Rights; contemporary slavery.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de legalmente abolida há quase 130 anos no país, e em plena dissonância com o projeto constitucional pátrio, o racismo estrutural ainda é realidade presente nas relações públicas e privadas, por meio de formas contemporâneas (mais ou menos) explícitas de discriminação, inclusive nas relações de trabalho, com situações análogas à escravidão.

A desigualdade racial, como outros obstáculos para a concretização de direitos sociais, é geralmente enfrentada por políticas estatais. Mas, ao lado do Estado, as empresas

podem desempenhar relevante papel ao demonstrar respeito pelos direitos humanos.

As condutas empresariais dependem de incentivos que podem vir do ganho com imagem ou de leis que exijam ou respaldem mudanças na estrutura e nas políticas de gestão. O texto procura demonstrar que há fundamento para que o Estado promova condutas empresariais que assegurem igualdade racial, e que o Estado brasileiro tem falhado em cumprir com suas obrigações.

O objetivo do artigo é abordar a distância, no cenário brasileiro, entre o dever do Estado e a responsabilização das empresas em relação às condutas racistas. Sob esse enfoque, analisaremos duas recentes condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nos casos: Fazenda Brasil Verde (2016); e Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares (2020).

2. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E SUA VINCULAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

A existência de responsabilidade social de empresas e as razões pelas quais as empresas deveriam se preocupar com esse tema são debatidas desde, pelo menos, a década de 50 do século passado. Trata-se de discutir a possibilidade e, por que não, a necessidade de que empresas se desviem de seu foco principal - obtenção do lucro - e busquem concretizar outros benefícios para a comunidade onde se inserem. O debate não é simples e tem consequências importantes, passando pela substituição do Estado na definição de temas que merecem atenção e chegando na obrigação dos gestores das empresas perante acionistas, funcionários e membros da comunidade. Logo se percebeu que essa discussão poderia concluir pela adoção de condutas empresariais que trariam benefícios para as empresas a partir do modo com que a sociedade passaria a enxergar sua atividade. Assim, foi fácil para que alguns setores se convencessem da relevância de adotar condutas que permitissem que lhes fosse atribuída uma imagem positiva.

Essas condutas, no entanto, não deveriam prejudicar a visibilidade dos impactos negativos que as atividades econômicas podem ter sobre direitos humanos. Defato, não é a mesma situação observar as condutas positivas de empresas para promoção de direitos e observar o quanto suas atividades podem afetar negativamente outros

direitos. As diferentes preocupações com os impactos negativos das atividades empresariais são reunidas sob o signo de 'Empresas e Direitos Humanos'. Desde a década de 1970, esse tema vem ganhando espaço na Organização das Nações Unidas (ONU) com a criação de um centro para debater as possibilidades de criação de regulamentação da conduta de empresas. Em 2005, como resultado do amadurecimento do tema, John Ruggie é nomeado Representante Especial do Secretário-Geral para o tema de Empresas e Direitos Humanos [sigla original, RESG] e, em 2008, apresenta o relatório intitulado "Proteger, Respeitar e Remediar: Um Marco sobre Empresas e Direitos Humanos".¹

Em 2011, John Ruggie apresentou ao Conselho de Direitos Humanos o desenvolvimento deste marco, sob a denominação de Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Trata-se de 31 princípios que estabelecem a obrigação dos Estados de proteção dos direitos humanos; a responsabilidade das corporações de respeito aos direitos humanos; e os mecanismos para dar respostas adequadas aos impactos negativos que possam ser causados pelas atividades econômicas sobre os direitos humanos. Não há o estabelecimento de qualquer nova obrigação para as empresas, eis que os Princípios sequer poderiam fazer isso. Como o próprio John Ruggie descreve, eles são o fim do começo², ou seja, refletem uma visualização estanque do que era possível encontrar em termos de obrigações de Estado e responsabilidade de empresas, naquele momento.

Em junho de 2014, o mesmo Conselho da ONU aprovou a Resolução 26/9 (A/HRC/Res/26/9) para criar um grupo aberto intergovernamental com o objetivo de elaborar um instrumento vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas. Os Princípios Orientadores são o marco da ONU para o tema, e estabelecem que o Estado deverá enunciar claramente o que pretende das empresas. E aqui se percebe que nosso Estado poderia claramente indicar como espera que as empresas respeitem os direitos humanos. Afinal, são vários os direitos que podem ser impactados positiva ou negativamente pela atuação empresarial.

Por conta dos Princípios Orientadores, o Brasil, além de ter um papel de promotor de respeito aos direitos humanos (o qual não tem desempenhado com muito êxito), deve

assegurar que haja coerência política entre os seus diferentes órgãos e instituições. Aqui falha novamente o Estado brasileiro. O marco da ONU é claro ao estabelecer que o Estado deve assegurar que todos os órgãos governamentais estejam conscientes do que significam as obrigações em relação aos direitos humanos, dando-lhes coerência política horizontal para que possam atuar de forma compatível com as obrigações internacionais assumidas em relação à proteção de direitos humanos.

A ausência de uma normativa vinculante faz com que, atualmente, as maiores e mais importantes iniciativas para esse tema estejam assentadas em condutas gestadas pelas próprias empresas. No Brasil, muitas dessas ações baseadas na autorregulação estão influenciadas pelo Pacto Global da ONU e pela consolidação de sua rede nacional.

O Pacto Global, lançado em 2000 pela ONU e considerado a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, “é uma chamada para as empresas alinharem suas estratégias e operações a 10 princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade”³. As empresas que aderem ao Pacto Global também se comprometem com a Agenda 2030 da ONU e com os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Estes ODS compõem um plano de ação para concretização dos direitos humanos, que está consolidado na Agenda 2030.

O Pacto Global da ONU e todos os debates travados pela comunidade internacional, que são incentivados pela ONU e canalizados pelo Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos (GTEDH), somam-se a outras importantes iniciativas das empresas, que sempre buscaram a “autorregulação” ou uma adesão voluntária a condutas alinhadas com o respeito aos direitos humanos, em oposição à regulação estatal. Ainda no campo dos marcos regulatórios estabelecidos pela comunidade internacional e que pautam a responsabilidade social das empresas (RSE) e previnem a violação a direitos, há *os Princípios do Equador*, mais voltados à área ambiental, ou as Diretrizes para Multinacionais e os Guias de Devida Diligência, ambos da OCDE. Todos eles são voluntários.

A distância que ainda encontramos entre a adoção de autorregulamentação e a concretização

de direitos faz com que engrosse o movimento pela adoção de normas vinculantes. De fato, a autorregulamentação não tem demonstrado bons resultados quando se observam os impactos negativos das atividades econômicas em direitos humanos e no meio ambiente, apesar de possibilitar a demonstração de inúmeras iniciativas benéficas aos direitos humanos e ao meio ambiente, ainda que divorciadas dos impactos ocorridos por força da atividade principal das empresas. Essa tendência pode se dar no ambiente doméstico e no internacional.

No âmbito do direito internacional, a adoção de um tratado sobre o tema pode levar Estados a adotar as medidas domésticas necessárias para que os direitos sejam respeitados, mas ainda não há previsão para que ele seja vigente em futuro próximo, apesar do avanço nas discussões dentro do grupo intergovernamental. Assim, o que realmente está mais próximo de dar uma resposta adequada às vítimas de violações é o ordenamento doméstico. É preciso lançar mão dos instrumentos jurídicos disponíveis no plano interno de cada Estado para prevenir, remediar ou punir concretamente as ações que violam direitos humanos praticadas por quaisquer empresas, nacionais ou não, atuando em seu território ou não.

De qualquer modo, o que se retira dos Princípios Orientadores e das Diretrizes para Multinacionais da OCDE - ambas de caráter voluntário - é que cabe aos Estados estabelecer as condutas esperadas das empresas, assumindo o relevante papel das empresas e os impactos positivos que podem ter nos direitos; determinando as medidas que devem ser tomadas para prevenção de violações a direitos humanos; e estabelecendo as medidas de reparação que devem ser adotadas quando a violação ocorrer.

3. ESTADO, EMPRESAS E RACISMO

Dentre as inúmeras possibilidades de que as corporações invistam para dar sua contribuição para a concretização de direitos humanos, está a de inserção empresarial para a redução de desigualdades raciais. Uma das importantes bases para eleição dessa frente está no reconhecimento da existência de discriminação estrutural no Brasil.

O histórico de subjugação, marginalização, segregação e exclusão sofridos pela população negra tem repercussões contínuas e duradouras no pleno gozo dos seus direitos humanos, razão

pela qual, conforme leciona Adilson Moreira, a apreciação de casos de discriminação racial não pode ser feita a partir da consideração de uma única perspectiva, sendo sistêmica, institucional e estrutural.⁴ Nas palavras de Silvio Almeida:

As instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social. Desse modo, se é possível falar de um racismo institucional, significa que a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar. Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente - com todos os conflitos que lhe são inerentes -, o racismo que essa instituição venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura.⁵

A discriminação estrutural é um conceito adotado pelo sistema interamericano de direitos humanos e utilizado pela Corte Interamericana para condenação dos Estados, inclusive do Brasil. Aliás, a primeira vez em que a Corte IDH expressamente determinou a responsabilidade internacional contra um Estado por perpetuar uma situação estrutural histórica de exclusão, foi exatamente na condenação do Brasil no caso *Trabalhadores Fazenda Brasil Verde*, de 2016.⁶

Em diálogo com o sistema ONU⁷, a discriminação estrutural é aquela inerente à ordem social, a suas estruturas e a seus mecanismos jurídicos, institucionalizada em todos os âmbitos das sociedades, resultando em práticas discriminatórias.⁸ Uma das vertentes importantes dessa discriminação é o racismo estrutural. Em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o racismo é definido como uma forma particular de discriminação, que no Brasil tem origem histórica vinculada à escravidão.

O racismo estrutural permeia as discussões sobre efetividade dos direitos sociais no Brasil. A Constituição inspirou a criação de instituições e o desenho de políticas públicas para o combate ao racismo, ao destacar a dignidade e a cidadania como fundamentos do Estado Democrático brasileiro e ao trazer diversos artigos que valorizam a igualdade racial, criminalizam atitudes racistas e garantem o direito de manutenção da identidade cultural, conferindo, inclusive, direitos territoriais às comunidades quilombolas.

Além disso, nos dispositivos constitucionais, é previsto que cabe ao Estado brasileiro a

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁹ A declaração desses objetivos é o reconhecimento da necessidade de desenvolvimento econômico e social e da existência de desigualdades. Assim, o texto constitucional permite e fomenta atuação do Estado e também das empresas na questão racial na busca de uma igualdade material qualificada pela dignidade da pessoa humana. Mesmo com a garantia de igualdade, o racismo persiste, porque foi operacionalizado no impedimento da fruição da dignidade pelas pessoas negras.¹⁰

Entre as décadas de 1990 e 2000 o poder executivo federal se envolveu no combate ao racismo, com a estruturação de unidades e órgãos públicos para implementação de políticas públicas desenhadas para fortalecimento dos direitos das pessoas negras. Uma das iniciativas mais importantes foi a criação, em 2003, da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), no âmbito do governo federal, sempre ligada à pasta de direitos humanos ou equivalente.

Apesar da importância do reconhecimento, no âmbito federal, da necessidade de uma atuação estatal permanente na implementação de medidas e ações que permitam alcançar a igualdade racial, as pesquisas dos órgãos oficiais não deixam dúvidas que a desigualdade no Brasil é marcada pelo elemento racial e que as medidas adotadas pelo Poder Público, com leis, políticas públicas e departamentos estatais voltados ao combate do racismo, ainda não foram suficientes para reverter o cenário.¹¹

É possível afirmar que diferentes conjunturas permitiram que o exercício de atividades econômicas afetasse os direitos das pessoas negras. Atuando de mãos dadas com diferentes governos, ou de maneira autônoma, as empresas adotaram (e ainda adotam) posturas e ações que, na prática, permitiram a naturalização ou o incentivo ou a facilitação de violações com base em discriminação racial. Assim, a dominação racial se manifesta, por meio do controle dos espaços de poder - públicos e privados - sobretudo das instituições econômicas, construídas para beneficiar faixas da população (elites brancas) que controlam a sociedade como um todo. Nas

palavras de Moreira: “Sistemas de dominação social são construídos a partir de um consenso entre os membros dos grupos dominantes sobre os meios a partir dos quais eles podem reproduzir seus interesses por meio do controle sobre esferas centrais da vida social, como a política e a economia.”¹²

No Brasil, a liberdade econômica e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da função social da propriedade resguardam as empresas da submissão compulsória a medidas e ações não previstas em leis. A adoção de uma política empresarial afirmativa para pessoas negras, com iniciativas além do que já é estabelecido legalmente, é uma liberdade e uma opção de gestão da corporação e está na seara do que se convencionou chamar de Responsabilidade Social das Empresas (RSE).

Nota-se que falamos de medidas para promoção de direitos, especialmente os direitos sociais, econômicos e culturais escamoteados (e, muitas vezes, perversamente atacados) pela discriminação estrutural, como são os direitos das pessoas negras, afetadas pela discriminação decorrente do racismo.

Logicamente, a prevenção e a proteção conduzem à promoção e consolidação de direitos, inclusive para as pessoas negras. Mas numa situação de racismo estrutural, como a existente no cenário brasileiro, a promoção dos direitos sociais e econômicos deve ser o passo inaugural, o mote da gestão empresarial; e não, apenas, a consequência do respeito às normas e do cumprimento do dever de não violar os direitos, embora essa atitude seja essencial para um patamar mínimo de justiça social.

O que se deseja ressaltar é que há espaço para a autorregulação e mesmo para um reposicionamento da corporação diante de reação do público, no tema do racismo estrutural. No Brasil, há exemplos de mudanças voluntárias, sem qualquer necessidade de litígio judicial ou extrajudicial, vindos das empresas de televisão e da indústria da moda, após experiências negativas, com prejuízos e desgastes da imagem em decorrência de práticas vistas como racistas.

Mesmo sem episódios que chamem atenção para uma possível atuação racista, as empresas podem adotar medidas individualizadas ou agrupar-se em torno de iniciativas comuns, para promoção dos direitos das pessoas negras.

Não deveria ser necessário nenhum comando legal a mais para que as empresas, sozinhas, tomassem o cuidado de se certificar sobre os riscos de sua atividade e tomar as medidas necessárias para que os direitos sociais sejam efetivos. Mas como isso ainda não acontece, somos levados à outra ponta da discussão, que é a responsabilização e a punição de empresas que violam os direitos das pessoas negras, com práticas racistas ou com atitudes que não previnem a ocorrência de tais práticas.

A questão é que o Brasil não cumpre adequadamente sua obrigação internacional de proteção de direitos humanos, e dos direitos das pessoas negras em particular, ao não estabelecer em leis e políticas claras e coerentes os deveres das empresas de respeitar esses direitos, de prevenir a sua violação e de reparar em caso de violação.

3.1 A ausência de prevenção e as possibilidades de reparação

Além dos princípios da RSE, indicados pela comunidade internacional, há também uma percepção, decorrente da experiência acumulada nas últimas décadas, que é preciso lançar mão dos instrumentos jurídicos disponíveis no plano interno de cada Estado para remediar ou punir concretamente as ações de violações aos direitos humanos praticadas pelas suas empresas transnacionais, que atuam em outro país.

Muitas vítimas de violações de direitos humanos e organizações não governamentais de defesa têm recorrido a Tribunais utilizando as normas de responsabilidade civil por dano para fundamentar ações judiciais contra empresas. Alguns Tribunais têm recebido essas demandas e as respostas ainda não são consistentes o suficiente para indicar padrões e situações de êxito.

E nesse ponto, fica clara a vinculação da responsabilidade à finalidade de proteção das expectativas dos grupos injustiçados historicamente e à postura das empresas que contribuem atualmente para o desenvolvimento econômico local. No caso das pessoas negras, a responsabilidade civil da empresa está ligada ao “dever” de prevenir situações de desigualdade em razão da raça e o dano injusto encontra aporte no reconhecimento do racismo estrutural.

No cenário brasileiro, não é difícil imaginar que programas de *compliance* e políticas de gestão

empresarial, que contenham iniciativas para maior contratação e promoção de pessoas negras, sejam criados como forma da empresa perseguir uma maior diversidade em seus quadros e para veicular uma imagem positiva, que lhe diferencia das concorrentes, gerando mais lucros.

Ainda é necessário dar um passo adiante em direção a concepção integral dos direitos humanos, alçando, não apenas pela porta jurisdicional, a realização desses direitos como verdadeiros direitos humanos – em especial em contextos estruturais e sistemáticos de violação.

No cenário local, a reabilitação das vítimas encontra o desafio de lidar com a discriminação estrutural, aquela inerente à ordem social, a suas estruturas e a seus mecanismos jurídicos, institucionalizada e que resulta em práticas expõem os mais frágeis a maiores riscos e perigos. Nesse sentido, é importante lembrar que a primeira vez em que a Corte IDH expressamente determinou a responsabilidade internacional contra um Estado, por perpetuar uma situação estrutural histórica de exclusão, foi exatamente na condenação do Brasil, no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, em 2016, como será visto abaixo.

3.2 O reconhecimento internacional da insuficiência do Estado

Os fatos do caso remontam à situação de trabalho forçado e servidão a que foram submetidos centenas de trabalhadores na Fazenda Brasil Verde, localizada no Sul do Estado do Pará. Esta conjuntura foi primeiramente conhecida quando alguns trabalhadores conseguiram escapar do local e procuraram autoridades para denunciar o que ali vivenciaram.

Em fiscalização realizada pelo Grupo Móvel do Ministério do Trabalho constatou que, além de trabalharem em condições de total precariedade, sofriam ameaças, inclusive com armas de fogo, e eram proibidos de deixar a fazenda.¹³ Posteriormente, foi iniciado um processo penal contra o empregador dos trabalhadores rurais, o gerente e o proprietário da Fazenda Brasil Verde, no qual verificou-se uma série de conflitos de competências. Em 2008, após o Superior Tribunal de Justiça ter determinado que a Justiça Federal seria a competente para julgar o feito, a ação penal foi extinta, vez que o juízo considerou que os crimes estavam prescritos. No ano de 2000, foi iniciado um outro processo

penal que tampouco resultou na condenação dos responsáveis pela Fazenda Brasil Verde.

Releva-se que, mesmo após o conhecimento acerca dos fatos, não foram adotadas medidas razoáveis para a prevenção e resposta, motivo pelo qual a CIDH, em análise à luz do princípio da não-discriminação, concluiu que o Estado brasileiro deveria ser responsabilizado pelas violações aos artigos 6 (Proibição da escravidão e da servidão), 5 (Direito à integridade pessoal), 7 (Direito à liberdade pessoal), 22 (Direito de circulação e residência), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1. do mesmo instrumento, em prejuízo dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.¹⁴

O caso foi submetido à Corte IDH em novembro de 2011 e julgado em outubro de 2016. Na ocasião, a Corte IDH avaliou que o Estado não deve apenas se abster de violar direitos, como também deve adotar medidas positivas voltadas à proteção do sujeito de direito por necessidades particulares.¹⁵ Nesse sentido, destacou-se que o Estado não adotou medidas necessárias para desempenhar sua obrigação internacional de prevenção à escravidão.

Do mesmo modo, havendo um contexto de discriminação estrutural, o Estado que não adota medidas específicas voltadas à proteção de grupos vulneráveis deve também ser responsabilizado internacionalmente.¹⁶ Sendo assim, a Corte IDH julgou que o Estado brasileiro foi omissor em relação aos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, tendo em vista que eram, em sua maior parte, pessoas pobres, negras e sem escolaridade.

Ademais, a Corte IDH ponderou que o Estado brasileiro não cumpriu com seus deveres de agir com a devida diligência, considerando a urgência da situação e o risco ao que os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde estavam sujeitos.¹⁷ Ainda, entendeu-se que o Estado falhou em atuar dentro de um prazo razoável e oferecer recursos efetivos às vítimas para que obtivessem uma resposta da justiça.

Não só os afetados por aquele evento, inconsoláveis pela inércia do Estado, podem ser considerados vítimas pela Corte IDH, como também toda a sociedade brasileira, que tem o direito de atestar que o Estado deu efetiva resposta ao cometimento de crimes, para que estes não se perpetuem e nem contribuam para a persistente desigualdade em nosso País.

Assim, a Corte IDH constatou que as vítimas foram vulneradas pela desigualdade da realidade brasileira, marcada pela pobreza, desigualdades regionais e restrição de acesso ao emprego. Nesse sentido, concluiu-se que a pobreza e a concentração de propriedades contribuíam para a perpetuação do trabalho escravo no país.¹⁸

Diante disso, insta salientar que a vulnerabilidade socioeconômica, com marcadores raciais definidos, mostra um legado histórico a ser desconstruído pela densificação do projeto de democracia social inclusiva reafirmado pelo constituinte em 1988. Não é por acaso que, de acordo com a OIT e o MPT, 90% dos trabalhadores resgatados da escravidão vêm de municípios com baixos índices de desenvolvimento, sendo, na sua maioria, identificados como negros.¹⁹ As vulnerabilidades afloram nas complexidades das interseccionalidades.

Não restam dúvidas de que os resultados da sentença do caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* se alastram pelos atores institucionais brasileiros. Um dos efeitos imediatos é trazer à tona o tema do trabalho escravo e inseri-lo novamente no debate público, provocando maior participação social e pressionando os órgãos estatais para que realizem uma prestação de contas sobre a questão.²⁰ Somada ao constrangimento internacional, a ampla divulgação em âmbito interno de uma condenação por violação a direitos humanos chama a atenção da população para a maneira como o Estado vem atuando na concretização dos direitos plasmados na CADH.²¹

Essa desigualdade da realidade brasileira, estampada sobre a alcunha da discriminação estrutural, foi novamente denunciada na penúltima condenação brasileira – o caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*.

As circunstâncias remontam à explosão, ocorrida em dezembro de 1998, em uma fábrica de fogos de artifício em uma cidade do recôncavo baiano (que nomeia o caso). Na tragédia, quase 70 pessoas foram vitimadas, em sua maioria mulheres, muitas jovens, algumas crianças, todas em especial condição de vulnerabilidade. A sentença da Corte Interamericana constatou que a situação de extrema pobreza obrigava as vítimas a se submeterem a trabalho extremamente perigoso, na fábrica de fogos, e com uma remuneração absolutamente desproporcional à periculosidade e à insalubridade do trabalho.

A explosão aconteceu em 1998 e até 2020, quando da condenação do Brasil, os responsáveis não haviam sido punidos. Assim, foi reconhecida a falha do país em proceder a investigação por todos os meios legais disponíveis, buscando determinar a verdade e a responsabilização dos responsáveis intelectuais e materiais pelos fatos.²² Ao apreciar o caso, a Corte IDH considerou o Estado Brasileiro responsável pela violação do direito à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), aos direitos econômicos sociais, culturais e ambientais (art. 26), ao direito das crianças (art. 19), à igualdade e não discriminação (arts. 1.1 e 24), à proteção judicial e às garantias jurídicas (arts. 8º e 25º), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte IDH reconheceu que foram as condições inseguras, precárias e insalubres de trabalho que ocasionaram o ambiente de violações e que o Estado brasileiro falhou com seus deveres de fiscalização – a fim de que a explosão e as péssimas condições de trabalho fossem evitadas. Além disso, segundo a Corte IDH, o Brasil faltou com o dever de promover desenvolvimento progressivo dos direitos na região – o que evitaria que o exercício de trabalho nessas condições tivesse sido uma das poucas (ou a única) oportunidade de subsistência para as vítimas. Se não bastasse, após o desastre, o Estado não investigou e responsabilizou adequadamente os responsáveis.

No caso da fábrica de fogos se reconhece situação de discriminação estrutural oriunda da vulnerabilidade comum, marcada pela pobreza, desigualdades regionais e pouco acesso à emprego. Tudo isso é entrecortado por um inevitável fator de raça - e agora Corte relembra a história do recôncavo baiano como região povoada por descendentes de antigos escravos, sem que a abolição tenha representado igualdade de oportunidades.

Ao não considerar tais vulnerabilidades, o Estado promoveu tratamento discriminatório em razão da posição econômica dos trabalhadores. Nessa senda, ressalta-se o voto fundamentado do juiz Mac-Gregor Poisot. Ele apresenta um desenvolvimento de seu voto apartado em *Fazenda Brasil Verde* (2020), agora cotejando discriminação estrutural histórica e pobreza com reflexões sobre direitos humanos e empresas e igualdade substancial.

Essas desigualdades socioeconômicas afloram nas complexidades das inter-

seccionalidades, com marcadores raciais e de gênero bem definidos. *Empregados da Fábrica de Fogos* (2020) é, acima de tudo, um caso sobre mulheres e meninas, negras e pobres.

A Corte reconheceu que as trabalhadoras nas fábricas de estalos pirotécnicos em Santo Antônio de Jesus “são normalmente mulheres que não concluíram o ensino fundamental, que começaram a trabalhar na indústria entre os 10 e os 13 anos, e que aprenderam de vizinhos e familiares, sem receber nenhum tipo de capacitação formal. Trata-se de mulheres marginalizadas na sociedade, sem outras opções de trabalho” (CORTE IDH, 2020b, par. 65). Mulheres, portanto, foram as principais vítimas do incidente na fábrica de fogos. As vulnerabilidades somadas – as interseccionalidades – agudizam o aspecto das vítimas, em especial quando falamos em mulheres negras e pobres, cujos destinos eram traçados desde muito novas.

Para esse caso, como garantia de não repetição, a Corte determinou que o país adotasse uma série de medidas de caráter estrutural, dentre as quais estão: a criação de alternativas econômicas para a inserção econômica e laboral das vítimas e familiares da explosão; e a criação e execução de um programa de desenvolvimento socioeconômico destinado à população de Santo Antônio de Jesus, cidade do Recôncavo Baiano (Parágrafos 289 e 290). Foi a primeira vez que o Brasil foi condenado a adotar medidas de reparação que contemplem as chances perdidas. Assim, a determinação da Corte de que sejam estabelecidas políticas públicas e empreendimentos que fortaleçam a população e a tirem do estado de vulnerabilidade extrema, parte do passado de desigualdades para lançar luzes para um futuro mais seguro, tanto econômica quanto socialmente. A garantia de não repetição não versa sobre a tragédia de morrer numa explosão em seu local de trabalho, mas em ter opções de sustento e escolhas de atividades seguras em sua comunidade.

A sentença traz, nesse aspecto, interseção com o princípio de igualdade e não discriminação em relação à pobreza e diálogos explícitos com disposições da Constituição Brasileira e com a Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse contexto, a decisão se aprofunda sobre o alcance do trabalho infantil e a jurisprudência da matéria (o marco anterior mais relevante era *Fazenda Brasil Verde*/2016), além de destacar a

importância do diálogo de fontes ancorado no art. 29.2 da CADH.

A sentença, dentre seus recortes, possui o gênero de forma bastante nítida, pois, como já dito, o trabalho na produção de fogos em Santo Antônio de Jesus tinha uma divisão social destinada a mulheres. As vítimas são, na sua grande maioria, trabalhadoras - mulheres, negras e periféricas.

Aqui, neste aspecto, há uma consideração importante das violações que não ocorrem em abstrato e vulneram os ainda mais vulneráveis. A interseccionalidade que marca tais violações é apta a demonstrar a interdependência das relações de poder fundadas na raça, gênero e classe, potencializando a diversidade das opressões que tem cor, classe e recortes. Os casos aqui citados evidenciam os diversos fatores interseccionais presentes na discriminação racial.²³ Por fim, releva-se que a explosão da fábrica de fogos alterou o futuro de dezenas de famílias. A “perda de chances” daquela comunidade do interior baiano, que já seria grave em um contexto de reparação concomitante às mortes, foi potencializada pela ausência de respostas adequadas do Brasil por mais de duas décadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que as condenações do Estado brasileiro produzam efeitos consideráveis do ponto de vista institucional, bem como em relação à imagem do Brasil no plano internacional, não há dúvidas de que há muito a se fazer para a concretização de uma sociedade livre da pobreza, da marginalização e das discriminações. Ainda, revela-se como o passado escravocrata ainda se reflete no presente brasileiro com a precarização do trabalho de negros e negras, sobretudo em contextos periféricos – como nos casos julgados pela Corte Interamericana.

As empresas podem, sozinhas, atuar de modo a impactar positivamente os direitos, ou podem fazê-lo agindo em parceria com o Estado ou subvencionadas com verbas públicas.

Ao tratar-se de um problema estrutural como o racismo, que guarda estrita relação com a pobreza, faz-se imperiosa a adoção de medidas positivas para sanar a situação de vulnerabilidade econômica. Portanto, fortalecer a tutela dos direitos sociais e por estes, de modo direto, o combate à pobreza, por meio de políticas

públicas é fundamental, mas, em um rasgo de discriminação estrutural, não é suficiente.

Assim, ao lado do que se exige do Estado, emerge o fortalecimento de outros atores privados não estatais comprometidos com a proteção dos direitos humanos sociais. Aqui, é possível observar que a noção de Estado cede espaço à ideia de comunidade construída por diversas

instituições que adotam, no que se refere aos direitos humanos, posturas de tutela. Estudar as interrelações complexas das instituições nacionais permite uma melhor proteção em face dos direitos sociais, principalmente no campo da inclusão do trabalho de pessoas em especial situação de vulnerabilidade como são as pessoas negros, na sua maioria pobres, no Brasil.

NOTAS

1. Como esclarece Patricia Feeney, neste Relatório: "(...) o RESG formulou um marco conceitual composto por três partes: (i) Estados possuem o dever de proteger contra violações de direitos humanos cometidas por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, normas, bem como processos judiciais adequados; (ii) empresas possuem a responsabilidade de respeitar normas de direitos humanos, o que, segundo o RESG, implica, essencialmente, controlar os riscos de causar danos aos direitos humanos, buscando, em última instância, evitar tais danos; e (iii) vítimas de direitos humanos devem ter maior acesso a remédios efetivos, incluindo mecanismos não-judiciais de denúncia (NAÇÕES UNIDAS, 2008b). Este marco normativo amplo apresentado pelo RESG foi bem recepcionado por associações empresariais, governos e por muitas organizações da sociedade civil, os quais reconheceram o fato de que o marco formulado pelo RESG incorporou grande parte das conclusões anteriormente apresentadas por órgãos de especialistas e por defensores de direitos humanos." FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de *advocacy*. SUR; V. 6. Número 11. Dez-2009. pp. 175-191. p. 183
2. RUGGIE, John, Representante Especial do Secretário-Geral sobre Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras empresas, Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando o framework 'Proteger, Respeitar e Remediar', Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/17/31, 21 março 2011
3. <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em 22.10.2020.
4. MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 566.
5. ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. In: CARNEIRO, Sueli; RIBEIRO, Djamila (org.). Feminismos plurais. São Paulo: Pólen, 2019. p. 29.
6. Na sentença, parágrafo 343: (...) Finalmente, o Brasil é responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores identificados no parágrafo 206 da presente Sentença. Sentença da CIDH disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 10.10.2020
7. COMITE CEDAW. *Recomendação Geral 19 (1992): Violência Contra Mulheres*. Doc. HRI/GEN/ Rev.7, § 10; COMITE CESCR. *Observações Conclusivas sobre a Guatemala*. Doc. ONU: E/C.12/1/ Add.3, § 33.
8. CIDH. Caso *Simone Andre Diniz vs. Brasil*, petição 12.001. Aprovado pelo Relatório 66/06, em 21/11/2006.
9. Art. 3º, I a IV, da CF.
10. NEVES, Ciani Sueli das. O Lixo Vai Falar: Racismo, Sexismo e Invisibilidades do Sujeito Negro nas Narrativas de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2 pp. 116- 133, 2020, p. 125.
11. IBGE, Pretos ou pardos estão mais escolarizados, mas desigualdade em relação aos brancos permanece, publicado em 13.11.2019, disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>
12. MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. pp. 466-467.
13. Corte IDH. Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, §144.
14. CIDH. Relatório nº 169/11, Caso 12.066, Admissibilidade e Mérito, Fazenda Brasil Verde, 3 de nov. de 2011.
15. Corte IDH. Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, §316.
16. Corte IDH. Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, § 338
17. Corte IDH. Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* §368.
18. Corte IDH. Caso *Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/Resumen_OficialFazendaBrasilVerde.pdf>.

19. Nota Técnica Smartlab n. 1/2017. Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/---ro-lima/-ilobrasilia/documents/generico_cument/wcms_555892.pdf. Acesso em 30 abr 2018.
20. Parra Vera denomina esse efeito como deliberativo. PARRA VERA, Óscar, op. cit., p. 390.
21. LAZZARI, Thaís. Ex-trabalhador escravo resgatado no Pará relata abuso e violência. Folha de S. Paulo. São Paulo, 13 mai. 2017. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1883708-ex-trabalhador-escravo-no-pa-relata-abuso-que-condenou-pais-no-exterior.shtml>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
22. Corte IDH, *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil*, sentença de 15 de julho de 2020, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, nº 407, § 220.
23. CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum: v. 1989, iss. 1, article 8. pp. 139-167. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRAZILIAN FORCED MIGRANTS ABROAD: ENDEMIC INSECURITY AS A REASON TO FLEE

.....
Danielle Annoni

Researcher in International Human Rights Law, Geopolitics & Forced Migration; Full Professor at the UFPR Law School and the PhD Program of Public Policy; PhD in International Public Law and Human Rights Law.

Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico

Researcher in Human Rights Law, Environmental Displaced & Forced Migration; Full Professor at the UEPB International Relations School and the PhD Program of International Relations; PhD in Social Science and International Refugee Regime.

ABSTRACT

This paper analyzes the main reasons why Brazilians have sought for asylum abroad. This is a growing number of Brazilians who feel persecuted for reasons of race, gender, religion and sexuality and who do not find protection from the Brazilian State. This text aims to highlight the impact of violence, corruption and impunity, especially of political forces and legal-political institutions in the process of Brazilians fleeing abroad. Corruption as a rule and endemic impunity are incentives for increasing violence, especially against vulnerable groups, which makes Brazil an unsafe country in terms of protection and defense of human rights.

Keywords

Brazilian forced migrants; corruption; impunity.

1. INITIAL CONSIDERATIONS: BRAZIL IS NOT A SAFE COUNTRY

The prevalence of violence and organized crime in Brazil attest to the dangers faced by some Brazilian citizens within the country¹. The country is well-known for its high levels of violent crime. It has recently been listed as the 9th most violent country in the world, with 17 of the world's 50 most violent cities within its borders.² There are 57.000 assassinations in Brazil per year.³ According to the UN's World Health Organisation, violence is epidemic when it reaches more than 10 deaths per 100 000. In Brazil, this number has been almost tripled.⁴

Residents and visitors alike are at a much higher risk of violent encounters in Brazil than

in most countries, and those who dare to speak out against the status quo are in particular danger. Countless reports from bodies such as Amnesty International, Human Rights Watch and the UN, as well as journalistic, academic and personal accounts attest to this⁵. Violence is particularly prevalent in and around large urban areas, such as the city and state of São Paulo.⁶

Much of this violence is concentrated in the police force. Many people are targets of violence after having testified against police corruption and extortion. According to The US Department of State,⁷ state police officials continued to be involved in revenge killings and intimidation of witnesses who testified against police officials. Police often were responsible for investigating charges of torture and excessive force carried out by fellow officers⁸.

Brazil does not have an efficient security system to protect their citizens and foreigners in Brazil. It also reflects on the perception of 64% of Brazilians feeling unsafe and afraid of walking on streets at night, because crime is out of control.⁹ Children are also being shot.¹⁰ Brazil has listed as the 9th most violent country in the world,¹¹ with 17 of the world's 50 most violent cities within its borders.¹² An Atlas of Violence developed by Forum de Segurança (2020) showed that the number of homicides in Brazil had hit a new record, that is, nearly 60.000 people were killed.¹³

Another fact is that 55% of Brazilians are more afraid of police agents¹⁴ than they are of illegal militias and drug traffickers, indicating that the liberal use of violence by Brazilian police forces has eroded trust in law enforcement,¹⁵ which faces accusations of abuse and corruption, especially in connection with extrajudicial

killings. People who do not represent any kind of threat to law and order are the main victims of extrajudicial killings.

According to Human Rights Watch, the conduction of proper inquiries to investigate extrajudicial killings at the crime scene analysis, such as basic forensic tests conduction,¹⁶ are jeopardized. For example, in Minas Gerais state, several Head of Police Bodies, investigators and others, totalizing 136 people, were arrested after being accused of corruption, drug trafficking, theft and smuggling in December 2017.¹⁷ Besides, it goes on nowadays, for example, in 2022, four police delegates are sentenced to prison for corruption and criminal association in Paraná state, being that one of them, had sentence exceeds 50 years.¹⁸

Besides violence, police corruption is a serious problem throughout Brazil. In line with a government survey in 2013, more than 7% of Rio de Janeiro's residents said they had been forced to pay bribes to police agents.¹⁹ The payment of bribes is something that continues to this day. For example, police officers would have profited BRL 1 million in bribes in a weekly collection of BRL 250 reais from 40 shopkeepers located in the city of Petrópolis (Rio de Janeiro state), according to the Public Prosecutors.²⁰

Political corruption is also rife in Brazil. Over the last decade, organized crime has increased significantly and is now widespread across most of the states in the country.

There are numerous connections between individuals or groups in government and members of organized crime networks. In recent years, the relationship between corrupt politicians and organized crime has become more visible and more lethal. Politicians occupying high-ranking positions make use of the police force to intimidate, assault and even murder their opponents. Violence has become an institutional argument and threats of coup against the judiciary and democracy are frequent.

2. POLICE IN BRAZIL: VIOLENCE AND CORRUPTION AS A RULE

Brazil's police are among the most corrupted and violent in the world. The corrupted and inefficient public security in Brazil prevents the completion of prosecutions for human rights abuses and other crimes. According to the Inter-America Commission on Human Rights, many

violent actions are perpetrated by the state police in Brazil, especially the military police, which are accused of using violence both on and off duty.²¹

According to Freedom House, "the police force remains mired in corruption, and serious police abuses, including extrajudicial killings, continued in 2021. Police officers are rarely prosecuted for abuses, and those charged are almost never convicted. In July 2021, the Brazilian Public Security Forum (FBSP) reported 6,416 deaths caused by police in 2020. Some 79 percent of the victims were Black".²²

In the state of Sao Paulo alone, the police kill five times more than in the whole of the United States, even though the population is eight times smaller.²³ These unlawful killings were often falsely labelled 'resistance killings' and consequently evaded investigation despite evidence that they involved excessive use of force and possible extrajudicial executions.²⁴ This practice has increased in the state of São Paulo in recent years. Caldeira reports that the Brazilian state frequently fails to abide by its own laws. She states that this 'routine of abuses' has now become the 'police modus operandi', adding that 'the only element consistently lacking is a strong will on the part of state authorities and the citizenry to check the abusive power of the police'.²⁵

'Death squads and militias remained a concern. [...] In the face of high levels of violent crime, law enforcement practices continued to be characterised by discrimination, human rights abuses, corruption and military-style policing operations [...]. Between January and September, 804 people were killed in situations defined as 'acts of resistance' in Rio de Janeiro and São Paulo. Police officers were believed to be involved in death squads and militias engaged in social cleansing, extortion, as well as in trafficking in arms and drugs.

Organised crime networks mean that violent crime can reach targets even when initial perpetrators are in jail. Corruption means that this violence is facilitated, spread and unchallenged through networks which implicate the police, politicians and members of organised crime networks.²⁶

Corruption is firmly embedded at every level of the Brazilian state²⁷. Brazil recently fell a further three places in the global corruption ranking, to number 96.²⁸ According to research by *Transparency International*, only 38% of the

population believe the government's efforts to fight corruption are effective.²⁹ In 2021, 54% of the country felt that there was an increase in corruption.³⁰

Freedom House, similarly, reports that corruption in Brazil is endemic at top political levels and, it is so widespread that corruption undermines the government's ability to make and implement policy without undue influence from private or criminal interests.³¹ Besides, Brazil's largely independent judiciary is overburdened and plagued by corruption.

More than 16% of Brazilians do not trust the police.³² Both the military and civilian police in every state in the country have well-known connections to criminal organizations such as trafficking groups, militias, and organized crimes. Military police became the most corrupt and deadly force in Brazil.³³ Between 2010 and 2020, the Civil Police of the State of São Paulo expelled 956 agents from the corporation. Of these, 329, or 35%, for corruption. It is the most recurrent reason for the removal of police officers from São Paulo, followed by violence, with 136 occurrences (14%).³⁴

The police in Brazil work on very low starting wages, tempting many to seek extra income through organized crime. For example, in 2018, 54 military police officers were arrested for receiving an "allowance" from the First Command of the Capital (PCC in Portuguese).³⁵

Police has become the most corrupt and most lethal force in Brazil.³⁶ Every day, 17 (seventeen) people are killed by the police³⁷ and, in parts of Brazil, citizens reportedly fear police as much as they do drug-trafficking criminals.³⁸

2.1 Alliance between Brazil's police officers and militias through corruption

Militias in Brazil have been created to push drug traffickers out of certain neighborhoods, and combat them, as if they were a criminalization of security forces³⁹. They are composed of active-duty and former police officers, soldiers, and prison guards.⁴⁰ Militias are tolerated by Brazilian security forces due to corruption, because militias take advantage of low police salaries, motivating criminals to co-opt or corrupt police.⁴¹

Now, they have developed into a major component of the local criminal underworld,⁴²

carrying out a range of criminal activities, including extrajudicial killings, as mentioned above.

According to the IACHR Report, some states in Brazil, including Pará state, are promoting the legalization of militias and, in a way, arming them in rural territories, in addition to facilitating the application of the exclusion of illegality of military forces in the action aimed at reintegration of possession.⁴³

Such alliance is also used to kill public authorities, such as politicians (e.g. deputies), judges and public prosecutors who investigate and denounce criminals. They face threats and intimidation, even deaths, when deciding upon cases, having to work around a systemically corrupted system. Some examples over the years of murders of public persons who were denouncing the involvement of organized crime and the police⁴⁴

A notorious murder of an authority was that of Judge Dr. Patricia Acioli, a judge known for imprisoning corrupted police officers in 2012. They plotted her murder for months, shooting her 21 times in her car. The same three police officers that she issued arrest warrants, for killing an unarmed 18 year old man in a slum, were arrested in connection with her murder, along with eight police officers.⁴⁵

Another example occurred in July, 2015, when the Head of Police in São Paulo was killed by one of the largest criminal gangs, the First Capital Command (PCC, in Portuguese), for investigating them.⁴⁶

And, the case was of Marielle Franco, a councilwomen of Rio de Janeiro city in 2018. A former military police officer linked to the militias of Rio de Janeiro has been arrested in Mato Grosso do Sul for the execution of Mariela Franco and her driver in March 2018, and he will go to the popular jury, according to the Minister of the Superior Court of Justice.⁴⁷

2.2 Endemic Impunity as an incentive to increase violence and corruption

Police crime is encouraged by the generalised impunity with which it is met across the judicial system. Therefore, those who may kill someone in this situation are unlikely to be detained and found guilty, making it more probable that they may continue to pursue the same people. Many people who testify or inform on crimes do not

see the accused brought to justice and continue to be the victim of revenge threats and attacks.

The national indicator points to only 44% of case resolution in Brazil, being that only four states, out of 27 states, being classified as having high effectiveness in the investigation and accountability of murders, but it is still below the world average, which is 63% compared to the 72 countries combined.⁴⁸

According to *Liberdade no Mundo* Report, state that police officers are 'rarely prosecuted for abuses, and those charged are almost never convicted'.⁴⁹ Similarly, Human Rights Watch states that 'police officers responsible for unlawful killings in Brazil are rarely brought to justice'.⁵⁰ Fórum de Segurança Pública reports concerns about the ability to address impunity within the Brazilian judicial system.⁵¹

Impunity is an important reason for criminals to commit crimes in Brazil, because they know they will not be punished from their actions. In accordance with Heitor Machado, "impunity in Brazil is an invitation to crime".⁵²

The slow, corrupted and generally inefficient judicial system in Brazil becomes an impediment to the completion of prosecutions for human rights abuses and other crimes. In line with the National Justice Council, a body of the Brazilian Judicial System, in 2020, there was 75,4 million cases are pending, and the State Court concentrate 77.4% of them.⁵³ The average duration of proceeding in Brazil took at least 8 years and seven months in Federal Court and, six years and eleven months at State Court to be judged.⁵⁴

In accordance with the World Economic Forum's 2015-2016 Global Competitiveness Report, Brazil placed 92 out of 140 countries on judicial independence, benefiting criminals through impunity, because only a small percentage of murders are successfully prosecuted.⁵⁵

The Sou da Paz Institute published a report named "Where does Impunity live?",⁵⁶ stating that only 10 (ten) provided data about solved murder rate. Other states, like Minas Gerais, were unable to inform how many cases were investigated or solved. Lack of information plays an important role for impunity remains in Brazil.

3. INEFFECTIVENESS OF THE WITNESS PROTECTION PROGRAMME (PROVITA)

Brazil is obliged to provide witness protection by a number of international treaties (1985 UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power; 2003 UN Convention against Transnational Organised Crime and its Protocols; 2005 UN Convention against Corruption; 2002 Resolution on the Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters), which it has ratified, promulgated, and incorporated in to its legislation.

However, there have been no changes to the Provita programme in line with these treaties, which renders it inadequate in its protection of victims and witnesses, and means that Brazil is failing to comply with international obligations. Provita also fails to meet Brazil's internal legal guidelines, as outlined in the handbook, 'Human Rights in the administration of Justice: Human Rights Handbook for judges, attorneys, and lawyers', given that no legislation in Brazil has been adjusted in order for Provita to function effectively.

Given the level of police corruption and the level of police involvement in the program, there is a real risk that confidential information relating to the identity and whereabouts of a protected person would be accessible by their persecutors. The Brazilian police are involved in the decision-making process and operation of Provita, and given the level of police corruption as discussed above, this could lead to an information leak and a serious security risk for those protected.

Brazilian Law 9.807/1999 makes provision for witness protection and establishes Provita - Protection of Victims and Threatened Witnesses Program - in 2000. It aims to assure the integrity and safety of victims and witnesses of crime, as well as of their relatives who are being coerced or exposure to serious threat as a result of their collaboration in crime investigation or criminal procedures.⁵⁷

Brazil has 26 states and one Federal District, but only 13 states (Bahia, São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Alagoas, Ceará, Maranhão, Rio de Janeiro, Espírito Santo,

Paraná, Amazonas, Pernambuco, Pará) and Federal District have established Provita until today. There is no federal law that obliges other Brazilian states to create Provita.

The budget of Provita is composed of 80% by the federal government, and 20% by the state government. However, states can decide that they will not contribute their share, as has happened in the past with the state of Rio de Janeiro.⁵⁸

The responsibilities of protection and assistance to victims and witnesses are shared between non-government organization (NGOs) and states through agreements. Provita discharges the State from a task that in principle is its duty by law, while guarantor of rights to safe of citizens, through decentralization of protective measures, sharing with NGOs. Once Brazil's government has decided to share this responsibility with NGOs, it left its obligation to provide protection and assistance to victims and witnesses.⁵⁹

According to Article 3, Law n. 9.807/1999, every admission must also be preceded by a consultation with the Public Prosecutors.⁶⁰ However, such admissions could take several months to be approved.⁶¹

What this means in practice is that the police are not only able to introduce victims to Provita, but that they play a fundamental part in the decision-making and administration process. As such, they have full knowledge of people under Provita protection and can track their whereabouts across the country. If any of these officers had links to those involved in a specific case, which is highly likely, then the protected person's security would be seriously jeopardised⁶². Even if explicit links did not exist, the possibility of bribery amongst police officers in exchange for information is strong⁶³.

Besides, the same situation occurs with the judicial process that is slow, and the witness could take several months without protection until they would be called to testify, discouraging collaboration.⁶⁴

One of the reasons of decreasing of witnesses is that they refuse to come forward because they fear possible reprisals and retaliations from militias, gangs, and police agents through revenge killings when testify against them.⁶⁵ This absence of evidence lead to a picture of the strengthening of the crime, since

the fear brings silence as a means of survival, due to the inexistence of a legitimate security or a system of protection of the State to those who in testimony can clarify the *criminal iter*.

According to a survey, 20% of people do not believe that Provita is safe for victims and witnesses.⁶⁶ A case of the ineffectiveness of the referred Program "was the case of Wagner Dos Santos, a 23-year-old car washer and principal witness in the Candelaria killings, who was also attacked. After the killing, Santos moved to Bahia for protection. But, 15 days before returning to Rio de Janeiro and while he was living in a witness protection house, under the protection of the justice system guards, there was a second attempt on his life by the military police involved in the killings".⁶⁷

In addition, there are other informational systems whereby civil and military authorities may track people across the country. For example, the INFOSEG Network (www.infoseg.gov.br), a database available to all public security secretariats of all Brazilian states. This database includes IDs, social security numbers, driver's license numbers and national weapons registration. It is thus possible to access a Provita witness's basic information by only typing in the individual's name to INFOSEG.

No matter where the protected persons would live in Brazil, Provita could not protect them and their family from people who want to harm and kill them. They would have few options of resettlement in Brazil. And, depending on where they would be resettled, the state would not even guarantee them temporary shelter. Provita is not effectively enforced, because it lacks adequate funding and the states have been slow in setting up systematic resettlement programs.

4. FINAL CONSIDERATIONS: BRAZILIANS FLEEING FOR SAFETY

Violence is endemic in official circles in Brazil, and this is prevalent within the police force, where violence, corruption, extortion and extrajudicial killings are commonplace.

The widespread impunity across the police system for such killings means that there is little disincentive for violent and corrupt individuals and groups to track down those who endanger their freedom and kill them. Government informants are in particular danger. In particular,

REFERENCES

- ACEBES, César Muñoz. Good cops are afraid: toll unchecked police violence in Rio de Janeiro. *Humans Rights Watch*, 2016. Available at: hrw.org/report/2016/07/07/good-cops-are-afraid/toll-unchecked-police-violence-rio-de-janeiro. Accessed on May 31, 2022.
- ALVES, Maria; EVANSON, Phillip. Living in the crossfire: Favela residents, drug dealers, and police violence in Rio de Janeiro. Philadelphia: Temple University Press, 2011.
- AMNESTY INTERNATIONAL. Anistia Internacional: Informe 2020/21. 2021. Available at: [amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/POL1032022021PORTUGUESE.pdf](https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/POL1032022021PORTUGUESE.pdf). Accessed on May 31, 2022.
- ANÍSTIA INTERNACIONAL. Police killings, impunity and attacks on defenders: Amnesty International submission for the UN Universal Periodic Review – 27th session of the UPR Working Group, May 2017. Available at: [amnesty.org/en/documents/amr19/5467/2016/en/](https://www.amnesty.org/en/documents/amr19/5467/2016/en/). Accessed on May 31, 2022.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. DUTRA, Luiza Correa de Magalhães. FREIRE, Christiane Russomano. A Legitimação da Violência Policial como Estratégia de Governo – Um estudo de Caso do Rio Grande Do Sul. *Revista Fórum Segurança*, v. 14, n. 2, 2020. Available at: revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1037/355. Accessed on May 31, 2022.
- BELTRÃO, Fabiano Morais de Holanda. LIMA, Luís Otávio de. Da importância do sistema de proteção à testemunha, vítima e réu colaborador ameaçados de morte (Provita). *AMPPE*, 2019. Available at: amppe.com.br/da-importancia-do-sistema-de-protecao-a-testemunha-vitima-e-reu-colaborador-ameacados-de-morte-provita/. Accessed on May 31, 2022.
- BRAZIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Available at: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Accessed on May 31, 2022.
- BRUNO, Cássio. Burocracia e falta de verba reduzem atendimento no Programa Federal de Assistência a Testemunhas. *O Globo*, 2015. Available at: oglobo.globo.com/brasil/burocracia-falta-de-verba-reduzem-atendimento-no-programa-federal-de-assistencia-testemunhas-15024824. Accessed on May 31, 2022.
- CALDEIRA, Teresa. Cidades de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 140. Available at: files.wordpress.com/2014/05/caldeira-teresa-a-cidade-de-muros-completo.pdf. Accessed on May 31, 2022.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Brasil é um dos dez países mais violentos do mundo, revela Atlas da Violência 2018. Available at: camara.leg.br/radio/programas/543467-brasil-e-um-dos-dez-paises-mais-violentos-do-mundo-revela-atlas-da-violencia-2018. Accessed on May 31, 2022.
- CAMARGO, Gilson. STJ nega absolvição e mantém júri popular para matador de Marielle Franco e Anderson Gomes. *Extra Classe Justiça*, 2022. Available at: extraclassa.org.br/justica/2022/03/stj-nega-absolvicao-e-mantem-juri-popular-para-matador-de-marielle-franco-e-anderson-gomes/. Accessed on May 31, 2022.
- CARVALHO, Igor. SP: Corrupção é o motivo para 35% das expulsões de policiais civis desde 2010. *Brasil de Fato Segurança Pública*, 2020. Available at: brasildefato.com.br/2020/11/23/sp-corrupcao-e-o-motivo-para-35-das-expulsoes-de-policiais-civis-desde-2010. Accessed on May 31, 2022.
- CARVALHO, Marco Antônio. No Brasil, maioria dos homicídios ainda fica sem solução. *GZH Geral*, 2021. Available at: clicrbs.com.br/geral/noticia/2021/10/no-brasil-maioria-dos-homicidios-ainda-fica-sem-solucao-ckupy7lqn007501irrchkzmyr.html#:~:text=O%20indicador%20nacional%20que%20aponta,%2C%20que%20%C3%A9%20de%2043%25. Accessed on May 31, 2022.
- CARVALHO, Marco. Testemunhas estão desamparadas. *Jornal Tribuna do Norte*, 2012. Available at: tribunadonorte.com.br/noticia/testemunhas-estao-desamparadas/217603. Accessed on May 31, 2022.
- CECCATO, Vania; MELO, Silas; KAHN, Tulio. Trends and patterns of police-related deaths in Brazil. In CARRINGTON, Kerry et al. (Orgs.). *The Palgrave handbook of criminology and the global south*. Londres: Palgrave MacMillan, 2018, p. 521-550.

- KUWAHARA, Shiguelo. Dilemas do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas no Brasil. *Política Criminal*, v. 11, n. 22, 2016. Available at: scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200004#:~:text=%22As%20formalidades%20e%20exig%C3%AAscias%20do,medo%20d%20acabar%20como%20Rulf. Accessed on May 31, 2022.
- LAVOR, Isabelle Lucena. APOLINÁRIO, Jander dos Santos. ALMEIDA, Marília Gabrielle Oliveira Wanderley de. A influência do crime organizada no cenário político brasileiro: o poder em ascensão. VII Encontro de Iniciação à Pesquisa, UNIFAMETRO, 2019. Available at: doity.com.br/media/doity/submissoes/5da3b944-1a08-44b0-b024-047b43cdald7-a-influncia-do-crime-organizado-no-cenrio-poltico-brasileiropdf.pdf. Accessed on May 31, 2022.
- MADEIRO, Carlos. Relatório Liberdade no Mundo critica polícia corrupta e violenta no Brasil. *UOL Cotidiano*, 2019. Available at: noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/06/relatorio-liberdade-no-mundo-critica-policia-corrupta-e-violenta-no-brasil.htm. Accessed on May 31, 2022.
- MARGOLIS, Maxine. Goodbye, Brazil: Émigrés from the land of soccer and samba. Madison: University of Wisconsin Pres, 2013.
- MARTINS, Marco Antonio, Programa de proteção a pessoas ameaçadas pelo crime no RJ não recebe verba do estado há 5 anos. *G1 Globo*, 2018. Available at: g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/programa-de-protecao-a-pessoas-ameacadas-pelo-crime-no-rj-nao-recebe-verba-do-estado-ha-5-anos.ghtml. Accessed on May 31, 2022.
- MATTOS, Ygor. PESSOA JUNIOR, Jeferson. Programa de Proteção às Vítimas e às Testemunhas no Estado Brasileiro'. UNIVAG, 2021: TCC's Direito. Available at: repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/1328/1267. Accessed on May 31, 2022.
- MENDES, Wallace Goes; SILVA, Cosme Marcelo Furtado Passos da. Homicide of lesbians, gays, bisexuals, travestis, transexuals, and transgender people (LGBT) in Brazil: a spatial analysis. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2020, v. 25, n. 5, p. 1709 - 1722. Available at: [10.1590/1413-81232020255.33672019](https://doi.org/10.1590/1413-81232020255.33672019). Accessed on May 31, 2022.
- MIGRATION POLICY INSTITUTE. Frequently Requested Statistics Immigrants and Immigration United States. 2016. Available at: migrationpolicy.org/article/frequently-requested-statistics-immigrants-and-immigration-united-states. Accessed on May 31, 2022.
- MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – PROVITA. *Gov.br*, 2021. Available at: gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoas-ameacadas-de-morte/acoes-e-programas/programa-de-protecao-a-vitimas-e-testemunhas-ameacadas-provita. Accessed on May 31, 2022.
- MORENO, Bruno. Delegados são presos por corrupção e tráfico de drogas em ação do ministério público em Minas Gerais, Mato Grosso e Paraná. *UOL Cotidiano*, 2017. Available at: noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/19/delegados-sao-presos-por-corrupcao-e-traffic-de-drogas-em-acao-do-ministerio-publico-em-mg-mt-e-pr.htm. Accessed on May 31, 2022.
- MURRAY ADOGADOS. Economic crisis prompts Brazilians to move abroad. *Murray News*, 2022. Available at: murray.adv.br/en/economic-crisis-prompts-brazilians-to-move-abroad/. Accessed on May 31, 2022.
- NEW YORK TIMES. In part of Brazil militias operate outside the law. *New York Times Americas*, 2012. Available at: nytimes.com/2012/01/10/world/americas/in-parts-of-brazil-militias-operate-outside-the-law.html. Accessed on May 31, 2022.
- O SÃO GONÇALO. Medo de milícia supera medo de traficante nas comunidades. *O São Gonçalo*, 2019. Available at: osaogoncalo.com.br/seguranca-publica/57529/medo-de-milicia-supera-medo-de-trafficante-nas-comunidades. Accessed on May 31, 2022.
- OBSERVADOR. Impunidade é a principal causa da violência da polícia no Brasil. *Observador Mundo / Brasil*, 2021. Available at: observador.pt/2021/01/13/impunidade-e-a-principal-causa-da-violencia-da-policia-no-brasil/. Accessed on May 31, 2022.
- PADILLA, Beatriz. Engagement policies and practices: expanding the citizenship of the Brazilian diaspora. *International Migration*, 2011, v. 49, n. 3, p. 10-29. Available at: doi.org/10.1111/j.1468-2435.2011.00694.x. Accessed on May 31, 2022.
- PEREZ, Fabíola. Gargalos em programas de proteção expõem testemunhas no País. *R7 Notícias*, 2018. Available at: noticias.r7.com/

- cidades/gargalos-em-programas-de-protecao-expoem-testemunhas-no-pais-06062018. Accessed on May 31, 2022.
- PISCITELLI, Adriana. Looking for new worlds: Brazilian women as international migrants. *Journal of Women in Culture and Society*, 2008, v. 33, n. 4, p. 784-93. Available journals. uchicago.edu/doi/abs/10.1086/528747?journalCode=signs. Accessed on May 31, 2022.
- PLATONOW, Vladimir. Rio: policiais teriam lucrado R\$ 1 milhão em propinas, diz MP. *Agência Brasil*, 2021. Available at: agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/rio-policiais-teriam-lucrado-r-1-milhao-em-propinas-diz-mp. Accessed on May 31, 2022.
- POLIMEDIO, Chayanne. Brazilian losing faith in Democracy. *Vox*, 2017. Available at: vox.com/polyarchy/2017/9/19/16333360/brazilians-losing-faith-democracy. Accessed on May 31, 2022.
- REYNOLDS, Mindy. Family and Social Support and the Brazilian Victim of Immigrant Partner Violence Abroad. *Current Research Journal of Social Sciences and Humanities*, 2020, v.3, n. 2, p. 216-31. Available at: dx.doi.org/10.12944/CRJSSH.3.2.09. Accessed on May 31, 2022.
- SAAD-FILHO, Alfredo. BOFFO, Marco. The corruption of democracy: Corruption scandals, class alliances, and political authoritarianism in Brazil. *Geoforum*, 2021, v. 124, p. 300-309. Available at: doi.org/10.1016/j.geoforum.2020.02.003. Accessed on May 31, 2022.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy. Death squads and democracy in Northeast Brazil. In COMAROFF, Jean; COMAROFF, Jean. *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: Chicago University Press: 2006, p. 150-87. Available at: doi.org/10.7208/9780226114101-005. Accessed on May 31, 2022.
- SHERINGHAM, Olivia. "Thanks to London and to God": living religion transnationally among Brazilian migrants in London and 'back home' in Brazil. London: Doctoral dissertation in Philosophy at Queen Mary University of London, 2012. Available at: qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/2439. Accessed on May 31, 2022.
- SUPER INTERESSANTE. Letalidade policial no Brasil é cinco vezes maior que nos EUA. 2020. Available at: super.abril.com.br/sociedade/letalidade-policial-no-brasil-e-cinco-vezes-maior-que-nos-eua/. Accessed on May 31, 2022.
- TOMAZELA, José Maria. Morre delegada da polícia civil que desafiou o PCC. *Estadão São Paulo*, 2015. Available at: sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,morre-delegada-da-policia-civil-que-desafiou-o-pcc,1720362. Accessed on May 31, 2022.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Brazil. Transparency International Country Data, 2022. Available at: transparency.org/en/countries/brazil. Accessed on May 31, 2022.
- UGALDE, Júlio César Rodrigues. SOUZA, Ana Caroline Martins de. A Eficácia do Provita na Persecução Penal em Rondônia. *Âmbito Jurídico*, 2021. Available at: ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/a-eficacia-do-provita-na-persecucao-penal-em-rondonia/. Accessed on May 31, 2022.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Human Rights Practices – Brazil 2021. 2021. Available at: state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/. Accessed on May 31, 2022.
- VALARINI, Elizangela; POHLMANN, Markus. Organizational crime and corruption in Brazil a case study of the "Operation Carwash" court records. *International Journal of Law*, 2019.
- VALARINI, Elizangela; TROMBINI, Maria Eugênia. Populist grammar, politicians and judges: a case study of political corruption in Brazil. In MENDILOW, Jonathan; PHELIPPEAU, Éric. (Orgs.). *Populism and Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021. Available at: doi.org/10.4337/9781839109676.00015. Accessed on May 31, 2022.

NOTES

1. VALARINI; POHLMANN, 2019.
2. FORUM DE SEGURANÇA, 2020.
3. Ibidem.
4. Ibidem.
5. NEDER, 2017.
6. AMNESTY INTERNATIONAL, 2021.
7. UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, 2021.
8. CECCATO; MELO; KAHN, 2018.
9. DINIZ, 2022.
10. POLIMEDIO, 2017.
11. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018.
12. CONSEJO CIUDADANO..., 2022.
13. FORUM DE SEGURANÇA, 2020.
14. POLIMEDIO, 2017. Op. Cit.
15. G1, 2019.
16. ACEBES, 2016.
17. MORENO, 2017.
18. G1 PR, 2022.
19. Ibidem.
20. PLATONOW, 2021.
21. Ibidem.
22. FREEDOM HOUSE, 2022.
23. SUPER INTERESSANTE, 2020.
24. AMNESTY INTERNATIONAL, 2021. Op Cit.
25. CALDEIRA, 2003.
26. LAVOR; APOLINÁRIO; ALMEIDA, 2019.
27. FOGEL, 2019.
28. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2022.
29. Ibidem.
30. Ibidem.
31. FREEDOM HOUSE, 2022. Op Cit.
32. FREIRE, 2022.
33. DIAS, 2019. Op Cit.
34. CARVALHO, 2020.
35. EXAME, 2018.
36. DIAS, 2019. Op Cit.
37. FORUM DE SEGURANÇA. 2020. Op cit.
38. O SÃO GONÇALO, 2019.
- 39... ALVES; EVANSON, 2011.
40. COMISSÃO INTERAMERICANA..., 2021.
41. BUCZENKO, 2020.
42. Ibidem.
43. COMISSÃO INTERAMERICANA..., 2021. Op Cit.
44. SAAD-FILHO; BOFFO, 2021.
45. NEW YORK TIMES, 2012.
46. TOMAZELA, 2015.
47. CAMARGO, 2022.
48. CARVALHO, 2021.
49. MADEIRO, 2019.
50. OBSERVADOR, 2021.
51. AZEVEDO; DUTRA; FREIRE, 2020.
52. CONSTANTINO, 2017.
53. CONSELHO NACIONAL..., 2021.
54. Ibidem.
55. INSIGHT CRIME, 2020.
56. INSTITUTO SOU DA PAZ, 2020.
57. MINISTÉRIO DA MULHER..., 2021.
58. HERINGER, 2017.
59. KUWAHARA, 2016.
60. BRAZIL, 1999.
61. PEREZ, 2018.
62. BRUNO, 2015.
63. MINISTÉRIO DA MULHER..., 2021. Op Cit.
64. Ibidem.
65. BELTRÃO; LIMA, 2019.
66. KUWAHARA, 2016. Op. Cit.
67. COMISSÃO INTERAMERICANA..., 2021. Op Cit.
68. VALARINI; TROMBINI, 2021.
69. MARGOLIS, 2013.
70. PISCITELLI, 2008.
71. JOSEPH, 2015.
72. PADILLA, 2011.
73. REYNOLDS, 2020.
74. SHERINGHAM, 2012.
75. CLARK, 2008.
76. MENDES; SILVA, 2020.
77. SCHEPER-HUGHES, 2006.

MOVIMENTOS SOCIAIS ENQUANTO ESPAÇO DE FORMAÇÃO PARA EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA E ACESSO AOS DIREITOS HUMANOS

.....
Eunice Pereira da Silva

Doutoranda em Educação pela Universidade de Salamanca. Mestre em educação e Pedagoga pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em educação, raça, gênero e sexualidades Audre Lorde.

Racquel Valério Martins

Co-orientadora de Eunice Pereira da Silva; Pós-doutora em Educação e Direitos Humanos na Universidade Portucalense (bolsista CAPES); Doutora em Educação e Mestre em Antropologia de Ibero-América pela Universidad de Salamanca – USAL; Presidente da *Asociación de los Alumnos Brasileños de la Universidad de Salamanca* – ABS-USAL; Investigadora do Grupo de Pesquisa Formação e Docente, História e Política Educacional (GEFHOPE/UFC); e Membro Investigador Colaborador do *Instituto Universitario de Iberoamérica de la USAL*.

RESUMO

O presente artigo tem como propósito refletir quanto aos espaços de movimentos sociais enquanto possibilidade de ambiente formativo no que diz respeito às questões étnico-raciais no Brasil, para tal, centramos nosso enfoque na educação antirracista como acesso aos direitos humanos. Com olhar a partir do protagonismo de mulheres negras organizadas coletivamente em prol da mudança do cenário vigente no que diz respeito prioritariamente a raça, classe e gênero, compreendendo essas categorias como interseccionais no cotidiano da mulher negra brasileira. Este é um estudo bibliográfico, no que diz respeito às abordagens teóricas filiamos-nos ao Pensamento Decolonial (WALSH, 2007; LUGONES 2014) e Feminismo Negro (COLLINS, 2016, 2019; DAVIS (2016); GONZALEZ, 1988, 2011; LORDE, 2003), essa movimentação nos auxilia epistemologicamente na compreensão de pautas que ainda se configuram como demandas nos processos de resistência/enfrentamento de organizações sociais frente ao racismo estrutural que fere cotidianamente os direitos humanos.

Palavras-chave

Enfrentamento do racismo; direitos humanos; movimentos sociais; mulheres negras.

ABSTRACT

The purpose of this article is to reflect on the spaces of social movements as a possibility

of a formative environment with regard to ethnic-racial issues in Brazil, for that, we focus our focus on anti-racist education as access to human rights. Looking from the protagonism of black women collectively organized in favor of changing the current scenario with regard primarily to race, class and gender, understanding these categories as intersectional in the daily life of black Brazilian women. This is a bibliographic study, with regard to theoretical approaches, we affiliate ourselves with Decolonial Thought (WALSH, 2007; LUGONES 2014) and Black Feminism (COLLINS, 2016, 2019; DAVIS (2016); GONZALEZ, 2019; GONZALEZ, 2019, 1988, 2011; LORDE, 2003), this movement helps us epistemologically to understand agendas that are still configured as demands in the processes of resistance/confrontation of social organizations in the face of structural racism that daily harms human rights.

Keywords

Confronting racism; human rights; social movements; black women.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto do diálogo teórico entre a discussão sobre raça, classe e gênero que se encontra como pauta dos desafios da educação em direitos humanos. Porém, algumas vezes são discutidas enquanto categorias distintas, para esse momento reflexivo, as referidas categorias serão lidas de forma interseccional.

Ademais, destacamos que para além do produto dessas reflexões se integra a esse artigo nossas vivências enquanto pesquisadoras e docentes contexto em que vivenciamos a presença latente e algumas vezes de forma interseccional do racismo e sexismo. Assim, as reflexões advindas desses espaços apontam para a necessidade de conhecimento de ambientes possíveis para a educação antirracista e acesso aos direitos humanos para além dos ambientes formais de ensino e aprendizagens.

Nosso aporte teórico está baseado no diálogo entre o Pensamento Decolonial e o Feminismo Negro. Dito isto, para além da introdução e considerações finais nos debruçamos sobre dois momentos: 1) encontros entre a educação antirracista e os movimentos sociais e 2) feminismo negro e suas contribuições sociais para garantia dos direitos humanos.

Para análise sobre essas bibliografias utilizamos a pesquisa documental e a análise de conteúdo. No entendimento de que, a pesquisa documental analisa diversos tipos de documentos através do desenvolvimento de métodos e técnicas, visando apreender o conteúdo expresso nos documentos (SÁ-SILVA; ALMEIDA; GUINDANI, 2009). Quanto à análise de conteúdo foi feito uso de análise temática (BARDIN, 2011) a qual se realiza em três fases, a saber: pré-análises, exploração dos dados, tratamento e inferências.

Dessa maneira, nesse estudo realizamos uma pesquisa de cunho bibliográfico, com o objetivo de refletir quanto aos espaços de movimentos sociais enquanto possibilidade de ambiente formativo no que diz respeito às questões étnico-raciais no Brasil, para tal, centramos nosso enfoque na educação antirracista como acesso aos direitos humanos.

2. ENCONTROS ENTRE A EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Como ponto de partida para a discussão, aqui proposta, iniciaremos com reflexões a respeito da implementação da Lei 11.645/08 que modifica a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96). Lei esta que torna obrigatório o ensino de história e cultura africana, afro-brasileira e indígena no sistema educacional brasileiro.

Tal diretriz representa também esforços realizados pelos movimentos sociais em cobrança a políticas públicas para educação das relações étnico-raciais. No entanto, a inclusão nos currículos oficiais não garantiu efetividade no cotidiano educacional em grande parte devido ao seu veto no quesito formação. Com isso, não consegue garantir os direitos sociais e culturais não só da população afro-brasileira e indígena, mas de toda a comunidade que ao ter o acesso negado perde em termos de inclusão e conhecimento. Quanto a instituição escolar necessitamos compreender que

a escola se funda em uma imposição de um saber, de uma racionalidade, de uma estética, de um sujeito epistêmico único, legitimado como hegemônico, como parâmetro único de medida, de conhecimento, de aprendizagem e de formação. A partir destes parâmetros únicos de medida e da avaliação levam a classificar o "outro" como inferior, incivilizado, fracassado, repetente, bárbaro etc. Neste novo modo de ver o diferente, propõe-se a tolerância a alguns coletivos: as classes populares, os negros, os homossexuais, mas ainda os vemos como aqueles que não sabem, inferiores. Os estabelecimentos de ensino, ao lado de outras instituições, têm se empenhado no sentido de uniformização ou troca das culturas, utilizando, para tanto, padrões de raiz eurocêntrica (ABRAMOWICZ; RODRIGUES; CRUZ, 2011, p. 94).

Nessas imposições de raça, classe e gênero os saberes produzidos por sujeitos tidos como outros são colocados a margem não apenas no sentido figurado, mas no sentido geográfico de território para fora dos muros escolares. Essas estruturas, acabam por interferir na construção das identidades dos indivíduos ocasionando em um ambiente escolar esvaziado de sentidos para população negra e indígena tal realidade vem sendo constantemente questionada pelos movimentos sociais e/ou profissionais da educação.

Considerando a representativa população negra brasileira, a ausências de suas representações se configuram enquanto um projeto de invisibilidade e negação. Com isso, os espaços coletivos negros têm realizado desde o período colonial a exemplo os quilombos e como nos movimentos contemporâneos os movimentos sociais organizações de resistência

e fortalecimento da identidade negra. Assim, compreendemos que a existência de momentos formativos idealizados pelos movimentos sociais representa um espaço possível para encontro e troca de saberes. Sem perder de vista a necessidade de políticas públicas efetivas para conhecimento e mudança no cenário racial, no que diz respeito à falta de acesso e exclusão de algumas comunidades.

O contexto tanto histórico quanto atual da população negra está expresso em suas diferentes modalidades, sejam elas quilombos, movimentos negros, feminismo negro ou tantos outros grupos sociais ou acadêmicos, mas que em suas interseccionalidades reúnem pessoas que contribuem para a transformação do cenário étnico/social atual. Como afirma Deus (2012, p. 28), “a “nossa Lei” veio sendo construída há muito tempo. Os primeiros passos foram dados ainda no século XIX, mas os frutos mais notáveis datam dos anos 1980”, com histórias (algumas silenciadas) de luta e transformação para a almejada liberdade da população negra.

Como nosso objetivo para o momento de reflexão debruça-se sobre o enfrentamento do racismo, nos delimitaremos a mencionar apenas esse grupo étnico. Porém, se faz necessário o exercício constante de se pensar também a população indígena e outros grupos da diáspora que percorrem conosco uma trajetória de constante luta e resistência. Esses, ainda que não tidos como centro de debate deste artigo, não são em nossas abordagens esquecidos.

A decisão de abordar, no proposto ensaio, as aproximações entre educação e movimentos sociais enquanto espaço de aprendizagem se faz por reconhecermos nessa movimentação espaço oportuno para reflexão e elaboração de estratégias, a fim de favorecer formação intelectual continuada na possibilidade de (re) construções de forma individual e/ou coletiva a partir de uma prática ancorada além dos parâmetros hegemônicos que se configuram em nossa sociedade, a saber, branco, heterossexual e eurocêntrico.

Além disso, compreendemos espaços coletivos sociais como ambiente possível para compreensão de aspectos coloniais relacionados a colonialidade do Ser, Saber e Poder sistematizadas por Quijano (2000). Ambientes como movimentos sociais afroreferencializados, podem representar um local possível para compreensão dos significantes atrelados as

identidades negras no Brasil. Consideramos, na presente pesquisa, que as lutas dos movimentos sociais negros no Brasil buscam atender demandas e interesses de encontro com os direitos humanos.

Trouxemos, portanto, elementos das concepções de Feminismos com foco no protagonismo negro, nos pares conceituais colonialidade e interseccionalidade. Nesse sentido, podemos identificar em Gonzalez (2011) aspectos atrelados as estruturas de desigualdade e exclusão que têm caracterizado a vida de diversas mulheres negras brasileiras.

Assim, podemos considerar talvez que o outro lado da moeda da Colonialidade possa ser a decolonialidade como projeto decolonial enquanto algo a ser construído de maneira a representar um projeto de intervenção social. Como aponta Walsh (2007), enquanto processo que possibilita visibilizar as diversas lutas contra a colonialidade, idealizadas por sujeito de práticas epistêmicas e políticas. Tal ambição, exige a construção e fortalecimento de movimentos de resistência e de reexistência, característica esta, que têm marcado a trajetória política das comunidades afro-diaspóricas.

Desse modo, os marcadores raça, gênero e classe que operaram estruturalmente por meio das colonialidades gerando desigualdades, desvantagens, vulnerabilidade e opressões. No projeto decolonial podem ser acionados para o empoderamento, prioritariamente as comunidades tidas socialmente enquanto marginalizadas. Fazendo uso, do que nos ensina Lorde (2003, p. 117) “Somente no âmbito da interdependência de forças diversas, reconhecidas num plano de igualdade, pode ser gerado o poder para buscar novas formas de estar no mundo e a coragem e apoio necessários para agir num território ainda a ser conquistado”.

Com isso, compreendemos enquanto pedra fundamental ao acesso e garantia aos direitos humanos a educação antirracista. Como projeto decolonial encontros entre a educação antirracista e os movimentos sociais podem representar ambiente fértil, dentro de uma lógica de ação com intervenções que possibilitem esperar¹ um futuro afetivo e respeitoso as diferenças.

Ainda que a problemática das relações entre educação e relações étnico-raciais tenha conquistado avanços no que se refere a debates, reflexões e pesquisas no Brasil e em todo o

continente latino-americano. Como afirmam Oliveira e Candau (2010, p. 16), “nesse universo de preocupações, os estudos sobre relações étnico-raciais vêm se projetando no espaço acadêmico e nos movimentos sociais, a ponto de interferir de forma concreta em políticas públicas e ações governamentais”. Ainda assim, as questões e os desafios se multiplicam diariamente, condição essa que requer atenção e compromisso constantes nos processos educativos, sejam eles afro referencializados ou não.

Nesse sentido, a investigação bibliográfica surge nos questionamentos quanto aos lugares de formação, sobretudo os ocupados pela população negra enquanto local de prestígio do saber, lugar este que, em grande parte, devido à história de escravidão da população negra no Brasil, pouco é ocupado pelo povo negro que teve/tem o racismo como cimentos das relações sociais brasileiras não diferentes dos ambientes de aprendizagem e reconhecidos e valorizados como espaços de produção de saberes.

3. FEMINISMO NEGRO E SUAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Ao realizarmos o movimento bibliográfico de leituras e análises de obras construídas por mulheres negras e suas análises sociais, realizamos uma ação de rachadura da pirâmide social que segundo Davis (2016) a mulher negra ocupa a base dessa pirâmide. O movimento de rachadura na pirâmide social pode acontecer também quando as mulheres negras deixam de ser exclusivamente objeto de estudo e passam a ocupar lugar de fala e escrita. Nesse sentido, Davis ressalta que

é preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas (1997, p. 8).

Para compreensão das referidas categorias cruzadas, utilizamos a discussão sobre interseccionalidade enquanto lente teórica e metodológica possível para compreensão das categorias de raça, classe e gênero. Cientes de

que Mulheres negras vêm, historicamente e de forma resistente, pensando a categoria mulher de forma não universal e crítica, entendendo nossas pluralidades e confluências, trilhando caminhos para a necessidade de se sistematizar as possibilidades de ser mulher.

A pluralidade do ser mulher para o feminismo negro, ocupa espaço importante na discussão sobretudo ao considerar que o racismo no Brasil atinge de maneira cruel aquelas que apresentam mais características fenotípicas negras. Para além disso, ser mulher negra no Brasil está atrelado ao conhecimento de si enquanto identidade. Como comenta a autora Gonzalez (1988, p. 2), à luz das ideias de Simone de Beauvoir: “[...] a gente nasce preta, mulata, parda, marrom, roxinha etc. Mas tornar-se mulher negra é uma conquista”.

Nesse processo de conquista do tornar-se negra, enquanto identidade política os movimentos sociais negros se configuram enquanto espaço possível para formação da identidade de si, a qual nos acompanha nos espaços de atuação profissional. A autora Lugones ao investigar a intersecção entre gênero, raça e classe chama atenção para o que a mesma identifica enquanto colonialidade de gênero:

Diferentemente da colonização, a colonialidade do gênero ainda está conosco; é o que permanece na intersecção de gênero/classe/raça como construtos centrais do sistema de poder capitalista mundial. Pensar sobre a colonialidade do gênero permite-nos pensar em seres históricos compreendidos como oprimidos apenas de forma unilateral. Como não há mulheres colonizadas enquanto ser, sugiro que enfoquemos nos seres que resistem à colonialidade do gênero partir da “diferença colonial”. Tais seres são, como sugeri, só parcialmente compreendidos como oprimidos, já que construídos através da colonialidade do gênero (2014, p. 939).

A população negra feminina, resiste e produz estratégias desde a colonização trazendo essas demandas ainda para os dias atuais em que os espaços de movimentos sociais se mostram enquanto território possível. Com isso, a ação de se dizer, sobretudo no contexto racial, é um ato que nos diz dos processos de construção política e social dos indivíduos.

Quando esses processos exigem luta e resistência, se configuram no cotidiano enquanto

ação diária. Estimo lembrar que tanto a resistência quanto a luta estão repletas de potencialidades para afetividades, na construção de aliados, na partilha de ensinamentos e aprendizagens.

Dessa maneira, o debate quanto ao feminismo negro, entende que a população negra feminina resiste porque trazem dentro do sagrado feminino a energia poderosa de muitas outras mulheres, como nos lembra Werneck (2019), nossos passos vêm de longe no movimento de Mulheres Negras e nas estratégias políticas contra o sexismo e o racismo. Dessa maneira, compreendemos que “a combinação de opressões coloca a mulher negra num lugar no qual somente a interseccionalidade permite uma verdadeira prática que não negue identidades em detrimentos de outras” (RIBEIRO, 2016, p. 102), condição esta que alerta para necessidade de políticas de ações afirmativas, a fim de favorecer o acesso aos direitos humanos.

Estas categorias de opressões não necessariamente tocam, ferem ou fortalecem de forma dissociada, dificultando em alguns momentos a garantia de participação ativa no agenciamento das condições de vida para nós mesmos e para o grupo maior ao qual nos vinculamos de forma interseccional.

A interseccionalidade, se propõe enquanto estratégia teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado², nas quais as mulheres negras são atingidas pelo cruzamento e sobreposição de raça, gênero e classe. no qual, o projeto feminista negro desde sua fundação trabalha o marcador racial para superar estereótipos de gênero, privilégios de classe e cisheteronormatividades articuladas em nível global, tendo a interseccionalidade como subsídio para questionar essas questões e o fluxo entre a teoria, metodologia e as práticas.

Em contrapartida, a Colonialidade do Saber alicerça os conhecimentos branco-cêntricos enquanto única forma de conhecimento válido, determinando referenciais que colocam saberes em categorias duais: prestígio ou não prestígio. Em que a repressão de outras formas de produção de conhecimento não-eurocêntricos, nega o legado intelectual e histórico de povos indígenas e africanos. Neste processo, é silenciado e/ou negado formas e origens outras de produções e socializações de conhecimentos.

Por meio da Colonialidade do Ser se estrutura um padrão branco-referencializado

do sujeito, minando assim, nem sempre de forma silenciosa, aquelas e aqueles que não se enquadram no padrão hegemônico branco e euro-referencializado. Em que no processo de Colonialidade do Ser, o conhecimento de si, enquanto cultura e identidade vão se desvalorizando junto com a vida humana. Neste contexto as resistências dos Movimentos sociais negros se manifestam de maneira contra hegemônica ao reivindicarem suas identidades culturais e sociais. Dessa maneira, os movimentos sociais³ demarcam seu valor epistêmico nas lutas sociais.

Em que, um dos aspectos que os presentes estudos nos possibilitam é a ruptura com a lógica cartesiana de passado e presente, como pontua Spivak (1999) ao propor que a partir dessas lentes teóricas outras possamos romper com as relações antigas e atuais de colonizador(a) e colonizado(a) e tantas outras formas de dominador(a) e dominado(a). Entendemos que os movimentos sociais apresentam um valor epistemológico intrínseco para os direitos humanos, sendo produtores de um tipo de conhecimento gestado na luta.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa direção, compreendemos que o projeto decolonial que emerge, nesse contexto, do ativismo das Mulheres Negras enquanto projeto de reexistência tanto individual quanto coletivo. Somam em um projeto Decolonial que supere a formação moderno/colonial e sua estrutura social quanto as diferenciações de gênero, raça e classe para que não atuem criando opressões, mas que se configurem enquanto integralidade no contexto social.

No entrelaçamento de propostas favoráveis a perspectiva Decolonial, o diálogo com o Feminismo Negro que como sistematiza Collins (2019) margeia as experiências compartilhadas pelas mulheres negras, que simultaneamente confronta com as diretrizes hegemônicas da produção do conhecimento.

Em contraponto com os paradigmas referenciais investigativos e analíticos com da interseccionalidade, ao sistematizar sobre o Pensamento Feminista Negro, Collins (2019) propõe a desconstrução do pensamento intelectual hegemônico nos lembrando que nem todas as intelectuais ocupam os espaços acadêmicos.

Dessa forma, nos aproximamos do cenário afro brasileiro, no que diz respeito às mulheres que somaram/somam aos projetos de reflexão política em prol de justiça social na luta antirracista em especial a que acontece dentro das salas de aulas Collins (2016) sensibiliza olhar para três dimensões. São elas: I) as mulheres negras enquanto coletividade, perpassadas por opressões interseccionais, agenciam a sua própria autodefinição e; II) reagem coletivamente ou individualmente ao sistema de dominação patriarcal, heterossexista e racista; onde elaboram respostas diferentes aos desafios; III) gestam o ponto de vista coletivo, entretanto, tal pressuposto não se propõe universal nem se aparta de outras coletividades oprimidas, pelo contrário, confirma experiências e programas de justiça social em conexões transnacionais e globais.

Temas centrais, para reflexão do pensamento Feminista Negro, no que diz respeito aos pensamentos gestados pelas ativistas negras e as epistemologias dessas mulheres. Em que, os paradigmas interseccionais possam se configurar enquanto cenário de conexões, conhecimentos e empoderamento sobretudo no espaço educativo.

Por entendermos as categorias teóricas metodológicas dos Estudos Decoloniais e do Feminismo Negro, enquanto projetos propositivos na luta pela justiça social da/para sociedade que acreditamos. Que realizamos aproximações

neste artigo entre os campos teóricos, a fim de pensar os padrões de silenciamento, repressão e sobretudo refletir sobre as estratégias e espaços em que representam campos de potência para desarticulação das estruturas de opressões.

Espaços como o movimento social negro se mostram como um lugar possível para o conhecimento e a resistência das marcas coloniais em nossa sociedade e, consequentemente, em sala de aula. Além disso, contribuem na formação do sujeito político, crítico e reflexivo, munido de formação para a contribuição na luta por uma educação antirracista que possa cooperar na reversão do cenário de intolerância no que diz respeito ao contexto étnico-racial vigente na sociedade. Isto se torna possível por meio de filiação a grupos, teorias, organizações, estudos e pessoas que lutam e constroem práticas de enfrentamento contra diferentes formas de opressão e formam, coletivamente e de forma intercultural, uma identidade e práticas pedagógicas de resistência.

Por fim, compreendemos a necessidade de se repensar os diferentes e diversos espaços possíveis e favoráveis para o conhecimento de organizações individuais e coletivas de estratégia para sistematização do conhecimento para a educação das relações étnico-raciais e acesso aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOWICZ, Anete; RODRIGUES, Tatiane Cosentino; CRUZ, Ana Cristina Juvenal da. A diferença e a diversidade na educação. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*. São Carlos, Departamento e Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar, n. 2, pp. 85-97, 2011.
- BARSIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- BRASIL. Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003.
- BRASIL. Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008.
- COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista Sociedade e Estado*, volume 31, Número 1, janeiro/abril. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v31n1/0102-6992-se-31-01-00099.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020 às 19:52.
- COLLINS, Patricia Hill. *Pensamento Feminista Negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento*. Tradução Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.
- DAVIS, Angela. *Mulheres raça e classe*; tradução Heci Regina Candiani, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 2016.
- DEUS, Zélia Amador de. Os desafios da academia frente à Lei nº 10.639/03. In: PESTANA, Maurício (Org.). *O negro nos meios de comunicação. Diálogos sobre a Lei nº 10.639/2003*. Brasília: FCP, 2012.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da esperança: reencontro com a pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: paz e terra, 1992.
- GONZALEZ, Lélia. A importância da organização da mulher negra no processo de transformação social. *Revista Raça e Classe*, Brasília, ano 2, n. 5, p. 2, novembro/dezembro, 1988.
- GONZALEZ, Lélia. Por um Feminismo Afro-latino-Americano. *Caderno de Formação Política do Círculo Palmarino*. São Paulo: Círculo Palmarino, pp. 12-21, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271077/mod_resource/content/1/Por%20um%20feminismo%20Afro-latino-americano.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020 às 19:50.
- LORDE, Audre. *La hermana, la extranjera. Artículos y conferencias*, traducción de María Corniero, revisión de Alba V. Lasheras y Miren Elordui Cadiz, Madrid: Horas y horas, 2003.
- LUGONES, María. *Rumo a um feminismo descolonial*. Estudos Feministas, Florianópolis, 2014
- OLIVEIRA, Luiz Fernandes de; CANDAU, Vera Maria Ferrão. Pedagogia decolonial e educação antirracista e intercultural no Brasil. *Educação em Revista*. Belo Horizonte, v. 26, n. 01, pp. 15-40, abr. 2010.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Perspectivas Latinoamericanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, p. 246, 2000
- RIBEIRO, Djamila. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. SUR 24 - v. 13 n. 24, pp. 99-104, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/9-sur-24-por-djamila-ribeiro.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020 às 19:57.
- SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. Pesquisa Documental: pistas teóricas e metodológicas. *Revista Brasileira de História e Ciências Sociais*, 2009.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*. Cambridge: Harvard UP, 1999.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad e colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (Org.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, cap. 3, pp. 47-63, 2007.
- WERNECK, Jurema. Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo In: WERNECK, Jurema (Org.). *Mulheres Negras: um olhar sobre as lutas sociais e as políticas públicas no Brasil*. 2019. Disponível em: https://criola.org.br/wp-content/uploads/2017/10/livro_mulheresnegras_1_.pdf. Acesso em: 13 set. 2020 às 20:11.

NOTAS

1. De acordo com Feire (1992), o esperar é compreendido enquanto verbo em que esperar significa se levantar, ir atrás, agir e construir. Juntar-se aos(as) outros(as) e fazer de outro modo.
2. Ainda podendo ser incluído outras categorias como território, geração e religiosidade.
3. Entendemos que os movimentos sociais apresentam um valor epistemológico intrínseco, sendo produtores de um tipo de conhecimento gestado na luta.

HUMAN RIGHTS IN THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

• • • • •
Indrė Isokaitė-Valužė

Associate Professor at the Faculty of Law, Vilnius University, Lithuania

ABSTRACT

The Article aims at human rights issues in the cases heard (judgments and advisory opinions delivered) by the International Court of Justice ("ICJ" or "the Court") within the past five years. The author analyses the newest jurisprudence of the ICJ thereby revealing the development of human rights and providing some general insight into the role of the ICJ and the importance of the Court's jurisprudence in the field. Despite the jurisdiction of the ICJ (neither specifically designed for or limited to human rights issues, nor allowing individual complaints), the Court's impact on the protection of human rights and the development of international human rights law is uncontested. Among the judgments and advisory opinions announced within the period 2016-2020 the author distinguishes the following cases related with human rights: the *Marshall Islands cases* (*Marshall Islands v. United Kingdom*, *Marshall Islands v. India*, *Marshall Islands v. Pakistan*), the *Jadhav case* (*India v. Pakistan*) and the *Chagos Archipelago case* (advisory proceedings).

Accordingly, the research focuses on the issues of nuclear weapons and human rights, the right to consular notification and access and the peoples' right to self-determination. The research reveals that the *Marshall Islands cases*, on the one hand, have precluded a more elaborate clarification on the issues of complete nuclear disarmament as they ended without the decision on the merits; on the other hand, these cases have reminded of the legal uncertainties in the face of remaining threat of nuclear weapons and contributed to the movement on nuclear disarmament, which witnessed the adoption of a treaty on complete prohibition of nuclear weapons in 2017. Nuclear weapons not only have catastrophic consequences on environment and humanity, but also violates human rights (particular

individual rights, e.g. the right to life) and is a breach of international human rights law. The *Jadhav case* contributed to the interpretation of the Vienna Convention on Consular Relations (Article 36): the right of consular notification and access shall not be limited even in cases of the charges of espionage. In the *Chagos Archipelago case* (advisory opinion), the ICJ has reminded of the importance of the right of peoples to self-determination and *inter alia* confirmed the customary nature of this right (principle).

Keywords

Human rights; nuclear weapons; the International Court of Justice; peoples' right to self-determination; consular notification and access; *Marshall Islands cases*, *Jadhav case*; *Chagos Archipelago case* (advisory opinion), etc.

1. INTRODUCTION

International community has started calculating the second century of international justice¹, which is inseparable from the protection of human rights. Bringing to justice those responsible for genocide, war crimes and crimes against humanity is a concern of the international community; universal implementation of human rights' obligations is essential for both international legal order and international peace and security. Among different international courts, arbitrations and other mechanisms for international dispute settlement, the ICJ has been considered as and remains the major international institution for the realisation of international justice. Although, differently from other, especially regional, institutionalised mechanisms, particularly designed for the protection of human rights, the ICJ has neither been intended solely for human rights disputes, nor has been limited to this type of cases, the Court's impact on the development of human

rights (as this research further confirms) is remarkable.

This article aims at the analysis of the ICJ's recent jurisprudence addressing the issues of human rights. For this purpose, the cases wherein the Court delivered a judgment or an advisory opinion within the past 5 years, i.e. from 2016 until now (1st of July 2020), fall within its scope. The author explains the ICJ's role in the protection and development of human rights, highlights some recent issues in human rights' landscape and further identifies the cases (both, contentious and advisory proceedings) relevant for the above defined aim and tasks of this research. Further, certain human rights issues are distinguished in each case and revealed in the framework of the Court's jurisprudence on that issue thereby highlighting new developments and the significance of the Court's recent cases.

The analysis is based on the following research methods: legal research (applied in the analysis of the Court's jurisprudence, treaties and other legal documents), systematic research (serves for the structure of the article and the analysis of each legal issue in applicable legal framework), comparative method (applied mainly in presenting the interpretation of a particular human right in respective judgments), historical approach (invoked for separate issues, e.g. the development of nuclear disarmament or the evolution of international justice), *etc.*

The aim of the present article determines the selection of the main legal sources, which, undoubtedly, are the judgments and advisory opinions of the International Court of Justice (and dissenting opinions of ICJ Judges). The author also analyses relevant treaty provisions, refers to academic writings and uses other sources. Both, human rights and the jurisprudence of the ICJ have always been among the most popular research topics, each being extremely broad area of research, however, the present article has a clear focus on the selected human rights issues in the most recent jurisprudence of the ICJ revealing them in a wider context of the development of human rights and the Court's impact thereon. In that respect the publications of the authors who either commented the cases or researched the issues covered in the present article could be mentioned, still, only as a few examples. For instance (as referred to further in this article), ICJ Judge A. A. Cançado Trindade published on the universal obligation of nuclear

disarmament; H. Hannum analysed the right of self-determination in the twenty-first century; S. Casey-Maslen wrote on the use of nuclear weapons and human rights; S. Ghandhi published on human rights and the International Court of Justice with the focus on the Ahmadou Sadio Diallo Case, *etc.*

2. HUMAN RIGHTS: SOME RECENT DEVELOPMENTS

2.1. A few general remarks on the concept and protection mechanisms

Respect for human rights and humanisation of international law marked the formation of and has characterised the contemporary international law for some seven decades already. Certain human rights have even been recognised as the rules *jus cogens* and obligations *erga omnes*.² Each State is participating in the multilevel mechanisms for human rights protection and is bound by human rights treaties, construed by international courts and tribunals. Despite that, millions of people worldwide suffer from hunger, poverty, violence, oppression and a great number of other human rights abuses, caused by many factors, from political regimes, extremism, and radicalisation to, say, climate anomalies. For example, in 2020 five bodies of the United Nations ("UN") jointly addressed the negative impact that climate change has on human rights to life, to adequate food, to adequate housing, to health and to water, and cultural rights.³ In 2018 the Inter-American Court of Human Rights ruled that the right to a healthy environment is a fundamental human right (human rights depend on the existence of a healthy environment); degradation of the environment (including adverse impacts of climate change) affects the enjoyment of the right to a healthy environment and other human rights; and thus States must take measures to prevent significant environmental harm to individuals not limiting to the State's border.⁴

"The list of internationally recognised human rights has not remained constant"⁵, they have been changing with the evolving concept of human dignity, new threats and opportunities, political, legal, social and other developments. According to Karel Vasak's offered classification attributed to three generations, certain human rights have recently been listed also as the 4th

generation human rights⁶ (the right to be forgotten may serve as an example). Despite the discussed categorisation, researchers mostly agree, that “the human rights discourse embraces more and more dimensions and specific aspects”⁷, especially related to scientific discoveries in the field of health and medical science, digital environment, artificial intelligence, information and communication technologies, bioethics, robotics, etc.

Not only the landscape of human rights, but also the operation of the international mechanisms for human rights protection has faced certain developments within the past several years. For example, in 2018 the first inter-State complaints before the UN Committee against Racial discrimination were brought.⁸ The same year international regional courts, namely, the European Court of Human Rights, was empowered to give advisory opinions on questions relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or the protocols thereto⁹ (advisory jurisdiction is also exercised by the Inter-American Court of Human Rights). Among the developments one should also emphasize the entering into force (again, in 2018) of the definition of the crime of aggression under the Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court as the forth ground for individual criminal responsibility.¹⁰

Simultaneously with the above presented developments, human rights issues have also been brought before and decided by the ICJ.

3. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

3.1. Mandate of the Court

The ICJ, the continuator of the Permanent Court of International Justice, titled “the World Court” and “the highest court in the world on questions of international law”¹¹, is the adjudicator of the disputes between States and the main judicial institution interpreting fundamental issues of international law, including the essential part thereof – human rights. In this respect, two issues should be noted: the access to the Court (jurisdiction) and (the type of) legal issues decided (substantive law).

States recognise the Court’s jurisdiction mainly in three ways: by issuing unilateral declarations, by concluding a special agreement or acceding to international treaties establishing the Court’s compulsory jurisdiction. The latter may set a mechanism for dispute settlement or include a provision on the Court’s jurisdiction (for example, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide¹²). Although States often insert in their declarations recognising the jurisdiction of the Court as compulsory the list of disputes outside the scope of such recognition, human rights usually do not fall under such reservations.¹³ The right of an individual complaint before the international court is commonly considered as the most effective remedy exercised by individuals under international (especially regional) human rights protection mechanisms. This is not the case of the ICJ, but one should not forget certain considerations in that respect: although the Court has been limited to inter-State petitions, establishing the then Permanent Court of International Justice individual complaints was the issue under consideration and in both cases this “did not mean a definitive answer to the question at issue either”.¹⁴

Absence of the right of individual complaint is, however, not a decisive factor in determining the Court’s contribution to human rights development. Due to interconnection of the branches (fields) of international law (international human rights law, international humanitarian law, international criminal law, etc.), each time, the ICJ was called upon to examine situations related with genocide, crimes against humanity, the use of force, self-determination of nations, diplomatic protection and many others, the Court was actually analysing the issues of human rights. What is more, the ICJ is an international judicial body providing authoritative advisory opinions on these issues, sometimes extremely complicated and sensitive, for example, the status of Palestine, legality of nuclear weapons or Kosovo’s independence (advisory opinions on all these issues are analysed further in this article). The Court has recognised certain rules as principles of international law or their status as the rules *jus cogens* or obligations *erga omnes*.¹⁵ “Thus, the Court has had an abundant opportunity to contribute an important jurisprudence to the international law of human rights in such diverse fields as: genocide, race discrimination,

self-determination, immunities of experts, consular access, belligerent occupation, nuclear weapons and <...> diplomatic protection".¹⁶ Lyal S. Sunga determined the Court's growing role since 1946, when "the ICJ's contribution to human rights promotion and protection was scarcely noticeable; <...> this changed dramatically over the last decade or so with a series of rulings where the Court emphasized international human rights and humanitarian law and principles".¹⁷ Three reasons are given: the ICJ has not been designed for human rights cases and individual complaints; in 1950-1960 international human rights law was at an early stage of its normative development and "the Court's own reticence to adopt a more activist stance".¹⁸ Even if the last reason could be discussed, in general, the ICJ's growing role should not be contested, despite some recent cases, as e.g. *the Marshall Islands cases*, where the Court seems to have stopped much nearer than it was expected to go. Moreover, dissenting and separate opinions of the ICJ Judges have created an additional contribution to the development of human rights law.¹⁹

3.2. Recent cases

From 2016 until now (1 July 2020) the ICJ has announced judgments in nine cases²⁰, mostly contentious (eight cases), including three cases brought by the same applicant against different respondents, i.e. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom, Marshall Islands v. India and Marshall Islands v. Pakistan²¹, - "*Marshall Islands cases*") and one in advisory proceedings – the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*²² ("*Chagos Archipelago advisory opinion*"). As often before, the ICJ was called upon to adjudicate on territorial disputes²³, it also construed the principle of territorial integrity and the prohibition of the threat or use of force²⁴, obligation to negotiate and certain maritime issues.²⁵ In addition, two other cases were removed from the list by the Parties' agreement: the Court made orders recording the discontinuance of the case (instituted upon the request to ask for the interpretation (revision) of a judgment).²⁶

In the above presented list of cases there are four inter-State disputes, which required

interpretation of human rights' issues. Three *Marshall Islands cases* (2014-2016) are related with the use of nuclear weapon and nuclear disarmament obligations (however, the Court decided against their admissibility); *Jadhav case* (2017-2019) focuses on the interpretation of the right of consular notification and access.²⁷ One advisory opinion was delivered in the selected period: the *Chagos Archipelago advisory opinion* (2017-2019) deals with the issues of the continuing administration of a territory in the context of the decolonisation process and the peoples' right to self-determination.

3.3. Human rights in the ICJ's recent jurisprudence

3.3.1. Nuclear weapons and human rights

The devastating consequences that nuclear weapons have for the environment, humanity, international peace and security and the whole Planet stipulate a general understanding of their extension to the fate of peoples and lives of individuals as well. Unfortunately, the international community has not managed to reach a consensus on the complete prohibition of the production, compilation and use of nuclear weapons for decades (although there have been relevant developments recently, as discussed further), differently from other two types of weapons of mass destruction, bacteriological and chemical weapons.²⁸

Recalling the *Advisory opinion on the use of nuclear weapons* delivered by the ICJ in 1996²⁹ ("*1996 Advisory opinion*"), in the world of nuclear threats and, still, legal uncertainties as regards complete nuclear disarmament, the *Marshall Islands cases* brought by the Marshall Islands against nine States³⁰ before the ICJ in 2014, looked much promising. In the *1996 Advisory opinion*, having reminded of the international community's duty of nuclear disarmament negotiation (completing disarmament)³¹ and having indicated the applicability of the international humanitarian law to the use of nuclear weapons³², the ICJ has refrained from an explicit and unconditional statement that the threat by or use of nuclear weapons was illegal under international law.³³ Although the Court supported the findings by lack of "existing customary and statutory (conventional) law" which would establish "comprehensive and

universal prohibition"³⁴ of nuclear weapons, the 1996 *Advisory opinion*, delivered in a "dramatic hearings"³⁵ with a huge States' participation and followed by dissenting opinions, inspired discussion and criticism (mostly related with the Court's failure to state explicitly the illegality of the use of nuclear weapons).³⁶

In the 1996 *Advisory opinion* the issue of the violation of human rights caused by the use of nuclear weapons was made subject to the violation of international humanitarian law. Two principles, the prohibition of causing unnecessary suffering to combatants and the principle of distinction between combatants and non-combatants, were followed by statements, that they (a great many rules of international humanitarian law) reflected "elementary considerations of humanity", were "fundamental" and "constitute[d] intransgressible principles of international customary law".³⁷ The following reference was made to the right to life as established in the International Covenant on Civil and Political Rights³⁸: "whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself"³⁹. According to S. Casey-Maslen, "[w]hat the ICJ is effectively saying is that the use of a weapon in the conduct of hostilities – at least in a situation of international armed conflict – will only violate human rights law if that use also constitutes a violation of the rules of [international humanitarian law]"⁴⁰ (as international humanitarian law is *lex specialis*).

The widespread catastrophic consequences of nuclear weapons on the environment and humanity were, indeed, recognised in the said advisory opinion (the Court indicated "their capacity to cause untold human suffering, and their ability to cause damage to generations to come"⁴¹) also in numerous UN General Assembly's resolutions⁴² and other legal instruments; however, they do not contain an explicit statement on the violation of (particular) human rights (and international human rights law) caused by the use of nuclear weapons. In this respect it should be emphasized that on 30 October 2018 the UN Human Rights Committee adopted a new General comment N°. 36 on Article 6 of the International Covenant

on Civil and Political Rights, the Right to Life, which concludes that the threat or use of nuclear weapons is incompatible with the right to life and may amount to a crime under international law.⁴³ The author supports the view that the use of nuclear weapons violate human rights (or some of them): those who suffer are people, each and every human being.⁴⁴ Certain human rights (as the right to life) may be affected directly, other violations may follow from the nuclear weapons' disastrous consequences on the environment. As the Court recognizes, "the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn".⁴⁵ S. Casey-Maslen cites L. Doswald-Beck who indicates that "[t]he enormous destructive effect of a nuclear detonation, as well as the long-term radioactive effects, is likely to result in the finding of a violation of some or all" of a range of human rights"; "[i]n this regard, she cites *inter alia* the rights to life, to humane treatment, to a healthy environment and to the highest attainable standard of health".⁴⁶ S. Casey-Maslen concludes that "the static nature of [international humanitarian law] stands in stark contrast to the progressive dynamism of human rights".⁴⁷

On the one hand, the *Marshall Islands cases*, which ended without a judgment on the merits as the Court decided there was no legal dispute, closed the door for a more elaborate clarification on the issues of complete nuclear disarmament and perhaps the impact of nuclear weapons on human rights (law); on the other hand, these cases have reminded of the legal uncertainties in the face of decades-long threat of nuclear weapons and to some extent fostered the movement on complete nuclear disarmament. The decisions against admissibility (adopted by the Court's President's casting vote) revealed different views of the ICJ Judges expressed in their dissenting opinions, criticism by non-governmental societies, academics and discussion in other forums.⁴⁸ These are, however, outside the scope of this research, focusing on human rights. In this respect the author notes that the *Marshall Islands cases* have, still, highlighted the fatal consequences of nuclear weapons on humanity, the fates of peoples and each individual. As expressed in the dissenting opinion of Judge M. Bedjaoui, "[s]ince one sad morning in August 1945, nuclear weapons, an insane means of mass destruction, have left the entire human

race living under a death sentence. For 70 years they have been part of the human condition. They enter into all calculations, all designs, all scenarios of international life".⁴⁹ Furthermore, Judge A. A. Cançado Trindade in his dissenting opinion indicates the violation of human right to life and breach of international human rights law: "Testimonies before the ICJ, in the course of contentious proceedings (in 2016) as well as advisory proceedings (two decades earlier, in 1995), leave it quite clear that the threat or use (including "testing") of nuclear weapons entails an arbitrary deprivation of human life, and is in flagrant breach of the fundamental right to life. It is in manifest breach of the [international law of human rights], of [international humanitarian law], as well as the Law of the United Nations".⁵⁰

It should be noted that on 7 July 2017 the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons was adopted (with 82 signatories, 40 parties not yet in force)⁵¹. This is a significant achievement as it establishes a comprehensive set of prohibitions as regards the participation in any nuclear weapon activities, including the obligations not to develop, test, produce, acquire, possess, stockpile, use or threaten to use nuclear weapons. The cornerstone of the global non-proliferation regime and the foundation for nuclear disarmament has been considered the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of 1968, in force from 1970, which in the words of K. Ambos and M. Lippold, "is based on a compromise: non-nuclear-weapon States are under an obligation to remain non-nuclear-weapon States, while nuclear-weapon States are under an obligation to negotiate in good faith with a view to becoming non-nuclear-weapons States".⁵² Thus the adoption of the 2017 the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons was a step forward, "an outcome of the discourse centred on promoting greater awareness and understanding of the humanitarian consequences that would result from any use of nuclear weapons".⁵³

3.3.2. The right of peoples to self-determination

The right of peoples to self-determination is a specific right: a collective right (belonging to peoples not to minorities), listed among the principles of international law and the purposes of the United Nations⁵⁴, forming the ground for the realisation of individual rights⁵⁵,

bearing the character of the rule *jus cogens* and *erga omnes*⁵⁶. Established in the context of the decolonisation process (which has been an issue "of particular concern to the United Nations"⁵⁷), the right has not been confined to it and has neither become irrelevant, nor repealed since then. The belief that it "will not disappear as an issue that has the potential to create serious conflict in the future" expressed by H. Hannum in 1998⁵⁸, remains fully valid today. Being rather complicated in its practical realisation⁵⁹, the right of peoples to self-determination has been brought before the ICJ not only once. This "fundamental human right"⁶⁰ contains much controversy, including, for example, the legality of secession, emergence of a new State, which is actually an issue of not only law but also fact. In the view of H. Hannum, "[s]ome things are too important to be left to lawyers, and I think that self-determination might be one of those issues".⁶¹

The *Chagos Archipelago advisory opinion*⁶² is a reminder of the standing importance of the right of self-determination, witnessing that the decolonisation process is not yet complete and indicating the development of this right. As noted therein, "international law is not frozen at the date when the first steps were taken towards the realization of the right to self-determination in respect of a territory"⁶³, "State practice and *opinio juris*, i.e. the acceptance of that practice as law (Article 38 of the Statute of the Court), are consolidated and confirmed gradually over time".⁶⁴ Established in the Charter of the United Nations of 1945⁶⁵, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples of 1960⁶⁶, International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966⁶⁷, Declaration on the Principles of International Law of 1970⁶⁸, the right has further evolved in resolutions, mainly adopted by the UN General Assembly⁶⁹, unilateral acts of States and construed by the ICJ. As the ICJ is limited to inter-State petitions, peoples do not have a right to institute proceedings even in cases, much related with their status. For example, in the *East Timor case (Portugal v. Australia)*⁷⁰, "East Timorese people had no *locus standi* to request intervention in the proceedings, not even to present an *amicus curiae*, although the crucial point under consideration was that of sovereignty over their territory"⁷¹. Today, Democratic Republic of Timor-Leste (formerly

East Timor) is one of the newest UN Member States, admitted to the organisation in 2002 as 191st Member State, following the referendum where Timorese people voted to begin the process of independence from Indonesia⁷².

Judgments and advisory opinions delivered by the ICJ before the *Chagos Archipelago advisory opinion* referred to the above listed legal sources which established the right of self-determination, explained the evolution of the right at issue, emphasized States' obligations in respect of that right, recognized the right of peoples to self-determination as a right *erga omnes*. For example, in the case *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*⁷³ (Advisory Opinion on Palestine) the Court has reminded of the applicability of the right to non-self-governing territories and that it was a right *erga omnes*⁷⁴. In the above mentioned advisory opinion and the *Western Sahara advisory opinion*⁷⁵ emphasis was made to the UN General Assembly's resolutions. In the *Advisory Opinion on Palestine*, having stated that "the existence of a Palestinian people [was] no longer an issue", the Court referred to their right to self-determination as established in numerous GA resolutions.⁷⁶ The Court indicated that the construction of the wall by Israeli in the occupied Palestinian territory (along with measures taken previously) severely impeded the exercise of this right and this was Israeli's breach of the obligation to respect that right⁷⁷, which the Court ordered to respect⁷⁸ as the "obligation *erga omnes*"⁷⁹, and therefore "all States [were] under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory", "not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction".⁸⁰ The *Western Sahara advisory opinion* also emphasized the importance of the respect for the will of people in the context of the administering power.

*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*⁸¹ (Kosovo advisory opinion), which preceded the *Chagos Archipelago advisory opinion*, was also accompanied by dissenting opinions and discussed by academics. The Court limited itself to deciding on the legality of the declaration of independence, however, has not elaborated on the issue of secession (conditions thereof, remedial secession, etc.).

Nevertheless, it recognised that "the scope of the principle of territorial integrity [was] confined to the sphere of relations between States"⁸², thus the principle does not preclude peoples' exercise of their right to self-determination by declaring independence. The declaration of independence of Kosovo of 17 February 2008 did not violate international law, - the interim regime under the UN administration was not an obstacle for the expression of such genuine will of Kosovar people who (Kosovo Albanians) had faced long-lasting systematic repressions, prosecution and violence.⁸³ The Court, with reference to its former jurisprudence, summarised the development of the right of self-determination during the second half of the twentieth century: it occurred "in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation".⁸⁴ Moreover, the evolution of this right in that period was "one of the major developments of international law".⁸⁵ The applicability of the right to all, including non-self-governing territories, under the trusteeship of the League of Nations (the United Nations) had been recognised earlier in the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*.⁸⁶ As was recognised in one of the separate opinions to the *Kosovo advisory opinion*, "the principle of self-determination has survived decolonization" and "applies in new situations of systematic oppression, subjugation and tyranny"⁸⁷.

In addition to what was construed in the previous cases, the *Chagos Archipelago advisory opinion* covered an issue of whether the right of self-determination had crystallised as a customary rule binding States. International legal custom was defined in the *North Sea Continental Shelf cases*⁸⁸ and even earlier, in *The case of the S.S. "Lotus"*⁸⁹. In the *Chagos Archipelago advisory opinion* the Court considered the UN General Assembly's resolution 1514 as having "a declaratory character with regard to the right to self-determination as a customary norm"⁹⁰, that the wording used indicated "a normative character"⁹¹. However, "[t]he right to self-determination under customary international law does not impose a specific mechanism for its implementation in all instances"⁹². The ICJ concludes that "[b]oth State practice and *opinio juris* at the relevant time confirm the customary

law character of the right to territorial integrity of a non-self-governing territory as a corollary of the right to self-determination".⁹³ The Court not only declared the right of peoples of non-self-governing territories to exercise their right to self-determination in respect of their territory as a whole, the integrity of which must be respected by the administering Power, but as in *Western Sahara advisory opinion*, stressed the importance of the genuine will of the people: "any detachment by the administering Power of part of a non-self-governing territory, unless based on the freely expressed and genuine will of the people of the territory concerned, is contrary to the right to self-determination".⁹⁴

3.3.3. Consular notification and access

In *Jadhav case* the Court was called upon to construe States' obligations under the Vienna Convention on Consular Relations of 1963⁹⁵ ("Consular Convention"), some two decades following the preceding judgment in the case *LaGrand (Germany v. United States of America)*⁹⁶, which dealt with similar issues. The alleged violation of individual rights (Article 36 of the Consular Convention) was to be determined as an object of inter-State dispute.⁹⁷ As the Court stated, "Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person".⁹⁸ The article at issue "creates individual rights for the detained person in addition to the rights accorded the sending State, and consequently the reference to "rights" in paragraph 2 must be read as applying not only to the rights of the sending State, but also to the rights of the detained individual".⁹⁹

A jurisdiction is a corollary of the principle of sovereign equality of States under international law, as well as a prohibition to intervene in the affairs of other States. The principles to justify jurisdiction over aliens (territorial principle, nationality principle, passive nationality principle, the protective and security principle, the universality principle), in the words of I. Brownlie, "often interweave in practice" and "each individual principle is only evidence of the reasonableness of the exercise of jurisdiction".¹⁰⁰ States may sometimes arrive at a concurrent jurisdiction and disagree on the (priority or exclusive) rights to institute proceedings in such cases.¹⁰¹ Thus the issue,

being rather complex, is even more sensitive in cases of criminal jurisdiction, related with the arrest, detention, trial and sentencing of a foreign national, especially, in cases of corporal punishment. The lawfulness of the exercise of jurisdiction depends on not only the existence of a respective ground (principle) but also the compliance with all procedural requirements. When charges are made in respect of an alien, the receiving State's obligation to inform a consular officer of the sending State and to allow their communication (consular notification and access) is one of them.

Article 36, paragraph 1 (b) of the Consular Convention establishes the obligations of the receiving State towards the detained person and the sending State. Accordingly, consular officers shall be free to communicate with the nationals of the sending State, to have access to them, to visit and speak with them and to arrange for their legal representation, respective rights of consular notification and access belong to nationals. In *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*¹⁰² (*Avena case*) the Court listed three elements of the right in Article 36, paragraph 1 (b): the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36; the right of the consular post to be notified without delay of the individual's detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular post by the detained person. The judgment contains reference to the *La Grand case*, where the ICJ construed that Article 36, paragraph 1, established "an interrelated régime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection"¹⁰³. Although the above listed obligations seem to be quite clear (in the words of the Court "[t]he clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt"¹⁰⁴), the cases before the Court reveal that these requirements are not always satisfied. Usually, States do not in general argue the existence of the obligations of consular notification and access; however, disagree on the conditions of their application: the persons in respect of which they apply, the consequences of the refusal of the right by a national, the meaning of "without delay", etc. All these aspects should be clarified in the context of a particular case.

Among the issues construed in the Court's jurisprudence on consular notification

and access was the issue of a national's request (or refusal) as regards the provision of consular information. The ICJ stated that "the clear duty to provide consular information under Article 36, paragraph 1 (b), [did] not invite assumptions as to what the arrested person might prefer, as a ground for not informing him <...> [it] rather [gave] the arrested person, once informed, the right to say he nonetheless [did] not wish his consular post to be notified¹⁰⁵." However, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised (consular officers shall refrain from taking an action on behalf of a national) "if he expressly opposes such action".¹⁰⁶ The exercise of the rights or the sending State also depends upon notification by the authorities of the receiving State.

One of the issues that required clarification in majority of cases under the current analysis was the meaning of "without delay", as established in Article 36 of the Consular Convention. For example, in *Avena case* having established the violation of the duty to be informed "without delay" in 47 cases, the Court denied that "without delay" was to be understood as "immediately upon arrest and before interrogation"¹⁰⁷. Nevertheless, this does not release a State from a duty of notification in such cases: "there is nonetheless a duty upon the arresting authorities to give that information to an arrested person as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national"¹⁰⁸. "Without delay", as established in Article 36, paragraph 1 (b), means informing by the receiving State (at the request of the detained person) the consular post of the sending State of the individual's detention; forwarding by the sending State any communication by the detained person addressed to the consular post and also informing the person concerned of his rights under this subparagraph¹⁰⁹.

In *Jadhav case* the examination of the alleged violations of Article 36 of the Consular Convention not only contributed to the clarification of the issues already revealed in the Court's previous jurisprudence, as presented above, but also complemented the case law in several new aspects. Arrest and detention by Pakistan of Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav

accused of involvement in espionage and terrorism activities and sentenced to death by military court in Pakistan was the ground for the claim of India, which *inter alia* asked to declare that Pakistan had violated Mr. Jadhav's "elementary human rights" (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights).

For the first time the Court was called upon to elaborate on the scope of Article 36, namely, its application to persons accused of espionage. Having observed that there were neither any references to cases of espionage in the Consular Convention, nor exceptions to the applicability of the Article, having noted that interpreting otherwise would have run counter to its purpose (to facilitate the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State) and having applied the methods for treaty interpretation (including *travaux préparatoires*)¹¹⁰, the Court concluded that the Article at issue did not exclude persons suspected of espionage¹¹¹. In the words of the ICJ, "any derogation from Article 36 of the Vienna Convention for political or security grounds may render the right related to consular access meaningless as it would give the receiving State the possibility of denying such access".¹¹² This conclusion was not repealed by the existence of the Agreement on Consular Access concluded by India and Pakistan in 2008, point (VI) of which stipulated that "[i]n case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits" and, according to Pakistan, was to be applied instead of the Consular Convention. The Court, however, did not uphold that view: "<...> point (vi) of the Agreement cannot be read as denying consular access in the case of an arrest, detention or sentence made on political or security grounds. Given the importance of the rights concerned in guaranteeing the "humane treatment of nationals of either country arrested, detained or imprisoned in the other country", if the Parties had intended to restrict in some way the rights guaranteed by Article 36, one would expect such an intention to be unequivocally reflected in the provisions of the Agreement. That is not the case".¹¹³ Article 73, paragraph 2, of the Consular Convention refers to subsequent agreements intended to "confirm, supplement, extend or amplify" the Convention. As the aim of the Consular Convention is "to uniform standards for consular relations", the Court was of the

view that parties had not intended to displace obligations under the Consular Convention.

As regards the notification “without delay” (Article 36, paragraph 1 (b), of the Consular Convention), reference was made to the judgment in *Avena case* reminding that this was to be determined on the basis of each individual’s circumstances. Having taken into account the circumstances of the *Jadhav case*, the Court considered the term of some three weeks after the arrest as constituting a breach of the obligation to inform “without delay”.¹¹⁴

In *Jadhav case* the Court has also construed the manner of informing. As the Consular Convention does not specify the manner in which the receiving State should inform the consular post of the sending State of the detention of one of its nationals, it enough to establish that “the information contained in the notification is sufficient to facilitate the exercise by the sending State of the consular rights envisaged by Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention”¹¹⁵.

4. CONCLUSION

Although the jurisdiction of the ICJ is neither limited to human rights cases, nor designed for individual complaints, the Court is the “World Court” for deciding fundamental issues of international law, including human rights. Each time the Court is called upon to construe principles and rules of international law in cases containing such issues as, for example, genocide, war crimes or crimes against humanity, international humanitarian law, diplomatic and consular law or the right to self-determination, it actually examines human rights issues and contributes to the development of international law on human rights. Moreover, the Court has recognised certain rules and principles as *jus cogens* (e.g. prohibition of genocide, slavery, torture, etc.) and *erga omnes* (e.g. the right of

peoples’ to self-determination). In the past five years (2016-2020) human rights have been on the Court’s agenda in both, contentious cases (mostly) and advisory proceedings. The same period witnessed significant human rights developments in universal international and regional levels. Among the recent jurisprudence, the author distinguished five human rights related cases, four judgments in contentious cases (proceedings in three of which were instituted by the same applicant) and an advisory opinion. These cases contain extremely significant issues: nuclear weapons and human rights, the right of peoples to self-determination and consular access. Although in much promising *Marshall Islands cases* the Court decided against admissibility and thus precluded expected clarification on the issues of complete nuclear disarmament (and perhaps nuclear weapons’ impact on human rights), they reminded of the catastrophic consequences of these weapons for humanity, peoples and individuals and to some extent contributed to the campaign for complete nuclear disarmament. Recent developments in this field contain the adoption of the Treaty on the prohibition of nuclear weapons and growing recognition that the use of nuclear weapons violate certain human rights (the right to life). The *Chagos Archipelago advisory opinion* not only emphasized the standing importance of the right of peoples to self-determination and reminded that the process of decolonisation is not complete, but also contributed to the development of this collective right by construing new aspects, including the recognition of the customary nature of this right. The *Jadhav case* enriched the meaning of consular notification and access under Article 36 of the Consular Convention: the scope of application of Article 36 shall not be limited due to charges of espionage.

NOTES

1. The first and second Hague Peace Conferences were held, accordingly, in 1899 and 1907, and the Permanent Court of International Justice began to function in 1922.
2. As, for example, the right of peoples to self-determination (see further Subsection 3.3.2 of the current article). Generally, the prohibition of genocide, apartheid, racial discrimination, torture and slavery is also considered as *jus cogens* (the list is not exhaustive).
3. *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the Committee on the Rights of the Child and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. Joint statement on human rights and climate change of 14 May 2020.
4. *Inter-American Court of Human Rights*. Advisory opinion (the Environment and Human Rights), OC-23/17 of 15 November 2017.
5. *Council of Europe*. The evolution of human rights <<https://www.coe.int/en/web/compass/the-evolution-of-human-rights>>
6. "Today, as a fusion of material, biological and digital technologies raises existential questions about what it means to be human, the time is ripe for a fourth generation of human rights to emerge." SOH, Ch.; CONNOLLY, D.; NAM, S. Time for a Fourth Generation of Human Rights? *United Nations Research Institute for Social Development*, 1 March 2018.
7. DOMARADZKI, S.; KHVOSTOVA, M.; PUPOVAC, D. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. *Human Rights Review*, Issue 20, 2019, p. 423-443.
8. *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*. Inter-state communications: *State of Qatar v. Kingdom of Saudi Arabia*, *State of Qatar v. United Arab Emirates*, *State of Palestine v. State of Israel* <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/InterstateCommunications.aspx>>
9. *European Court of Human Rights*. Advisory Opinions. Protocol 16 to the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms entered into force on 1 August 2018. Two advisory opinions have been announced to date.
10. *International Criminal Court*. Assembly activates Court's jurisdiction over crime of aggression <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350>>
11. BURROUGHS, J. Looking Back: The 1996 Advisory Opinion of the International Court of Justice. July / August 2016. *Arms Control Association*. <https://www.armscontrol.org/ACT/2016_07/Features/Looking-Back-The-1996-Advisory-Opinion-of-the-International-Court-of-Justice>
12. United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277. Article IX: "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute."
13. Most often the declarations exclude disputes which the parties thereto have agreed or shall agree to have recourse to some other method of peaceful settlement, also disputes related to the deployment of armed forces and military operations (in accordance with the decision of respective international organisation), may also be disputes on maritime delimitation, etc. See *International Court of Justice*. Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory <<https://www.icj-cij.org/en/declarations>>
14. CANÇADO TRINDADE, A. A. Reflections on a Century of International Justice: Developments, Current State and Perspectives. Vilnius: Vilnius University. *Teisé*, Issue 97, 2015. p. 212.
15. *Supra* note 2.
16. GHANDHI, S. Human Rights and the International Court of Justice. The Ahmadou Sadio Diallo Case. *Human Rights Law Review*. Issue 11(3), 2011, p. 528.
17. SUNGA, S. L. The International Court of Justice's Growing Contribution to Human Rights and Humanitarian Law. The Hague Institute for Global Justice, 18 April 2016 <<https://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/>>

latest-insights/latest-insights/commentary/the-international-court-of-justices-growing-contribution-to-human-rights-and-humanitarian-law/>

18. *Ibid.*
19. See, for example, BARNIDGE, P. R. The Contribution of Judge Antônio Augusto Cançado Trindade to the Adjudication of International Human Rights at the International Court of Justice. Brill / Nijhoff, 2015.
20. *International Court of Justice*. List of all cases <<https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>>
21. *Marshall Islands v. United Kingdom*, Judgment of 5 October 2016, I.C.J. Reports 2016, p. 833. *Marshall Islands v. India*, Judgment of 5 October 2016, I.C.J. Reports 2016, p. 255. *Marshall Islands v. Pakistan*, Judgment of 5 October 2016, I.C.J. Reports 2016, p. 552. In these cases the Marshall Islands requested the Court to declare that the Respondent States had violated and continued to violate their respective obligations under the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of 1968 and customary international law (by failing to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament and by failing to pursue negotiations that would end the nuclear arms race).
22. Advisory opinion of 25 February 2019, I.C.J. Reports 2019, p. 95.
23. For example, *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 2 February 2018 (joint proceedings), I.C.J. Reports 2018, p. 139.
24. *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, I.C.J. Reports 2015, p. 665.
25. *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment of 1 October 2018, I.C.J. Reports 2018, p. 507.
26. *Request for Interpretation and request for revision of the Judgment of 23 May 2008 in the case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* were lodged by Malaysia and Singapore, however, States notified the Court of discontinuance of the proceedings.
27. *India v. Pakistan*. Judgment of 17 July 2019. General list N°. 168.
28. Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction of 1972; Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction of 1992, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1975, p. 45.
29. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226.
30. China, Democratic People's Republic of Korea, France, India, Israel, Pakistan, Russian Federation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America.
31. *Supra note 29*, para 105: "There exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control."
32. The Court stated: "In the view of the vast majority of States as well as writers there can be no doubt as to the applicability of humanitarian law to nuclear weapons. The Court shares that view". Paras 85-87.
33. Instead, the Court made the following conclusion (Para 97): "in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake."
34. *Supra note 29*, para 105.
35. *Supra note 11*.
36. Which is highlighted in the dissenting opinions of the ICJ judges and academic literature. See, for example, *supra note 11*; CANÇADO TRINDADE, A. A. The Universal Obligation of Nuclear Disarmament. Brazil, 2017.
37. *Supra note 29*. Paras 78-79.
38. United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407.
39. *Supra note 29*, para 25.
40. CASEY-MASLEN, S. The use of nuclear weapons and human rights. *International Review of the Red Cross*, Issue 97 (899), 2015. P. 668.
41. *Supra note 29*, para 36.

42. For example, resolutions A/RES/71/258 (2016), A/RES/70/33 (2015), A/RES/69/41 (2014), A/RES/68/46 (2013), A/RES/67/56 (2012) contained expression of the concern about “catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons”.
43. *Human Rights Committee* (General Comment CCPR/C/GC/36) <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GC36-Article6Righttolife.aspx>>
44. As the ICJ stated in *Marshall Islands v. United Kingdom* (Para 44): “The Court notes that the Marshall Islands, by virtue of the suffering which its people endured as a result of it being used as a site for extensive nuclear testing programs, has special reasons for concern about nuclear disarmament”.
45. *Supra* note 29, para 29.
46. *Supra* note 40, pp. 671-672.
47. *Ibid*, p. 680.
48. See, for example, CANÇADO TRINDADE, A. A. The Universal Obligation of Nuclear Disarmament. Brazil, 2017.
49. Dissenting opinion of Judge *ad hoc* M. Bedjaoui, para 74.
50. Dissenting opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para 156.
51. See UN Treaty Collection <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26>
52. AMBOS, K.; LIPPOLD, M. The ICJ and nuclear disarmament: towards a universal obligation? *Blog of the European Journal of International Law*. 8 July 2020 <<https://www.ejiltalk.org/the-icj-and-nuclear-disarmament-towards-a-universal-obligation/>>
53. *UN Office for Disarmament Affairs*. Treaty on the prohibition of nuclear weapons <<https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/tpnw/>>
54. 1945, 1 United Nations, *Treaty Series*, XVI, Para 2, Article 1: “To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace”.
55. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), adopted on 24 October 1970: “[t]he subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes <...> a denial of fundamental human rights”.
56. Recognised by the ICJ, for example, in *Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 16, Para 126; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 136, Para 155. Separate opinion of ICJ Judge P. L. Robinson (*Chagos Archipelago advisory opinion*) (Part II, etc.).
57. *Supra* note 22, Para 88.
58. HANNUM, H. The Right of Self-Determination in the Twenty-First Century. *Washington and Lee Law Review*. Volume 55, Issue 3, 1998. p. 780.
59. As the Court observed in *Chagos Archipelago advisory opinion*, Para 158, “[t]he right to self-determination under customary international law does not impose a specific mechanism for its implementation in all instances.”
60. *Supra* note 22, para 144.
61. *Supra* note 58. p. 779. H. Hannum also shared the view: “Unfortunately, it is unlikely that any existing human rights mechanism or even a new mechanism will be of much assistance in defining the right in the foreseeable future, because few states are willing to allow an international forum to judge a situation that might, if a claim to self-determination and secession is upheld, result in the destruction of the state itself.”
62. In which (para 183) the Court ruled that the process of decolonization of Mauritius was not lawfully completed after the country acceded to independence in 1968, following the separation of the Chagos Archipelago; that the United Kingdom was under an obligation to bring to an end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible; and that all Member States were under an obligation to cooperate with the United Nations in order to complete the decolonization of Mauritius.
63. *Supra* note 22, para 141.
64. *Ibid*, para 142.
65. Article 1, Paragraph 2, Article 55.
66. UN General Assembly’s Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960.

67. Article 1. United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3.
68. *Supra note* 55.
69. UN General Assembly's Resolution 65/119 of 10 December 2010, in which it declared the period 2011-2020 the Third International Decade for the Eradication of Colonialism.
70. Judgment of 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995, p. 90.
71. *Supra note* 14. P. 215.
72. UN news: UN General Assembly admits Timor-Leste as 191st member: <<https://news.un.org/en/story/2002/09/46692-un-general-assembly-admits-timor-leste-191st-member>>
73. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, p. 136.
74. *Ibid*, para 88.
75. I.C.J. Reports 1975, p. 12.
76. United Nations Information System on the Question of Palestine / General Assembly <<https://www.un.org/unispal/data-collection/general-assembly/>>
77. *Supra note* 73, para 122.
78. *Ibid*, para 149.
79. *Ibid*, para 155.
80. *Ibid*, para 159.
81. I.C.J. Reports 2010, p. 403.
82. *Supra note* 81, para 80.
83. For factual background see the case.
84. *Supra note* 81, para 79.
85. *Ibid*, para 82.
86. *Legal Consequences for States of the Constituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para 52.
87. Separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para 175.
88. The Court, however, did not find that the principle of maritime delimitation at issue (equidistance) amounted to international legal custom. See *North Sea Continental Shelf cases*, Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969, p. 3.
89. In the Court's view, States' abstention from instituting legal proceedings in certain cases (of ship collisions on the high seas) did not constitute an international customary rule, unless they were conscious of having a duty to abstain. See Judgment of 7 September 1927, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A., No 10.
90. *Supra note* 22, para 152.
91. *Ibid*, paras 153, 155.
92. *Supra note* 95.
93. *Supra note* 22, para 160.
94. *Ibid*.
95. United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.
96. Judgement of 27 June 2001. I.C.J. Reports 2001, p. 466.
97. *Jadhav case* (*supra note* 27), para 36: "violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual."
98. *Jadhav case* (*supra note* 27), para 116, which refers to *La Grand case* (*supra note* 96), Para 77.
99. *Supra note* 96, para 89.
100. BROWNLEE, I. Principles of Public International Law. Seventh edition. Oxford University Press, 2008. P. 308.
101. As, for example, in the *Lotus case* (*supra note* 89).
102. Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 12.
103. *Supra note* 96, para 74.
104. *Ibid*, para 77.
105. *Supra note* 102, para 76.
106. *Supra note* 96, para 77.
107. *Supra note* 102, para 85.
108. *Ibid*, para 88.
109. *Ibid*, para 77.
110. For treaty interpretation see Paras 76-86.
111. *Supra note* 27. Paras 73, 74, 75.
112. *Ibid*, para 95.
113. *Ibid*.
114. *Ibid*, para 113.
115. *Ibid*, para 111.

A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE GERAÇÕES PARA DISCUTIR OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE DA CARTA DA MULHER BRASILEIRA AO CONSTITUINTE DE 1988¹

.....
José S. Carvalho Filho

Doutor em direito público pela Aix-Marseille Université, com estágio de pós-doutorado na Universidade de Salamanca; Professor de Direito Constitucional do IDP.

Melina Macedo Bemfica

Mestra e Doutoranda em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul; Professora de Direito Constitucional na UNESC/RO; Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar em que medida a divisão dos direitos humanos em gerações, elaborada por Karel Vašák, é inadequada para tratar os direitos das mulheres. Para realizar o citado objetivo, promove-se pesquisa bibliográfica e documental focada nas gerações de direitos humanos e na Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte de 1988. Partindo da constatação de que os direitos nascem conectados com o movimento da história, convencionou-se dividir os direitos humanos em três gerações. A primeira geração de direitos tem como marca a reivindicação de liberdades perante o Estado. Já a segunda geração é marcada por direitos que exigem a atuação estatal. Por fim, a terceira geração é ligada ao valor da “solidariedade”. Porém, é possível concluir que a divisão geracional não é compatível com a conquista de direitos humanos pelas mulheres. Isso porque, elas conquistaram, em primeiro lugar, direitos considerados de segunda geração, para depois conquistarem, ainda que formalmente, direitos civis e políticos. No contexto brasileiro, a Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte de 1988 demonstra que os direitos humanos são fruto de lutas e que as mulheres vindicam direitos assegurados aos homens desde o século XVIII.

Palavras-chave

Constituição de 1988; direitos humanos; direitos fundamentais; geração; Carta das mulheres ao constituinte.

ABSTRACT

The paper aims to investigate to what extent the division of human rights into generations, elaborated by Karel Vašák, is inadequate to explain the recognition of women's rights. In order to achieve the aforementioned goal, bibliographic and documentary research will be carried out, focused on the generations of human rights and on the Brazilian Women's Letter to the Constituent of 1988. Taking into consideration that human rights are connected to their historic background, Vašák, suggested dividing human rights into three generations. The first generation regards negative rights. The second generation is marked by rights that require state action. Lastly, the third generation of rights is associated to the valorization of “solidarity” amongst humans. However, it is possible to conclude that the division proposed by Vašák, is not capable of explaining the evolution of women's rights. This is because they first won rights that are compatible with the second generation, and then, later in history, women conquered civil and political liberties. In the Brazilian context, the “Brazilian Women's Letter to the Constituent Assembly of 1988” demonstrates that human rights are the result of struggles and that women have vindicated rights ensured to men since the 18th century.

Keywords

Constitution; human rights; fundamental rights; generations; Brazilian Women's Letter to the Constituent Assembly of 1988.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte contou com a presença de 26 deputadas eleitas para desempenhar a função de preparar o documento que estruturaria o Estado Democrático de Direito. Historicamente confinada ao espaço privado, a mulher chega ao Congresso Nacional e encontra um ambiente totalmente dominado pelos homens.

A dominação masculina é tamanha que o plenário da Câmara dos Deputados, um dos locais de reunião da Constituinte, sequer contava com um banheiro feminino.² No Brasil, já nos anos 1980, a luta das deputadas para atuar na elaboração da Carta Magna é representada por uma batalha simbólica, qual seja, garantir a construção de um simples banheiro. O que parece uma anedota sobre o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte tem o condão de demonstrar que a luta pela concessão de direitos humanos às mulheres segue um caminho histórico distinto da luta realizada pelos homens.

Apesar de os direitos humanos serem, na concepção clássica, universais, homens e mulheres se tornam titulares de direitos humanos em períodos históricos diversos. A partir da vinculação dos direitos humanos ao movimento da história, convencionou-se dividir os direitos humanos em gerações ou dimensões. Na citada divisão, os direitos teriam surgido em uma ordem cronológica, primeiro os direitos civis e políticos, posteriormente os sociais e, por fim, os direitos de titularidade coletiva, baseados no valor da fraternidade.

Partindo da divisão em gerações, o presente artigo visa analisar em que medida a citada teoria é insuficiente para tratar dos direitos humanos das mulheres. Para realizar a análise proposta, pretende-se examinar a Carta da Mulher ao Constituinte de 1988 à luz das gerações dos direitos humanos, com o fito de entender parte da luta feminina para conquistar o reconhecimento de direitos.

Nesse sentido, parece ser correto afirmar que o conceito de geração de direitos humanos é inadequado para tratar da luta histórica das mulheres brasileiras pela conquista de direitos, visto que a mulher brasileira luta, até o presente momento, pelo reconhecimento de direitos que os homens possuem desde o século XVIII.

Com o fito de abordar o surgimento dos direitos humanos e sua divisão em três gerações, realiza-se pesquisa bibliográfica exploratória. Já para estudar a luta das mulheres para inserir direitos no Texto Constitucional de 1988, realizar-se pesquisa documental com foco na Carta da Mulher ao Constituinte de 1988.

2. A LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS E SUA DIVISÃO TEÓRICA EM GERAÇÕES

Em uma concepção clássica, os direitos humanos são definidos como o direito a ter direitos. São direitos humanos aqueles que podem ser gozados por todas as pessoas, “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” (ONU, 1948)

O conceito de direitos humanos está relacionado a afirmação da dignidade do ser humano perante o poder estatal. Assim, esses direitos seriam atributos inatos da pessoa, garantidos a todos, sem necessidade de reconhecimento. Os direitos humanos são comumente definidos como universais e históricos. Nesse sentido, seriam garantidos para todas as pessoas, independentemente de qualquer vinculação com o Estado. (NIKKEN, 1997; ARIFA, 2018)

Em razão de serem pensados dentro de um contexto histórico específico, os direitos humanos seriam “frutos de seu tempo”, e como tal, só puderam existir em razão de um conjunto de acontecimentos que permitiu sua garantia. Em razão de sua vinculação com acontecimentos históricos, é possível dizer que os direitos humanos, da forma em que são conhecidos hoje, nascem no mundo ocidental “civilizado” do século XVIII, em um local específico, qual seja, o Estado Moderno. (FACCHI, 2011)

A partir da visão histórica, fica claro que os direitos não são reconhecidos ao mesmo tempo. Cada novo direito surge quando “o aumento do poder do homem sobre o homem (...) ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências.” (BOBBIO, 2004, p. 26)

Antes de existir a categoria “direitos humanos”, foi necessário que se desenvolvesse o conceito de indivíduo e que o Estado, já

consolidado, fosse percebido como uma ameaça. Os citados elementos são imprescindíveis, pois a função inicial dos direitos humanos é controlar a arbitrariedade do Estado. (DIMOULIS e MARTINS, 2018)

Além disso, é mister que exista a ideia de indivíduo. Portanto, é necessário que a pessoa não seja olhada apenas como parte de um todo, mas como ser autônomo. Por fim, é indispensável que exista documento responsável por regular a relação entre Estado e indivíduo. As cartas de direito e as constituições vão cumprir o citado papel. (DIMOULIS e MARTINS, 2018)

Para o surgimento dos direitos humanos em seu formato atual, foi necessário que o homem se entendesse como ser autônomo, que surgisse a ideia do direito como um atributo do sujeito, e, por fim, foi necessário que se lutasse contra a arbitrariedade dos poderes soberanos. Como os direitos humanos caminham com a história, mudanças sociais e econômicas, inevitavelmente, levam a câmbios em suas configurações. Assim, é normal que esses direitos sejam modificados, ampliados, transformados. (FACCHI, 2011)

A partir da ideia de que os direitos nascem através de reivindicações específicas de um tempo histórico, convencionou-se dividir os direitos humanos em gerações. A ideia de geração de direitos humanos é elaborada por Karel Vašák (1977) em um discurso sobre a luta para conferir força de lei à Declaração de Direitos Humanos de 1948, que então contava com 30 anos de história.

Vašák (1977, p. 29) defendeu que os direitos humanos podem ser divididos em três gerações. A primeira geração de direitos, composta pelos direitos civis e políticos, é caracterizada pela reivindicação de liberdades perante o Estado. Já a segunda geração é marcada por direitos que exigem a atuação estatal, tais como os direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, a terceira geração de direitos seria ligada aos chamados direitos de solidariedade, que exigiriam a ação coletiva de Estado, indivíduos e de outras unidades políticas.

A divisão dos direitos humanos em gerações leva em consideração a cronologia em que os direitos fundamentais foram formalmente conquistados pela humanidade. A citada divisão ganhou destaque com a obra de Norberto Bobbio (2004), e passou a ser reproduzida em diversos manuais de Direito constitucional e de direitos humanos. A formulação ganhou

tanta importância que encontra ressonância até mesmo nas decisões do Supremo Tribunal Federal.³

Dentro do ideário geracional, os primeiros direitos humanos a surgirem foram os direitos negativos. Esses direitos foram inseridos nas primeiras declarações de Direito modernas, documentos com valor político e jurídico, proclamados no contexto da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa. (FACCHI, 2011)

Os direitos de primeira geração têm como principal característica o fato de representarem uma pretensão de não-intervenção estatal. Eles nascem como exigência de que o indivíduo conserve uma esfera de liberdade que não pode ser violada pelo Estado ou pela Igreja. (BOBBIO, 2004, p. 90)

Nesse sentido, os citados direitos trazem a pretensão de que o Estado respeite a liberdade dos indivíduos, bem como fundamentam anseio de verem reparadas as agressões eventualmente efetuadas. Os principais direitos de primeira geração, também classificados como civis e políticos, são os direitos à liberdade religiosa, à vida e à propriedade. (MENDES; GONET, 2020)

Os direitos de primeira geração representam o marco do nascimento da concepção moderna de direitos humanos. A partir de seu surgimento e positivação nas declarações do século XVIII, “se confere aos direitos subjetivos uma importância universal, atribuindo a respectiva titularidade ao homem, sem especificações.” (FACCHI, 2011, p.51)

Os direitos humanos surgem em sociedades influenciadas por ideias iluministas e pela concepção de mundo antropocêntrica. Nesse sentido, trazendo direitos eminentemente negativos e de natureza individual, temos a proclamação de documentos como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que representou:

(...) [U]m marco decisivo na história. Significava que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a declaração era ao mesmo tempo a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e

o prenuncio de que já havia atingido a maioridade. (ARENDT, 2012, p. 324)

As citadas declarações representam a emancipação dos indivíduos e a afirmação que os homens, por sua natureza, são livres e iguais em direitos. Porém, essa igualdade perante a lei se revelou insuficiente para a massa da população explorada e impossibilitada de prover o mínimo para sua sobrevivência. (COMPARATO, 2010)

No curso do século XIX, o sistema capitalista se aprofunda e alguns países passam pela Revolução Industrial, um dos acontecimentos que impulsionou o surgimento dos direitos de segunda geração. O ambiente fabril é responsável por colocar diversas pessoas concentradas, por um longo período, dentro de um mesmo local. Esse ambiente se torna propício para o surgimento de lutas por melhores condições de vida. As atuações estatais para minimizar os efeitos nefastos da desigualdade social surgem como medidas de assistência pública, voltadas principalmente aos trabalhadores, e, gradualmente, começam a ser estendidas ao resto da sociedade. (FACCHI, 2011)

Nesse momento histórico, vai se desenvolvendo a ideia de que a igualdade formal não é mais suficiente e que o Estado deve atuar para aplacar a desigualdade entre os indivíduos. As intervenções estatais realizadas com o fito de reduzir desigualdades surgem como alternativas às ideias comunistas, que se espalham o longo século XIX. (FACCHI, 2011)

Destarte, os direitos de segunda geração são aqueles que tem como valor principal a reivindicação por Justiça social. Portanto, são direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, realizada com o fito de minimizar a desigualdade por meio da garantia de saúde, educação, moradia, previdência... Os documentos que marcam a segunda geração de direitos são, entre outros, a Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. (MENDES; GONET, 2020)

Ao caracterizar a primeira e a segunda geração de direitos humanos, Vašák (1977, p. 29) salienta que a diferença entre elas está no fato da primeira geração trazer direitos negativos, enquanto a segunda tem como foco direitos positivos, que exigem intervenção estatal para serem realizados. Porém, apesar de suas diferenças, ambas as gerações de direitos estão focadas em direitos individuais.

Após os horrores da Segunda Guerra, fica claro a necessidade de proteger a humanidade como um todo. Com o maior desenvolvimento da comunidade internacional, surge uma terceira geração de direitos humanos, focados no valor da solidariedade. Diferente das gerações anteriores, baseadas em direitos individuais, o foco desse momento são os direitos coletivos. (BERTOLIN et al., 2018)

São direitos de terceira geração o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, à propriedade da herança comum da humanidade. Em razão de refletirem uma certa concepção sobre a vida em comunidade, esses direitos só poderiam ser implementados por meio de um esforço comum. (VAŠÁK, 1977, p. 29)

Após a popularização da classificação em gerações, parte da doutrina já aponta a para possível existência da quarta e da quinta geração de direitos humanos. Porém, a formulação original de Vašák trouxe a previsão de somente três gerações, razão pela qual se abstém de tratar das seguintes gerações, que não têm sequer tratamento uniforme na doutrina.

3. A INSUFICIÊNCIA DA DIVISÃO EM GERAÇÕES E A LUTA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

Apesar da sua ampla difusão, a classificação dos direitos humanos em gerações não está livre de críticas. Nesse sentido, a palavra geração representaria, de forma errônea, que certos direitos já foram consolidados. Em uma perspectiva semântica, é possível criticar a escolha da palavra geração, da qual se extrai a falsa ideia de que os direitos de primeira e de segunda geração já estão plenamente assegurados. (KHOVOSTOVA et al, 2019)

Destarte, é necessário lembrar que o simples fato de um direito ser enunciado em uma norma jurídica, não significa, em absoluto, que ele está garantido. Assim, o problema da divisão em gerações está no fato de conduzir a uma lógica que traz garantias antes da existência de condições materiais para sua fruição. É necessário ressaltar esses direitos são oriundos de lutas e que não existem simplesmente em função de um reconhecimento jurídico. (FLORES, 2009)

Os direitos humanos não guardam completa identidade com o que está positivado nacional e internacionalmente. Isso porque, na medida em que não podem retirar garantias do papel, os documentos jurídicos não têm poder de criar, de forma efetiva, direitos humanos. Esses são processos, são resultados temporários da luta humana para ter acesso ao que é essencial para viver. (FLORES, 2009)

Nesse diapasão, a divisão em gerações veicula a ideia de que certos direitos já foram garantidos, desprezando o fato de que a luta pelos direitos humanos é constante. Mesmo que um direito humano esteja implementado, a luta para que ele permaneça é constante. O movimento da história dos direitos humanos é pendular, marcado por momentos de avanços e de retrocesso. (FLORES, 2009)

A classificação em gerações também é acusada de ser imprecisa, visto que os primeiros documentos que positivaram direitos humanos já traziam direitos sociais. Nesse giro, a Constituição francesa de 1791 incluiu a previsão de que o Estado criasse instituições com o fito de prestar assistência às crianças abandonadas, já a Constituição do Império, de 1824, inclui direitos como o socorro público e a instrução primária gratuita. (DIMOULIS; MARTINS, 2018)

Além do citado, a divisão é considerada inadequada na medida em que os direitos de primeira geração, caracterizados pela suposta desnecessidade de intervenção estatal para sua concretização, nem sempre são concretizáveis sem a existência do aparato estatal. Dessarte, diversos direitos humanos possuem índole ambivalente, ou seja, “é possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação.” (MENDES; GONET, 2020)

Portando, um direito de defesa, considerado de primeira geração, como a propriedade, exige a atuação estatal para garantir, por exemplo, fiscalização e a tutela de direitos relacionados a garantia da propriedade. O direito à vida, também classificado como direito de primeira geração, exige, entre outras ações, a manutenção de um aparato policial para coibir crimes. (MENDES; GONET, 2020)

Além das citadas críticas, a classificação geracional parece ser inadequada para tratar dos direitos das mulheres. Inicialmente, é necessário entender que os direitos humanos surgem em sociedades influenciadas pelo ideário

iluminista. O Iluminismo “aporta à humanidade duas grandes propostas políticas e éticas: a da liberdade e a da igualdade”. O pensamento iluminista defende, baseado nas ideias de estado de natureza, que todos nascem livres, iguais e racionais. Um de seus corolários é a teoria liberal e contratualista, um dos pilares que sustentam a modernidade. (NIELSSON, 2018, p. 93)

Essa nova sociedade, focada no individualismo, procura sua justificativa nas teorias do contrato social. Em linhas gerais, o contratualismo defende que a formação da sociedade civil acontece por meio de um pacto social, onde indivíduos renunciam a todos, ou de parte dos direitos que gozavam no estado de natureza, para que o Estado garanta direitos naturais como vida, liberdade e propriedade. (WEFFORT, 2001)

Dessa feita, os direitos humanos, em tempo que representam libertação do poder econômico e dos limites feudais, são uma afirmação da emancipação humana do poder absoluto do Estado e da Igreja. O homem, como ser racional e livre, deve ter seus direitos naturais resguardados ante as arbitrariedades. (TELES, 2017)

As teorias do contrato social são responsáveis por ajudar na difusão da “ideia de direitos naturais, individuais, inatos e iguais para todos os seres humanas”. Ante a ideia de que todos os homens nascem livres e iguais, os direitos humanos nascem com pretensão de universalidade, ou seja, todos são supostamente titulares desses direitos. (FACCHI, 2011, p. 45)

As teorias contratualistas são responsáveis por fundamentar um modelo de sociedade em que o Estado seria o responsável por garantir os direitos naturais dos indivíduos. A partir da ideia de que o Estado existe para garantir os direitos dos homens, é possível a afirmação de direitos como os de primeira geração, mormente negativos.

Com o propósito de diminuir a ingerência do Estado na vida dos indivíduos, as ideias liberais e contratualistas do século XVIII trazem uma separação entre o ambiente público e o ambiente privado. A mulher é naturalizada como ser responsável pelo ambiente doméstico, encarregada de reproduzir, cuidar do lar e de seus filhos. (NOVAES, 2015)

Conforme esclarece Facchi (2011) a ordem social, fundada na valorização do indivíduo, na racionalidade e na liberdade, é uma ordem

masculina. A mulher, vista como ser inferior e propensa aos sentimentos, é excluída da titularidade dos direitos civis e políticos. Nesse giro, as declarações de direito do século XVIII, que supostamente positivam direitos humanos universais, não incluem direitos para as mulheres:

É que esse homem abstrato, resultado das revoluções liberais do século XVIII, é vazio, pois a partir do momento em que se introduzem experiências reais e características concretas na natureza humana abstrata, verifica-se que a igualdade e a dignidade preconizadas pelas declarações tornam-se quase que falaciosas. (LUCAS; GHISLENI, 2017, p. 97)

Os teóricos contratualistas, em tempo que forneceram a fundamentação teórica para uma pretensa universalidade de direitos, excluem boa parte da humanidade de sua titularidade. Na visão de Sipnelli, (2019) a obra dos principais contratualistas exclui da mulher, em maior ou menor grau, a titularidade de direitos. Nas obras de Kant, Locke, Hobbes e Rousseau é possível encontrar formulações que demonstram uma suposta inferioridade da mulher, reafirmado que seu ambiente “natural” é o lar

Se a mulher é feita para agradar e ser subjugada, ela deve tornar-se agradável ao homem ao invés de provocá-lo. Sua violência está nos seus encantos; é por eles que ela deve constrangê-lo a encontrar sua força e empregá-la. (...) Quando a mulher se queixa a respeito da injusta desigualdade que o homem impõe, não tem razão; essa desigualdade não é uma instituição humana ou, pelo menos, obra do preconceito, e sim da razão: cabe a quem a natureza encarregou do cuidado dos filhos a responsabilidade disso perante o outro. (ROSSEAU, 1979, p. 306)

Dessarte, quando consagram direitos de não intervenção, documentos como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão afirmam que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos.” Porém, o termo “homem” não é utilizado para conferir direitos a todas as pessoas humanas. As mulheres, consideradas inferiores, por natureza, são alijadas dos direitos conferidos às pessoas do sexo masculino.

Excluídas do âmbito de proteção dos direitos e imbuídas pela defesa da igualdade, as mulheres passam a reivindicar sua inclusão, de forma mais específica, a partir da Revolução Francesa. Essa luta começa com vindicações realizadas em salões políticos e literários,

espaços intermediários entre o público e o privado. (NIELSSON, 2018, p. 93)

No século XVIII, as mulheres reivindicam direito típicos de primeira geração, como igualdade no matrimônio e voto. Também existiam, entre outras reivindicações, as que pleiteavam direitos como acesso ao trabalho e à educação. Em 1791, Olympe de Gouges propõe, perante a Assembleia Nacional da França, a Declaração de direitos da mulher e da cidadã. A declaração pretendia estender às mulheres direitos já garantidos aos homens na declaração de 1789, como igualdade, propriedade, participação política e liberdade. (NIELSSON, 2018)

Em sua declaração, Gouges demonstra que o ideário da Revolução Francesa, em tempo que prega libertação do Antigo Regime, não tolera que a igualdade e a liberdade sejam estendidas às mulheres. Foi acusada de traição e de haver esquecido das virtudes típicas de seu sexo, razão pela qual acabou por morrer guilhotinada. (GARCIA, 2015)

Ainda no contexto francês, o Código Civil napoleônico, de 1804, não reconhecia a capacidade da mulher de receber doações e restringia sua capacidade de realizar negócios jurídicos. Além disso, relegava ao homem a responsabilidade completa de cuidar dos bens do casal e limitava o direito da mulher no que tange ao recebimento de heranças. Assim, resta claro que os direitos à liberdade e a propriedade eram garantidos aos homens em maior extensão. (POMIANOWSKI, 2020)

Além da luta por direitos civis e políticos, as mulheres também vindicam direito à educação. Nesse giro, Mary Wollstonecraft (2016, p. 39) defende a educação da mulher como forma de modificar sua realidade

Então, se as mulheres não são um encame de seres frívolos e efêmeros, por que deveriam ser mantidas na ignorância, sob o enganoso nome de inocência? Os homens se queixam, com razão, da insensatez e dos caprichos de nosso sexo, quando não satirizam de forma mordaz nossas paixões impetuosas e nossos vícios abjetos. Responderei: eis o efeito natural da ignorância!

As reivindicações femininas do século XVIII, se estendem aos séculos XIX, XX, e XXI, momento que as mulheres ainda lutam por direitos negativos, chamados de primeira geração. Dessarte, é possível afirmar que

os direitos chamados de segunda geração já estavam em pleno desenvolvimento quando as mulheres sequer haviam conquistado direitos civis e políticos compatíveis com os masculinos.⁴ Resta claro que as mulheres tiveram direitos de segunda geração garantidos antes mesmo de conquistarem os de primeira. (FACCHI, 2011)

Conforme citado anteriormente, a Constituição do México, de 1917, é uma das cartas que marcam o início de uma segunda geração de direitos humanos. O documento entra para história pelo fato de garantir diversos direitos sociais, entre eles, direitos trabalhistas. Apesar da ampla garantia de direitos sociais, o citado documento não reconhece o direito ao sufrágio feminino. Mesmo com a garantia de direitos sociais, a mulher é alijada da cidadania plena. (BRAVO, 2015)

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos civis e políticos, incluem as mulheres desde suas primeiras manifestações. Porém, essa inserção foi fundamentada em sua condição de pessoa frágil, de mãe e de trabalhadora. Os direitos humanos são efetivamente estendidos às mulheres a partir do século XX⁵, momento que marca, em diversos países, entre eles o Brasil, a garantia do sufrágio feminino. Assim, antes de a maioria das mulheres serem titulares de direitos civis e políticos compatíveis com os garantidos aos homens, os direitos de cunho social já eram uma realidade. (FACCHI, 2011)

No último quarto do século XX, houve um incremento na discussão sobre os direitos terceira geração, focados no valor da solidariedade. Porém, apesar da discussão da citada geração ser focada em questões coletivas, como o meio ambiente e o direito ao patrimônio cultural, a luta pela efetivação dos direitos da mulher ainda não pode ser considerada superada. O mundo já discutia direitos de terceira geração antes que inúmeras mulheres pudessem votar.⁶

Importante ressaltar que o caminho histórico de conquista de direitos humanos pelas mulheres é diverso do caminho percorrido pelos homens. Levando em conta a classificação geracional, é possível afirmar que as mulheres foram titulares de direitos de segunda geração antes de serem titulares de direitos de primeira geração compatíveis com os garantidos aos homens. Assim, apesar de os direitos humanos serem tratados, desde suas primeiras formulações, como universais, essa

universalidade foi historicamente excludente para metade da espécie humana.⁷

4. A CARTA DA MULHER BRASILEIRA AO CONSTITUINTE DE 1988

Conforme citado anteriormente, os direitos humanos das mulheres seguem um caminho histórico diverso dos direitos concedidos aos homens. A teoria das gerações, na medida em que não considera as particularidades dos direitos da mulher, invisibiliza toda a luta que foi, e ainda é, travada para assegurar direitos às mulheres.

Os direitos em comento não podem ser entendidos de forma estanque, separados do contexto político e de suas incertezas, conflitos e conquistas. Apesar do valor didático da separação de direitos humanos em gerações, a citada repartição contribui para fomentar a ideia de que a luta por alguns direitos está superada. Nesse sentido, Flores (1997) defende a necessidade de complementar a teoria dos direitos humanos com uma análise das gerações centrada em seus problemas e lutas, contribuindo na compreensão dos direitos humanos como interdependentes e indivisíveis.

A partir de uma visão crítica, os direitos humanos são processos, resultados provisórios das lutas efetuadas com o objetivo de conquistar os bens necessários para viver com dignidade. Sabendo da incompletude do conceito clássico, é importante destacar que os direitos humanos não existem somente em função do reconhecimento jurídico. Isso significa que formular um documento jurídico não tem o condão de criar as condições econômicas e sociais necessárias para sua fruição. (FLORES, 1997)

Nesse sentido, a igualdade formal está positivada desde a Constituição de 1824, tempo em que as mulheres eram alijadas de um catálogo de direitos compatíveis com os dos homens. O texto constitucional de 1934 foi a primeira Constituição brasileira que trouxe, ainda que de forma abstrata, a igualdade entre os sexos: “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo, de nascimento, sexo, raça, profissões ou do país, classe social, riqueza, crença religiosas ou ideias políticas.”

Porém, essa fórmula foi alterada nos Textos Constitucionais de 1937 e de 1946, que passaram a mencionar a igualdade de forma

genérica. A formulação de 1934 retornou na Constituição de 1967, que foi posteriormente substituída pelo Texto Constitucional de 1988, trazendo a afirmação segundo a qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Apesar de a igualdade formal aparecer em todos os Textos Constitucionais brasileiros, é notório que, de forma geral, os direitos humanos da mulher passaram por processo de ampliação. Em sociedades eminentemente positivistas, o reconhecimento jurídico, apesar de não ter o condão de mudar a realidade, não deixa de ser o resultado de lutas. (ESPÍNOLA, 2018)

Isso significa que, apesar do direito não criar realidade, incluir um tema em um diploma legal, principalmente na Constituição Federal, é resultado de um árduo processo de batalha. Portanto, as mulheres lutaram por séculos pelo reconhecimento de certos direitos, e continuam lutando para ver para ver seu conteúdo realizado:

De este modo, reforzamos lo expresado en la primera premisa en tanto que las normas jurídicas no son el fin a conseguir por parte de las prácticas sociales, sino una de las técnicas que podemos usar tanto para construir fines como para garantizar la efectividad de los mismos (siempre en contacto con las prácticas sociales que están en su base) (...) En ese sentido, el derecho –cuando reconoce y garantiza los resultados de las luchas sociales– no puede sostenerse por sí mismo; necesita del apoyo (y de la crítica) de grupos de interés o de movimientos y organizaciones sociales que defienden cada uno por su lado diferentes formas de regulación de las relaciones sociales.⁷ (FLORES, 2011)

Na visão de Flores (1997), após o reconhecimento jurídico, a luta pela efetivação dos direitos passa a se apoiar “em sistemas de garantias já formalizados”. Nesse giro, a positivação de um direito na Constituição Federal, apesar de não ter o condão de transformá-lo em realidade, é um elemento que soma força na luta pela sua efetivação. Em uma tentativa de trazer parte da batalha das mulheres pelo reconhecimento de direitos humanos, e demonstrar que a ideia de geração não é compatível com o caminho por elas trilhado, relembramos a Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte de 1988.

Após a conquista de direitos políticos, nos anos 1930, a luta das mulheres por direitos perde força. Porém, o movimento ressurgiu em meio à

ditadura militar, reivindicando, além de direitos civis e culturais, o retorno da democracia. Nessa época, mulheres intelectuais e de camadas populares começam a se articular para enfrentar problemas como os baixos salários, desnutrição infantil, alta dos preços dos alimentos e violência intrafamiliar. (SILVA, 2012)

Com o fim da ditadura militar, iniciou-se a articulação para elaboração de uma Constituição compatível com o regime democrático vindouro. Para cumprir o citado desiderato, em 1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), por meio de emenda à Constituição de 1967/69.

Nesse período, floresce a articulação feminina voltada a influenciar na elaboração da Constituição Federal. Ainda em 1985⁸, instala-se o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, criado com diversos objetivos, entre eles o de promover uma maior participação feminina na vida pública e criar medidas para eliminar a desigualdade de gênero:

A campanha pelos direitos das mulheres na Constituição desenvolveu-se de 1985 até a promulgação da Constituição em 1988, e constitui uma das principais ações de *advocacy* pelos direitos das mulheres na história do Brasil. Essa campanha antecede a eleição do Congresso Nacional, acompanha todo o processo constituinte e, após a promulgação da Constituição, desenvolve estratégia de comunicação, informando a sociedade sobre os direitos adquiridos. (PITANGUY, 2018)

A mais ampla campanha realizada pelo Conselho Nacional de Direitos da Mulher, denominada “Mulher e Constituinte”, se organizou em duas frentes. A primeira delas visava garantir a eleição do maior número possível de parlamentares mulheres, já a segunda tinha como objetivo garantir a positivação de direitos da mulher no Texto Constitucional. A campanha fixou como metas:

- I – Lançar oficialmente a campanha nos estados, com a realização de seminários, palestras, debates sobre a Mulher e a Constituinte, em conjunto com o movimento de mulheres; II – Realizar um “Encontro Nacional” para aprovação da “Carta das Mulheres à Assembleia Nacional Constituinte”, prevista para o primeiro semestre de 1986; III- Desencadear uma campanha nacional de coleta de assinaturas em favor das reivindicações das mulheres, com vistas a auferir adesões ao documento

resultante dos diversos diálogos a serem realizados nos diversos estados; IV – Produzir amplo material de campanha (cartazes, livretos e filme para a TV); V – Acompanhar os Trabalhos na Assembleia Constituinte, mediante monitoramento e participação ativa e diária, na ANC, com o auxílio dos movimentos de mulheres. (SILVA, 2012)

A eleição para congressista Constituinte elegeu 559 membros, dentre eles, 26 mulheres. Apesar de o número parecer baixo, a quantidade de mulheres eleitas representou um grande avanço em termos percentuais. Nesse sentido, importante lembrar que, com exceção da participação de Carlota Pereira na Constituinte de 1934, não existiu, na história do constitucionalismo brasileiro, outro momento em que a Constituinte contou com a participação das mulheres. (SILVA, 2012)

A campanha foi responsável por articular movimentos femininos e feministas de todos os rincões do Brasil, trabalhando para um desiderato comum, qual seja, a garantia de direitos para as mulheres brasileiras por meio da participação no processo de elaboração da Constituição Federal. Interessante observar que, apesar de seu papel central, o movimento não esteve restrito à atuação do Conselho Nacional de Defesa da Mulher. O sucesso da campanha foi possível pela

soma articulada das centenas de experiências populares experimentadas por mulheres comuns das periferias das grandes e pequenas cidades no pós-1970, nesta constituição inédita de práticas e espaços políticos que descentralizaram a militância da fábrica ao bairro, como vimos aqui. (CRESCENCIO e OLIVEIRA, 2019)

Utilizando dos meios de comunicação disponíveis, como imprensa escrita e televisão, bem como pela realização de encontros e palestras, procurou-se criar um processo de diálogo com mulheres de todo o Brasil. Assim, a luta pela participação na Constituinte não ficou restrita aos grandes centros, incluindo mulheres de zonas rurais e de locais periféricos. Recebendo sugestões de todo o país, o CNDM fez o papel de filtrar as demandas das mulheres e elaborar um documento conjunto para ser apresentados aos constituintes. (MELO, 2018)

A luta das mulheres teve como um de seus resultados a Carta das Mulheres Brasileiras

aos Constituintes de 1988, documento que reuniu um conjunto de reivindicações que elas desejavam ver incluídas na Constituição Federal. A Carta, discutida e elaborada a partir da contribuição de mulheres de todo Brasil, foi entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, em 26 de março de 1987. (SILVA, 2012)

O texto trouxe vindicações sobre temas como família, trabalho, saúde, violência de gênero, assuntos internacionais, educação e cultura. A partir das demandas das mulheres, o documento deixa claro que

para a efetivação dos princípios de igualdade é fundamental que a futura Constituição Brasileira: 1. Estabeleça preceito que revogue automaticamente todas as disposições legais que impliquem em classificações discriminatórias; 2. Determine que a afronta ao princípio da igualdade constituirá crime inafiançável; 3. Acate, sem reservas, as convenções e tratados internacionais de que o país é signatário, no que diz respeito à eliminação de todas as formas de discriminação; 4. Reconheça a titularidade do direito de ação aos movimentos sociais organizados, sindicatos, associações e entidades da sociedade civil, na defesa dos interesses coletivos. Leis complementares e demais normas deverão garantir a aplicabilidade desse princípio. (CNDM, 1987)

Analisando a Carta a partir da divisão geracional dos direitos humanos, é possível notar que ao final do século XX, as mulheres brasileiras apresentavam demandas que podem ser classificadas nas três gerações de direitos humanos. Em relação aos direitos de primeira geração, as mulheres reivindicaram, por exemplo, que o Estado não interfira no exercício da sexualidade. Além da citada exigência, a Carta reivindicou igualdade perante a lei, na medida em que exige a eliminação do termo “mulher honesta” e prega a “plena igualdade entre os cônjuges no que diz respeito aos direitos e deveres quanto à direção da sociedade conjugal, à administração dos bens do casal, à responsabilidade em relação aos filhos, à fixação do domicílio da família, ao pátrio poder”. (CNDM, 1987)

Mister salientar que, apesar do reconhecimento da igualdade formal, a legislação brasileira carregava, antes da Constituição de 1988, uma grande quantidade de normas com teor discriminatório e limitador dos direitos

da mulher. Entre essas normas, destaca-se o Código Civil de 1916, arranjado de forma submeter a mulher à autoridade do marido. No mesmo sentido, há inúmeras outras normas, como a Consolidação das Leis do Trabalho, que chegou a limitar o trabalho da mulher ao período diurno.⁹

A Carta das Mulheres também reivindica direitos típicos de segunda geração, entre eles, a criação de um Sistema Único de Saúde, estabilidade para mulher gestante, igualdade entre trabalhadores rurais e urbanos, extensão de direitos trabalhistas e previdenciários às empregadas domésticas e acesso à educação emancipadora, que trate de temas como igualdade e multiculturalidade. Em relação aos direitos classificados como de terceira geração, as mulheres reivindicam proteção ao meio ambiente, proteção à integridade das comunidades indígenas, paz nas relações internacionais, política externa baseada na autodeterminação dos povos, entre outros. (CNDM, 1987)

Conforme assinado por Neto (2018), a mobilização social das mulheres de todo Brasil ajudou a criar um sentimento de identidade entre as parlamentares eleitas para a ANC. Isso tornou a bancada mais forte, e fez com que cerca de 80% das demandas das mulheres constituintes fossem incorporadas à Constituição Federal. Nesse sentido, a Constituição Federal incorporou reivindicações como o reconhecimento da união estável, ampliação da licença maternidade, igualdade de direitos na sociedade conjugal e responsabilidade estatal em coibir a violência doméstica.

Ainda que se considere o reconhecimento de um direito como marco de sua efetiva implementação, resta demonstrado que a classificação de direitos humanos em gerações é absolutamente incompatível com a trajetória de luta pelos direitos humanos das mulheres. Isso porque, ao final século XX, momento em que a Carta da Mulher ao Constituinte é elaborada, as mulheres ainda lutam por direitos concedidos aos homens ainda no século XVIII. Nesse diapasão, é paradigmático advertir que a mulher, sob o pálio da Constituição de 1967, tinha limitado até mesmo seu direito de propriedade.¹⁰

Cabe ressaltar que os direitos das mulheres previstos na Constituição Federal, mesmo que não estejam totalmente implementados, foram resultado de lutas. As integrantes do CNDM

transitavam, diariamente, pelo Congresso Nacional com o fito de influenciar na elaboração do Texto Constitucional. O grupo de mulheres que lutavam pelos seus direitos recebeu a alcunha de lobby do batom, e apesar de serem numericamente inferiores aos homens, “o fato é que este grupo de pressão se tornou um dos mais bem articulados da ANC”. (SILVA, 2012, p.195)

Conforme restou consignado, os direitos humanos são construídos a partir de lutas sociais. Apesar de essas batalhas ainda estarem em curso, a Constituição Federal, em tempo que ofereceu reconhecimento jurídico à parte das reivindicações das mulheres, deu substrato para que a luta pela implementação dos direitos humanos continue.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da ideia de que os direitos nascem com a evolução da história, convencionou-se, a partir da obra de Karel Vašák, dividir os direitos humanos em gerações. A primeira geração, ligada ao valor da liberdade, trouxe direitos civis e políticos. Já a segunda geração, preocupada com a igualdade, traz direitos de cunho social. Por fim, a terceira geração de direitos, focada na fraternidade, positiva direitos de cunho coletivo.

Porém, a divisão geracional não é compatível com a conquista de direitos humanos pelas mulheres. Isso porque, elas conquistaram em primeiro lugar direitos considerados de segunda geração, para depois conquistarem, ainda que formalmente, direitos civis e políticos. No contexto brasileiro, a Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte de 1988 demonstra que as mulheres lutaram, já no século XX, pelo reconhecimento de direitos assegurados aos homens desde o século XVIII.

No contexto da Assembleia Nacional Constituinte, as mulheres, por meio do movimento Mulher e Constituinte, trabalharam para que o Texto Constitucional lhes trouxesse o reconhecimento de direitos civis, políticos, sociais e coletivos. O sucesso do movimento fez com que várias demandas fossem incluídas na Constituição Federal. Porém, apesar do reconhecimento de direitos ser fruto de lutas, a batalha pelas condições materiais e culturais essenciais para sua fruição é continua. Olhar os direitos humanos da mulher como direitos que já foram garantidos é esquecer que direitos são reversíveis, e que sua manutenção é sempre vinculada às lutas sociais.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica? *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 17 – n. 51, pp. 145-173 – jan./jun. 2018. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/o-conceito-e-o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica> Acesso em: 10 jul. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1824*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil 1937*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil 1946*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República. [2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 12 jun. 2020.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRESCÊNCIO, Cíntia Lima e OLIVEIRA, Mariana Esteves. *Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher*: Movimento de Mulheres do IAJS, Movimento Regional de Mulheres e a luta por democracia no Brasil. Anos 90, Porto Alegre, v. 26, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). *Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987*. Brasília, DF: CNDM, 1987.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ESPINÓLA, Caroline Cavalcante. *Dos direitos humanos das mulheres à efetividade da lei Maria da Penha*. Curitiba: Appris, 2018.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FLORES, Joaquín Herrera. 16 premisas de una teoría crítica del derecho. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2011. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/305432739/16-Premisas-de-una-Teoria-Cri-tica-del-derecho-y-de-los-derechos-humanos-1> Acesso em: 10 jul. 2020.
- FACCHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. São Paulo: Loyola, 2010.
- KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David; DOMARADZKI, Spasimir. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. *Human Rights Review*. v. 20, pp. 423–443, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/>

- s12142-019-00565-x#additional-information
Acesso em: 10 jul. 2020.
- LUCAS, Douglas Cesar; SPENGLER, Fabiana. Identidade, alteridade e mediação: por uma comunicação inclusiva das diferenças. *Rev. Direitos Culturais*. v. 7, n. 12 (2012)
- Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/824/406> Acesso em: 10 jul. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MELO, Hildete Pereira de. Histórias e memórias das feministas no processo constitucional de 1985 a 1988: o papel do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. In: Bertolin, Patrícia Tuma; ANDRADE, Denise; SAPUCAIA, Monica. *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois*. Autonomia Literária: São Paulo, 2018.
- NETO, José Francisco Siqueira. Carta das Mulheres à Assembleia Nacional Constituinte: um legado muito além da Constituição. In: Bertolin, Patrícia Tuma; ANDRADE, Denise; SAPUCAIA, Monica. *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois*. Autonomia Literária: São Paulo, 2018.
- NIELSSON, Joice Graciele. *Mulheres e Justiça. Teorias da Justiça da Antiguidade ao Século XX*. Curitiba: Appris, 2018.
- NIKKEN, Pedro. *Sobre el Concepto de Derechos Humanos*. In: Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH. Seminario sobre Derechos Humanos (30 de mayo – 1 junio de 1996, La Habana, Cuba), San José, Costa Rica, 1997.
- SILVA, Salete Maria da. *A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988*. 2011. 322 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Ciências Humanas) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- POMIANOWSKI, Piotr Z. Legal Status of Women in Codes Binding in Central Polish Lands in the Early Nineteenth Century. *Journal on European History of Law*. London, v. 11, pp. 96-101, 2020. https://www.academia.edu/43274591/Legal_Status_of_Women_in_Codes_Binding_in_Central_Polish_Lands_in_the_Early_Nineteenth_Century Acesso em: 10 jul. 2020.
- PITANGUY, Jacqueline. Celebrando os 30 Anos da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. In: *Anais de seminários 30 anos da carta das mulheres aos constituintes*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/anais_de_seminarios_da_emerj/edicoes/volume1_2018/anais_de_seminarios_da_emerj_volume1_2018.pdf Acesso em: 10 jul. 2020.
- PITANGUY, Jacqueline. A Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: memórias para o futuro. In: Bertolin, Patrícia Tuma; ANDRADE, Denise; SAPUCAIA, Monica. *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois*. Autonomia Literária: São Paulo, 2018.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio: ou Da Educação*. Tradução de Sérgio Milliet. 3ª ed. Rio de Janeiro: Difel, 1979.
- ROCHA, Martha Eva. Visión panorámica de las mujeres durante la Revolución Mexicana. In: GALEANA, Patricia. *Historia de las mujeres en México*. Instituto Nacional de Estudios: México, 2015.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf Acesso em: 24 set. 2020
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres: coleção primeiro passos*. São Paulo: Brasiliense, 2017.
- WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política*. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

NOTAS

1. Versão preliminar do presente trabalho foi apresentada no VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, promovido pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ.
2. A luta pela construção de um banheiro no plenário é narrada pela parlamentar Lídice da Mata, em entrevista concedida à Salete Maria da Silva. (SILVA, 2011)
3. Sobre o tema conferir as seguintes decisões: BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 654.833 Relator Min. Alexandre de Moraes. DJE, Brasília, 24 jun. 2020; e BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Plenário. Mandado de Segurança 22.164. Relator Min. Celso de Mello. DJ, Brasília, 17 nov. 1995.
4. Interessante citar que a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher é 1953, momento em que os direitos sociais já estavam em pleno desenvolvimento. (FIORI, 1997)
7. Alguns países trazem a igualdade entre homens e mulheres mais cedo. A Constituição de Weimar, de 1919, trouxe direitos políticos para as mulheres já no início do século XIX. (FACCHI, 2011)
5. As mulheres suíças passaram a ter direito ao voto em 1971. Já na Arábia Saudita, as mulheres votaram pela primeira vez em 2015. Sobre o tema, confira https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430473784_207874.html
6. Apesar de escapar ao escopo do presente artigo, ainda é possível pensar na inadequação do conceito de gerações para tratar de direitos de pessoas LGBTQIA+, dos direitos dos povos tradicionais, entre outros. Nesse sentido, conforme esclarecem Lucas e Spengler (2012, p. 54) “talvez as formas tradicionais de se pensar o direito e de praticá-lo ainda não se deram conta das profundas mudanças que povoam esse novo tipo de conflito.”
7. Dessa forma, reforçamos o que está expresso na primeira premissa na medida em que as normas jurídicas não são o fim a ser alcançado pelas práticas sociais, mas uma das técnicas que podemos utilizar tanto para construir fins quanto para garantir sua eficácia. Contato com as práticas sociais que estão em sua base) (...) [N]esse sentido, o direito – quando reconhece e garante os resultados das lutas sociais – não pode se sustentar sozinho; precisa do apoio (e da crítica) de grupos de interesse ou movimentos e organizações sociais que defendem diferentes formas de regulação das relações sociais. (FLORES, 2011, tradução livre)
8. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher foi criado pela Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985.
9. Art. 379, CLT, redação original. É vedado à mulher o trabalho noturno, considerado este o que for executado entre as vinte e duas (22) e as cinco (5) horas do dia seguinte. Art. 379, CLT, redação alterada: É permitido o trabalho noturno da mulher maior de 18 (dezoito) anos, salvo em empresas ou atividade industriais.
10. Art. 233, Código Civil de 1916: O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN LOS ÁMBITOS LEGISLATIVO Y EJECUTIVO EN SEDE DOMÉSTICA EN LAS AMÉRICAS: EL CASO DE MÉXICO

.....
Julietta Morales Sánchez

Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Investigadora nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT); Doctora en Derecho con Mención Honorífica por la UNAM; También es Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), con la calificación de sobresaliente *cum laude*; Maestra en Derecho con Mención Honorífica por la UNAM y Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH).

RESUMEN

El control de convencionalidad ha irrumpido en los órdenes jurídicos nacionales como un mecanismo eficiente para prevenir las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, en muchas ocasiones, su utilización ha sido tímida. Además, se ha considerado como una herramienta de uso exclusivo en el ámbito judicial. Por ello, en el presente trabajo, se aborda la necesidad de extender la obligación de realizar el control de convencionalidad a los poderes legislativo y ejecutivo, tanto federales como locales. El lector encontrará propuestas de vías posibles para la ejecución del control de convencionalidad en cada una de las sedes mencionadas.

Palabras claves

Control de convencionalidad; poder legislativo; poder ejecutivo; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ABSTRACT

Conventionality control has burst into the National jurisdictional orders like an efficient mechanism to prevent violations to human rights. However, in many occasions Its use has been weak. Besides, it has been considered as an exclusive tool to the judicial field. Therefore, this paper addresses the need to extend the obligation to carry out conventionality control to the legislative and executive branches, such as federal and local level. The reader

will find possible proposals for the execution of conventionality control in each one of the branches mentioned.

Keywords

Conventionality control; legislative power; executive power; Inter-American Court of Human Rights; International Law of Human Rights.

I. NOTA INTRODUCTORIA: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CREACIÓN Y EVOLUCIÓN

1. *Concepto*

El control de convencionalidad es un mecanismo que sirve para verificar la conformidad de las normas con los tratados internacionales, pero no exclusivamente. Por lo que es preciso que el control se utilice para comprobar la compatibilidad de normas, sentencias, actos y omisiones de la autoridad doméstica con los tratados.

En este sentido, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH, en adelante) afirma que “el control primario de convencionalidad exige que toda autoridad pública, en todos los niveles, realice un control para ‘verificar la compatibilidad’ entre normas y actos generales internos con las disposiciones del Derecho Internacional respecto de las cuales el Estado ha consentido, en este caso, con el *corpus juris* interamericano y la interpretación que del mismo

realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o CorteIDH)".¹

Por lo tanto, es un ejercicio o proceso de verificación de compatibilidad de normas, actos, omisiones o sentencias internas frente a las convenciones internacionales. Implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución.

Así, el control de convencionalidad no se contrae solamente a los textos convencionales, sino a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en el caso de México, la jurisprudencia de la CorteIDH. Esta jurisprudencia concurre a integrar el Derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales. Al igual que la jurisprudencia interna lo hace con las normas domésticas, los criterios emitidos por la CorteIDH precisan, desglosan o actualizan el contenido de las normas convencionales, a fin de garantizar su cumplimiento por parte de los Estados.

Aquí es relevante entender que son parte integrante del tratado tanto la jurisprudencia contenciosa como la jurisprudencia consultiva,² por lo cual en el ejercicio del control de convencionalidad debería de considerarse tanto al texto del tratado como a las jurisprudencias contenciosa y consultiva de la CorteIDH. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN, en adelante) ha sostenido que solamente es vinculante la jurisprudencia contenciosa.³

2. Sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad

La premisa del control de convencionalidad reside en la idea –que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional– de que la norma de este carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no sólo algunos órganos o agentes, quien asume los compromisos y los deberes de carácter supranacional. Por lo que ningún sector del Estado –nacional o regional, federal o local– podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes.

En México, desde 2011, con el expediente Varios 912/2010 todos los jueces deben

realizar el control de convencionalidad,⁴ pero lamentablemente en diversas ocasiones se ha ejercido de forma tímida, conservadora, nula o regresiva⁵ y con una larguísima curva de aprendizaje de muchos juzgadores y litigantes.

Por lo anterior se erige la pregunta de ¿quién debe realizar el control de convencionalidad?

En este punto la postura de la SCJN es la de reservar su ejercicio a los jueces⁶ pero en la Corte Interamericana se ha extendido la aplicación a todas las autoridades, entre ellas las del poder ejecutivo o de la administración pública,⁷ como se verá *infra*.

Es preciso reiterar que en México las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para todos los jueces, derivado de la jurisprudencia de la SCJN en la Contradicción de tesis 293/2011. En dicho asunto se aprobó la ya mencionada tesis de rubro: "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona".⁸

Ahora bien, en la jurisprudencia interamericana ha habido una evolución respecto al rubro de ¿quienes deben ejercer el control de convencionalidad?⁹ A continuación se abordará su desarrollo.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana el concepto de control de convencionalidad surgió primero en algunos votos particulares. Sergio García Ramírez introdujo el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales en la jurisprudencia de la CorteIDH.¹⁰

Posteriormente y por primera vez, el control de convencionalidad surge en el *Caso Almonacid Arellano*.¹¹ En las primeras resoluciones de la CorteIDH acerca del control de convencionalidad se estableció que éste se hallaba a cargo del "Poder Judicial", "órganos del Poder Judicial", "jueces" o "juzgador". Sin embargo, en sentencias de etapas posteriores, la misma CorteIDH se refirió al control de convencionalidad como función de "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles", expresión que parecía extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función. Finalmente, amplió aún más la referencia al Ministerio Público y a todos los órganos del Estado.

En la sentencia del *Caso Gelman*, de 2011 (criterio obligatorio en México, al amparo de la decisión relativa a la Contradicción de Tesis 293/2011, anteriormente invocada) se determinó que tanto los jueces como los órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, y que cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos, dicho control “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.¹²

En 2012, la CorteIDH dictó sentencia en el *Caso Masacre de Santo Domingo*, y reafirmó que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”.¹³ En el *Caso Mendoza y otros*, de 2013, señaló que “las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley”, pero “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, por lo cual deben ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana” (énfasis agregado).¹⁴ En este caso, la CorteIDH amplió aún más la obligación a nivel nacional, al incluir expresamente al poder ejecutivo.¹⁵

En casos posteriores también se ha reiterado que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre los actos u omisiones y las normas internas, por un lado, y la Convención Americana y demás tratados, por otro lado, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos; evidentemente todo ello en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁶

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTÍA DE NO REPETICIÓN¹⁷

Las garantías de no repetición que implican “la adopción de medidas preventivas por el

Estado responsable para evitar una repetición de la violación”.¹⁸ Así, son “aquellas medidas ordenadas judicialmente a un Estado cuyo contenido está encaminado a eliminar de manera directa una deficiencia estructural del sistema nacional que está permitiendo o favoreciendo violaciones reiteradas a los derechos humanos”.¹⁹

No obstante, “las garantías de no repetición se configuran como evidencia de los efectos reflejos o irradiadores del orden internacional de los derechos humanos en el orden jurídico nacional en virtud del objeto que persiguen estas resoluciones, fenómeno que contrasta con la tradicional eficacia *inter partes* propia de cualquier sentencia judicial definitiva”.²⁰

Londoño Lázaro también las ha conceptualizado como “las medidas específicas ordenadas por un tribunal internacional en un juicio de responsabilidad estatal y con respeto al margen nacional de apreciación, tendientes a eliminar una deficiencia estructural que amenaza o vulnera derechos humanos en el ámbito interno del Estado, cuyo contenido –con el fin de prevenir futuras violaciones– apunta a la transformación del sistema nacional a partir de la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas”.²¹

Se ha establecido que los contenidos de todas las medidas encuadran en alguno de los siguientes grupos: a) derogar o eliminar normas o prácticas; b) crear o adoptar normas, prácticas, políticas o instituciones; c) modificar normas, prácticas o políticas; d) educar o capacitar a funcionarios públicos o a la población.²²

las garantías de no repetición “generan efectos directos colectivos o generales sobre grupos poblacionales que no han hecho parte del litigio internacional; es decir, que sus alcances benefician a terceros que no son declarados víctimas en el proceso, por lo que no pueden entenderse como modalidades de reparación”.²³

En razón de lo anterior, las garantías de no repetición por supuesto que tienen que ser parte integrante de sentencias internacionales y nacionales, pero no deberían de ser consideradas en el apartado de reparaciones. Restarle autonomía al concepto de garantía de no repetición contribuye a cuestionar su emisión y su naturaleza. Los tribunales tienen la total potestad de dictar o sugerir medidas o políticas públicas que puedan evitar la reproducción de violaciones a derechos humanos. Así, se ha

dicho que “los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles –más allá del “sí” y el “no”– para asegurar el cumplimiento de un derecho: ellos pueden, por caso, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado sin definir el modo en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública para que los poderes públicos diseñen la mejor forma de responder al problema, etcétera”.²⁴

Por lo tanto y si bien un caso sirve para detectar cuáles son las falencias estructurales de un Estado y da pie para el dictado de dichas medidas, las garantías de no repetición no se agotan en dicho caso y tienen un efecto de irradiación sobre toda la actividad estatal. En esta lógica es importante crear al interior de las sentencias interamericanas y nacionales un apartado de garantías de no repetición que sea autónomo y desvinculado de los conceptos de reparación integral que se dicten en el caso específico.

Sería relevante además instaurar un mecanismo de seguimiento particular dentro de las sentencias de supervisión de cumplimiento, que permitiera un acatamiento más puntual al interior de los Estados ya que, por tratarse justamente de modificaciones estructurales, son complejos de cumplir y pueden retrasar el archivo de los casos. Una opción adicional es la de aglutinar o conjuntar el seguimiento por países que tengan sentencias o condenas recurrentes. Como ejemplo, se encuentran los casos de fuero militar para México que ordenaban la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar para limitar la jurisdicción militar: Casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, Cabrera García y Montiel Flores*. El seguimiento podría hacerse por el bloque de sentencias y específicamente para las garantías de no repetición reiteradas en ellas; algo parecido ya se hizo por la Corte Interamericana.²⁵

En otro orden, se ha criticado la emisión de las garantías de no repetición por parte de la Corte Interamericana. Si bien se entienden tanto la preocupación de Londoño Lázaro como algunos de sus razonamientos, no se comparte –en su mayoría–, su postura en los puntos siguientes.

La autora sostiene que las garantías de no repetición han sido diseñadas “para ejercer –desde el plano internacional– un control preventivo de violaciones recurrentes a los derechos humanos,

pero no para sustituir la acción propia del Estado que es el primer comprometido con la realización de las obligaciones convencionales. Pensar lo contrario, por un lado, trasuntaría un idealismo de corto alcance: nunca será un organismo internacional quien esté en mejores condiciones para decidir de qué modo concreto se garantiza mejor la no repetición de violaciones de los derechos humanos en un contexto local, en circunstancias concretas que le son en buena medida desconocidas”.²⁶

También afirma que “si cuando la CorteIDH ordena GNR lo hace sin una visión comprehensiva de los problemas sociales y omitiendo la consideración de las consecuencias de esa decisión, puede caer en una posición poco responsable que, finalmente, afecte de manera grave decisiones importantes asumidas por el Estado para la resolución de sus problemas sociales. Cualquiera de estos dos aspectos señalados se constituye en un verdadero riesgo que amenaza no sólo la legitimidad de la práctica de las GNR, sino la legitimidad misma del órgano judicial que las emite”.²⁷ Por lo que finalmente, Londoño Lázaro remata afirmando que “desconocer el margen nacional de apreciación... no sólo rechaza el principio del *self-restrain* (*sic, self-restraint*) judicial, sino que además acarrea la violación del principio de subsidiaridad y con él, también, el principio de no intervención”.²⁸

Se coincide con Londoño Lázaro en que el Estado es el principal y único responsable del cumplimiento de las obligaciones convencionales. Sin embargo, si bien es cierto que los jueces de la Corte Interamericana pueden no conocer la realidad de todos los países americanos, justamente por eso se presentan *amicus curiae* que, en múltiples ocasiones, establecen el contexto de las violaciones o la situación nacional que se vive, además de la opinión propia de las víctimas que el Estado tiene posibilidad de confrontar. Por lo tanto, la realidad no es desconocida para la CorteIDH, sino que forma parte del expediente.

Ahora bien, aunque la lógica diría que en efecto es el propio Estado quien está en mejores condiciones para decidir de qué forma garantizar la no repetición de los hechos en su territorio, la verdad es que creer esto es inocente o falaz. Posiblemente los Estados sepan cómo evitar la reiteración de las violaciones, pero de ser así surgen algunas preguntas: ¿por qué no modifican entonces su propia realidad?; Si saben

y conocen tan bien como mejorar las cosas y, a pesar de eso, no hacen nada ¿son maléficos o simplemente no les importa? ¿o les falta toda la voluntad política para hacerlo? Si saben cómo resolver sus propios problemas sociales y fingen miopía o ceguera para quedarse inmóviles, la situación es gravísima.

Entonces es más lógico pensar que los Estados están tan inmersos en sus propias pugnas políticas o partidistas, en su lucha por conservar el poder, que realmente no saben cómo evitar violaciones a derechos humanos y no les interesa saber, porque si supieran o quisieran o pudieran hacerlo ya lo hubieran hecho, sin necesidad de una sentencia internacional que se los ordenara.

Por lo tanto, es la Corte Interamericana quien, con una visión de conjunto y con base en la experiencia de otros países y en su misión de aplicar y hacer respetar el derecho convencional, dicta las medidas de la forma más inteligente posible —o al menos, más inteligente que los propios Estados que han sido omisos, desobligados o perezosos en perjuicio de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción—.

Posteriormente, la autora habla de la necesidad de respetar el margen nacional de apreciación lo cual, por supuesto, debe hacerse, pero con límites a fin de que los Estados no diseñen subterfugios para evadir el cumplimiento de las sentencias internacionales. Y también habla de la necesidad de no rechazar el principio de principio de *self-restraint*, lo cual si llama la atención ya que la Real Academia de la Lengua Española en su “Diccionario panhispánico del español jurídico” define al *self-restraint* justamente como una “posición de autorrestricción de los tribunales; tendencia conservadora en la interpretación de las leyes que se atiene de modo estricto a su letra, al criterio seguido en actuaciones anteriores o a la adopción de las soluciones menos innovadoras del orden establecido”.²⁹

Poyanco Bugueño afirma que “ante la posibilidad cierta de que el ejercicio indebido o ideológico de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, algunos autores, tanto en el mundo del derecho continental como en la corriente del Common Law, han teorizado acerca de la necesidad de que aquél ejerza sus atribuciones con moderación.

Dicha moderación ha recibido el nombre de *judicial self-restraint*, autorrestricción, deferencia judicial o deferencia razonada”.³⁰

Por supuesto no se pugna a favor del activismo judicial ni del gobierno de jueces ni de que se vulnere la separación de funciones o de poderes en un Estado. Pero jamás se pediría a la CorteIDH —que sortea muchos obstáculos y hace un gran papel a favor del continente y para la defensa efectiva de la dignidad humana— que sea moderada, que sea conservadora y que se contenga al momento de dictar sus resoluciones para no herir susceptibilidades de los gobiernos.

Finalmente, parece exagerado sostener que podría haber una violación de los principios de subsidiaridad y de no intervención, como se afirma. Suena a un resabio soberanista decimonónico, ya no aplicable en 2022. Los países suscriben tratados internacionales y aceptan la competencia de órganos internacionales, precisamente en ejercicio de su soberanía; por lo que la Corte Interamericana tiene plena competencia para dictar en sus sentencias las medidas que sean necesarias para defender los derechos humanos. Jamás se esperaría suplir al Estado, quien es el único responsable y obligado de respetar los derechos, pero la CorteIDH sí puede y debe señalar los focos rojos que existen al interior de los países e indicar a los Estados las acciones a realizar para cumplir con sus obligaciones convencionales.

En ese orden, existen posturas que afirman la “reciente tendencia a forzar a las cortes nacionales a aplicar de forma directa la CADH y a ignorar o invalidar las leyes nacionales que violan la CADH, es un logro extraordinario”.³¹

Reforzando los argumentos antes planteados, también se ha sostenido que “parecería fácil pintar la interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como ‘activismo judicial’, que sobrepasa su mandato, o que es *ultra vires* y por lo tanto ilegal. Sin embargo, pocas instituciones domésticas han llegado a esa conclusión. Muchos aceptan este desarrollo como legal y legítimo. ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no fue unilateral, ni un proceso impuesto desde arriba por una Corte en busca de hegemonía. Al contrario, fue un proceso común de múltiples actores”.³²

Claramente hay que reconocer que “no todos están de acuerdo con que la Corte(IDH) asuma este mandato poderoso y transformador. Sin embargo, las fuerzas que interpretan la

Convención de esta manera tienen suficientes argumentos para apoyar su legalidad y lo que reviste igual importancia, han reunido suficiente apoyo para seguir en este camino”.³³ Y aquí valdría cerrar este apartado con una pregunta: en un continente como el Americano, marcado por la pobreza, la desigualdad, la injusticia, la impunidad, la discriminación –todas ellas ofensivas–, si la CorteIDH no asume ese necesario e ingente papel, entonces ¿quien lo hará? ¿Los Estados? Esa es justamente la utopía.

III. ¿DEBE APLICARSE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE LEGISLATIVA Y EJECUTIVA?: REALIDADES Y COMPLEJIDADES

En el presente apartado se proyectará el ejercicio del control de convencionalidad en los ámbitos de los poderes legislativo y ejecutivo, hablando tanto desde la dimensión formal como material: instancias que formal y/o materialmente realicen actividades legislativas o administrativas y que pueden encontrarse dentro de los dos poderes de referencia o en el ramo de los organismos constitucionales autónomos.

Adicionalmente se reconoce que al interior de los poderes legislativo y ejecutivo también se realizan actividades que son materialmente jurisdiccionales; en todo caso se abordarán las primeras y no éstas últimas, aunque algunos de los argumentos puedan ser de utilidad para el desempeño judicial del control de convencionalidad.

1. *Argumentos a favor de la extensión del control de convencionalidad a todas las autoridades*

Se comenzará este rubro recordando algunas de las obligaciones que aceptan los Estados al momento de ratificar tratados internacionales. Este ejercicio soberano de ratificación implica y compromete a todos los órganos del Estado, por lo que la acción u omisión de cualquier servidor público (sin importar el orden de gobierno – federal, local o municipal– o función) puede generar responsabilidad internacional por la violación de uno o más derechos humanos.

Las obligaciones generales que vinculan a los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)

son las de respeto y garantía (artículo 1.1)³⁴ y la de adecuación del Derecho interno (artículo 2).³⁵ De la letra de ambos artículos se desprenden obligaciones para los poderes legislativo y ejecutivo.

El IIDH afirma que “ambas obligaciones exigen que los Estados, a través de sus diferentes órganos, pongan en práctica diferentes medidas de ‘hacer’ y ‘no hacer’”.³⁶ Por lo que se requiere “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación” a los derechos humanos o la expedición de normas y el desarrollo de prácticas para la garantía efectiva de los derechos. La violación a derechos puede darse por la no derogación de una norma incompatible con la CADH y por la falta de adopción de normas y acciones domésticas.³⁷

Ferrer Mac-Gregor afirma que “la obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido”.³⁸

Asimismo, la estructura federal no puede ser justificación para el incumplimiento de los tratados. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio...” Mientras que a la luz del artículo 28 de la CADH,³⁹ la jurisprudencia de la CorteIDH ha establecido que: “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.⁴⁰ Así, “las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas... independientemente de su estructura federal o unitaria”.⁴¹

La exigencia de respeto y garantía de los derechos humanos “constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas”. Esto claramente sigue extendiendo las obligaciones convencionales a todos los órganos del Estado.⁴² En ese sentido, es ilícita “toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”.⁴³

Adicionalmente, el principio de la identidad o continuidad del Estado es fundamental, particularmente frente a los cambios que se producen en los poderes legislativos y ejecutivos (3 y 6 años, dependiendo el caso).

La CorteIDH ha afirmado que “según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste (para todos sus poderes y órganos) con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron”.⁴⁴ Así, “conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado (por el Estado)...es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos”.⁴⁵

Adicionalmente, en México, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por mandato del artículo 1º constitucional, párrafo tercero.

Por lo tanto, si la Constitución es obligatoria para los tres poderes entonces por qué los tratados no habrían de serlo. Si el bloque de constitucionalidad o el “parámetro de control de la regularidad constitucional”, determinado en la Contradicción de tesis 293/2011 ya mencionada,⁴⁶ se integra por los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, claramente los mismos son obligatorios para los tres poderes.

En otro orden, el IIDH afirma que “el control primario de convencionalidad alude al control de convencionalidad realizado por toda autoridad pública de un determinado Estado”.⁴⁷ Por lo que concluye que el control de convencionalidad “es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción”.⁴⁸ Sin menospreciar la relevancia y urgencia de que en sede nacional se realice el control de convencionalidad por todas las autoridades, no se coincide plenamente con

esta idea. La obligación irrestricta de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por supuesto que corresponde a los Estados, pero el intérprete último de la CADH es la CorteIDH tal como se ha sostenido por dicho órgano.⁴⁹

Se ha calificado como un “audaz paso” el que “cada juez nacional se conviert(a) en un juez interamericano. Esto amplifica dramáticamente el alcance de la Convención”.⁵⁰ Pero hay que hacer un ajuste a la frase: es cada autoridad la que se convierte en un “juez interamericano”. A pesar de la fuerza de esta controvertida afirmación hay que precisar que todas las autoridades se convierten en jueces interamericanos, pero solamente para reproducir y aplicar los criterios previamente establecidos por la CorteIDH; es decir, no son intérpretes directos de la Convención Americana ni de los demás tratados internacionales. Son más bien instancias replicadoras-aplicadoras de la jurisprudencia interamericana, más no órganos creadores (función que solamente corresponde a la CorteIDH).

Como una muestra de esto se encuentra la excepción de “cuarta instancia” que el Estado mexicano pretendió alegar en el caso Cabrera García y Montiel Flores.⁵¹ En ella México alegó que los tribunales internos habían ejercido efectivamente el control de convencionalidad y que por ello ya no era necesario que la CorteIDH se pronunciara. Sin embargo, la CorteIDH estableció que sería “en la etapa de fondo en la que se (determinaría por la Corte Interamericana) si el presunto control de convencionalidad que (realizó) el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable”.⁵²

Ahora bien, ya que se determinó que todos los órganos deben ejercer el control de convencionalidad se debe pensar en cómo hay que hacerlo. Se han planteado metodologías para la aplicación del control de convencionalidad; sin embargo, cuando se sostiene su aplicación tanto en los ámbitos legislativo y de la administración pública emergen complejidades porque justamente no todos los operadores tienen formación jurídica. Si bien, en el poder legislativo existen asesorías para quienes legislan y en el poder ejecutivo hay Unidades o Direcciones jurídicas, se expondrán una serie

de mecanismos que pueden coadyuvar a dicho ejercicio sin tener formación en Derecho.

Finalmente, el IIDH afirma que “el control de convencionalidad obliga también a cualquier otra autoridad o rama del poder público, de cualquier nivel, prevista en la organización y estructura del Estado. Así, en el ejercicio de sus funciones, dichas otras autoridades deberán verificar la conformidad de las normas y actos internos con lo establecido en la Convención Americana y demás tratados del *corpus juris* interamericano”,⁵³ lo cual como se dijo, se extiende a órganos constitucionales autónomos.

Aunque es pertinente precisar que “si bien el control de convencionalidad es exigible a toda autoridad pública, lo cierto es que a cada una se le exigirá un comportamiento diferente en aplicación del mismo, siempre en respeto de sus competencias y de las normas procesales vigentes en el país. Por ello, las implicancias y alcances del control de convencionalidad variarán en cada caso”.⁵⁴

2. Ámbito legislativo

En el mismo sentido que se sostiene en este estudio, el IIDH afirma que el poder legislativo de cualquier nivel (federal o local) tiene la obligación de realizar el control de convencionalidad.⁵⁵

Como se mencionó, la Corte Interamericana ha establecido que “el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención (ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio). Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁵⁶ Y se incurre en responsabilidad internacional “por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma...”.⁵⁷

En este orden, “los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas normas que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las normas que los protegen”.⁵⁸

El poder legislativo parece aislado o renuente a entenderse como una parte del Estado obligada por los compromisos convencionales. Es pertinente recordar que “las disposiciones de derecho interno que se adopten... han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”.⁵⁹ Esta es una obligación que los poderes legislativos no pueden seguir evadiendo.

E incluso se ha dicho que cuando el poder legislativo falla en su trabajo de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana o adoptar disposiciones que permitan su puntual cumplimiento, es el poder judicial quien debe asumir las obligaciones internacionales del Estado en cuestión y dejar de aplicar cualquier norma contraria a los tratados o expulsarla de su orden jurídico. Y es justamente para evitar esta situación que debe aplicarse el control de convencionalidad en sede legislativa y por todos los órganos del Estado, para evitar estas inconsistencias o colisiones al interior de un mismo país.

En este sentido, la CorteIDH establece:

cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁶⁰

Por lo anterior, el poder legislativo debe ejercer el control de convencionalidad para evitar la creación de normas inconvencionales.⁶¹ La CorteIDH en el *Caso Gelman* ha afirmado que “la sola existencia de un régimen democrático

no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos... La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales".⁶²

En ese orden, la Corte Interamericana ha dicho que las leyes –incluida la norma constitucional– deben satisfacer condiciones materiales y formales; es decir, al amparo del artículo 30 de la Convención Americana –restricciones a los derechos– la legalidad comprende dos dimensiones: formal y material.⁶³ Aquella existe cuando se ha observado el procedimiento establecido para la creación de leyes o su reforma; la material atiende al contenido de la norma: respetuoso de los derechos humanos, en el marco de la sociedad democrática.

Para que una norma merezca el título de ley es preciso: a) que se trate de una "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes",⁶⁴ y b) que la norma atienda a razones de interés general y sirva al propósito para el que fue establecida. En la especie, razones de interés general significa que la norma corresponda a los requerimientos del bien común.⁶⁵ Estos conceptos, que han sido aplicados en opiniones consultivas⁶⁶ y en la solución de litigios⁶⁷ ante la misma Corte Interamericana, deben ser recogidos por los Estados al momento de crear, interpretar o aplicar leyes.

Cualquier reforma legal –incluida la constitucional– debe tomar en cuenta las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano, a fin de satisfacer la dimensión material. Por ello la relevancia de que el poder legislativo realice el control de convencionalidad previamente a la aprobación de las normas nacionales.

Un ejemplo de cerrazón en sede legislativa y del no ejercicio del control de convencionalidad, se encuentra en el caso de la reforma constitucional en materia de guardia nacional.⁶⁸ Existieron múltiples posicionamientos y comunicados del Sistema ONU, Interamericano, sociedad civil y *ombudsperson* de México⁶⁹ en contra de la reforma o pidiendo su adecuación; asimismo, la CorteIDH emitió la sentencia en el *Caso de Alvarado Espinoza*⁷⁰ en donde reiteró su postura sobre la participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad ciudadana.

Todo esto no fue considerado por el poder legislativo federal ni locales (ya que al tratarse de una reforma constitucional exigió la aprobación de las legislaturas locales, siendo gravísimo que esta reforma obtuviera los 32 votos aprobatorios).⁷¹ El Congreso Federal más todos los Congresos locales terminaron aprobando una reforma constitucional sumamente cuestionable. Además, y de forma lamentable, no se contó con ningún mecanismo jurídico en sede interna que permitiera la revisión de dicha reforma. Lo anterior en virtud de que la acción de inconstitucionalidad –que es un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad-convencionalidad en México– solamente opera para conocer de reformas legales o de la emisión de leyes secundarias, más no constitucionales (en términos del artículo 105, fracción II, inciso g).⁷² No se entrará a analizar este punto por ser ajeno al objeto del presente trabajo, pero es fundamental que pronto se reforme el numeral mencionado, entendiendo que pueden existir reformas constitucionales que sean inconvencionales, por lo que tiene que existir un mecanismo (la acción de inconstitucionalidad renovada) que permita analizarlas o combatirlas en sede nacional, antes de que generen responsabilidad internacional para el Estado mexicano.

En suma, el ejemplo de guardia nacional revela la urgencia de que se implemente el control de convencionalidad *a priori* en sede legislativa.

Por lo anterior es fundamental que se capacite a quienes integran el Congreso de la Unión y las legislaturas locales.

Ahora bien, hay que reconocer que lamentablemente en México no existe un mecanismo de control constitucional-convencional previo, como sí sucede en países como España, experiencia a la que se hará referencia *infra*.

En México, se podría pensar en dos opciones para que el control de convencionalidad sea ejercido en sede legislativa.

Por un lado, existen áreas al interior de las Cámaras (en particular de la Cámara de Diputados) que son los centros de estudios,⁷³ en donde personal especializado podría dar opinión sobre la convencionalidad de los proyectos de decretos que contienen reformas o iniciativas. Justamente para que dicha opinión fuera un requisito obligatorio a cubrir y no quedara como letra muerta, se requiere una modificación al Reglamento de la Cámara de Diputados para establecer dicho requisito.⁷⁴

En el caso de la Cámara de Senadores, la función podría dársele a las comisiones, conforme al artículo 113.2 del Reglamento del Senado de la República que dispone: “en las comisiones se dictamina, investiga, consulta, analiza, debate y resuelve sobre las materias de sus competencias”. O también existe la opción de dotarle de esta facultad al Instituto Belisario Domínguez (artículo 300.4 del Reglamento del Senado) o a través del Centro de Capacitación y Formación Permanente preparar al personal el Servicio Civil para cumplir con la función (artículo 301.1 del Reglamento en cita). Cualquiera de las opciones mencionadas son solo una posibilidad o ejemplo de mecanismos de autocontrol por medio de los cuales se puede supervisar o realizar el control de convencionalidad.

Otra opción —ya no de autocontrol, sino de heterocontrol— es la de diseñar un mecanismo de consulta previa a la SCJN, tal y como sucede en el caso español antes de ratificar tratados internacionales: el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del contenido del tratado en cuestión. A esta opción se llegará cuando se hable del poder ejecutivo ya que dicho mecanismo opera para tanto para el ámbito ejecutivo como legislativo.

Finalmente, si se piensa en los efectos del control de convencionalidad en sede legislativa, los mismos son generales o *erga omnes* en virtud de tratarse de leyes que —si son emitidas conforme a los tratados internacionales y respetan derechos humanos— benefician a toda la población.

2. Ámbito ejecutivo

Son precisamente quienes trabajan en la administración pública —los que diseñan e

implementan las políticas públicas, los que toman decisiones cotidianamente y aplican las normas— quienes requieren herramientas para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. Y el control de convencionalidad es un instrumento fundamental que, además, siempre queda sujeto a revisión judicial.⁷⁵

Como lo sostiene el IIDH: “el control de convencionalidad es exigible a todas las autoridades y órganos administrativos, en cualquier nivel, de manera que en el ejercicio de sus funciones aquéllos deberán verificar la conformidad de las normas y actos internos con lo establecido en la Convención y demás tratados del *corpus juris* interamericano”.⁷⁶ En ese orden, se ha afirmado que “la administración pública inserta en cada uno de los poderes y órganos del Estado tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad en sus actuaciones, en los procedimientos administrativos y en el dictado de sus actos y resoluciones administrativos”.⁷⁷

Por supuesto que, a pesar de las críticas que puedan existir en torno a la aplicación del control de convencionalidad en sede administrativa, en este estudio se sostiene que los servidores públicos del poder ejecutivo (o del ramo autónomo que realizan funciones materialmente administrativas) deben realizarlo. Ello se refuerza porque dicha aplicación, que además debe ser *pro persona*, está sujeta —como se dijo— a revisión judicial. En ese marco, se podrían diseñar mecanismos al interior de la administración pública para propiciar el autocontrol al interior de la administración pública a fin de cumplir con los tratados internacionales.

Como una primera opción, podría plantearse una consulta a alguna Secretaría previamente especializada o capacitada, como puede ser el caso de la Secretaría de la Función Pública, por ejemplo; sin embargo, esta opción podría ser cuestionable por la dilación y complejidad en la coordinación dentro de la misma Administración Pública. Por lo que una opción de autocontrol al interior de cada dependencia puede ser más eficiente, a través de todos los servidores públicos y con una instancia de revisión y/o consulta-validación en los jurídicos de la Secretaría de que se trate.

Ahora bien, si se piensa en autocontrol, ya sea en sede de la propia dependencia o de una Secretaría “madre” o rectora en el tema, existen una serie de pasos⁷⁸ para la aplicación del control y su proyección en sede administrativa.⁷⁹

1. Identificar los derechos humanos o garantías aplicables o de posible afectación a través de la política pública;

2. Verificación de las diferentes opciones posibles para la solución del problema público;

3. Investigar en qué normas se encuentra reconocido el derecho humano o los derechos (tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales);

4. Fijar la norma o la porción normativa legislativa o administrativa, así como la acción u omisión derivada de la política pública que pudiera generar algún riesgo a un derecho humano y que será objeto de control;

5. Determinar si la norma o porción normativa, actos u omisiones tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos;

6. Definir si la norma o porción normativa, actos u omisiones respetan los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad;

6. Analizar e interpretar si la restricción o afectación al derecho o a la garantía es compatible con el derecho convencional, es decir, con la previsión contenida en los tratados internacionales, es decir, realizar un ejercicio de control de convencionalidad;

7. En caso de contradicción o confrontación entre la norma, acción u omisión y el derecho convencional, el intérprete administrativo tenderá a hacer: a) una interpretación conforme –que dote de un nuevo contenido a la norma inconveniente o brinde una nueva dirección a la acción u omisión inconveniente– o b) *pro persona* –que priorice la norma más favorable, así como las acciones derivadas de la misma– para diluir o erradicar dicha contradicción.

8. En caso de que lo anterior no sea posible, se realizará la inaplicación de la norma, o suspensión del acto u omisión inconveniente, a fin de evitar que en la interpretación o actividad realizada (u omisión) persista la contradicción con el derecho humano o la garantía.

En todos estos pasos debe observarse y aplicarse el bloque de constitucionalidad, en donde se adscribe el derecho convencional como parte integrante, vinculante y exigible del orden jurídico interno. Sin embargo, no debe perderse de vista la diferencia entre ambos conceptos. “El bloque de constitucionalidad es un recurso metodológico que permite la integración del

derecho internacional...mientras que el control de convencionalidad no es un simple recurso metodológico de integración, sino que es mucho más que eso, en tanto mecanismo de efectividad del derecho internacional de los derechos humanos y sus reglas imperativas, incluso más allá de los límites que pueda imponer el derecho local, aún en su versión del derecho constitucional”.⁸⁰

En el rubro del autocontrol, el IIDH sostiene que para una adecuada aplicación del control de convencionalidad toda autoridad pública debe contar con una debida formación.⁸¹ Parecen exagerados los requisitos que el IIDH impone como necesarios; sí se requiere formación de la autoridad pública en materia de derechos humanos, pero no que es requisito indispensable que sean abogados ni tampoco un conocimiento especializadísimo del Derecho internacional de los derechos humanos. Por ello la metodología anterior puede ser de utilidad y fácil aplicación para cualquier operador y siempre su decisión queda sujeta a la revisión/consulta/validación del área jurídica de la dependencia en cuestión.

En otro orden y a pesar de la postura que se sostiene en este trabajo, la Segunda Sala de la SCJN en tesis aislada se ha pronunciado en sentido contrario.⁸² Sin embargo, ha sido duramente criticada:

lo dispuesto en la tesis en cuestión representa un sensible retroceso en cuanto hace a la tutela efectiva del orden constitucional, particularmente en la vigencia de los derechos humanos y el principio *pro personae*. El hecho de que una norma llegue a ser inaplicada por una autoridad distinta a la jurisdiccional, en este caso una de índole administrativa, no significa *per se* una falta de deferencia a los principios de presunción de constitucionalidad de la ley, certeza y seguridad jurídica, ya que lo que se busca, ante la imposibilidad de compatibilizar el orden constitucional y convencional por vía de la interpretación, conforme en el ámbito competencial respectivo, es salvaguardar la regularidad del sistema a través de la inaplicación de aquella disposición que obstaculiza dicha regularidad constitucional y vigencia de los derechos humanos.⁸³

Por lo que es fundamental entender que las autoridades administrativas en ejercicio del control de convencionalidad pueden inaplicar normas que determinen como inconvenientes,

lo cual queda –como ya se dijo– sujeto a revisión judicial –vía amparo–. Sucede que en algunos casos “la única forma de dejar a salvo el derecho de la persona es mediante la inaplicación de una porción normativa, privilegiando la vigencia del derecho que se encuentre en riesgo de ser vulnerado”.⁸⁴

Así, se ha afirmado que el “ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad no sea una labor reservada a la función judicial, ya que esto restaría eficacia a la supremacía de los derechos humanos, sino que es un ejercicio común para todas las autoridades, como lo dispone la *ratio* del artículo 1o. de la Constitución, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.⁸⁵

En otro orden, *supra* se habló de la experiencia española como un mecanismo de heterocontrol para coadyuvar a que los poderes legislativos y ejecutivos (federales y locales, en ambos casos) realicen el control de convencionalidad. A continuación, se entrará a dicho análisis.

La Constitución española⁸⁶ autoriza mecanismos de verificación de compatibilidades previos. En su artículo 95 determina que “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. Mientras que el artículo 163 de la misma Constitución determina que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español⁸⁷ establece en su artículo segundo, las dos competencias que son relevantes para los efectos de este trabajo. A la letra instituye que “el Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley... e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales”.

El Capítulo III del Título II de la norma de referencia se denomina “De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”.⁸⁸ El Título IV de la Ley Orgánica de referencia se denomina “De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales” y en su artículo 78 establece el procedimiento a seguir.⁸⁹ El Gobierno o cualquiera de las Cámaras de las Cortes Generales pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional, cuyo texto estuviera definitivamente fijado, pero al que no se hubiera prestado el consentimiento del Estado español.⁹⁰ Estos dos procedimientos implican consultas al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la congruencia normativa respectiva.

Estos mecanismos pueden servir en México si se proyecta el estudio de compatibilidad entre la norma o acto nacional con el marco convencional. En el caso de los poderes legislativos y ejecutivos locales, y en virtud de la carga de trabajo, la “consulta de convencionalidad” podría resolverse por tribunales federales (Tribunales Colegiados de Circuito, por ejemplo) y reservar a la SCJN la resolución de consultas del ámbito nacional. Es claro que, para emplear este mecanismo en el ámbito que fuese, se tendría que realizar una reforma constitucional y legal, que si bien no es imposible podría ser compleja. Esto deja como una opción más viable el autocontrol, que puede instaurarse por decreto o por reforma a norma administrativa (reglamentos, por ejemplo).

Ahora bien, también es más fácil pensar en una consulta a la SCJN por parte de los poderes legislativos (federal o locales) previa a la aprobación de una norma, que utilizar este tipo de “consulta de convencionalidad” para el ámbito ejecutivo. Se procede a explicar: en el rubro de la administración pública federal o locales, es más factible pensar en un mecanismo de autocontrol de los *supra* mencionados. Ello es así porque puede resultar sumamente complejo el plantear consultas por cada acto u omisión que se realice cotidianamente por parte de los gobiernos. Claramente no todos los actos/omisiones tendrían “sospecha de inconventionalidad” suficiente para someter una consulta a la SCJN. Si bien es cierto hay que tener conocimientos básicos y sensibilidad para despertar la sospecha referida ya que si no se tiene conocimiento

al respecto jamás se detectará un posible problema de inconventionalidad. No obstante, las dimensiones de las consultas pueden ser exorbitantes y rebasar al mismo poder judicial.

En cualquiera de las dos opciones (autocontrol o heterocontrol), seguiría existiendo la acción de inconstitucionalidad como mecanismo *a posteriori* de control abstracto de constitucionalidad y convencionalidad.

Ahora bien, si pensamos en los efectos del ejercicio del control de convencionalidad en sede ejecutiva, podría haber tanto efecto *inter partes* como *erga omnes*. El primero se produce al determinar casos concretos como concesión de permisos o exenciones de multas, autorizaciones, etcétera. El segundo se genera al momento de emitir una norma administrativa como sería un reglamento o una norma oficial mexicana que podría tener beneficios generales o *erga omnes*; o cuando se implementan políticas públicas o programas sociales que respetan los derechos humanos y los compromisos internacionales, previa realización del control de convencionalidad durante su diseño.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El control de convencionalidad puede y debe erigirse como un mecanismo efectivo para la prevención de violaciones a los derechos

humanos. Los Estados deben hacer uso pleno de esta herramienta por parte de todos sus órganos y autoridades.

Limitar o matizar el ejercicio del control de convencionalidad genera mayor número de violaciones a derechos humanos y propicia la responsabilidad internacional de los Estados.

Por ello la proyección del uso del control en los ámbitos Legislativo y Ejecutivo tiene como consecuencia no sólo el respeto a los compromisos internacionales sino a la dignidad humana. Asimismo, se constituye como una garantía de no repetición frente a las situaciones estructurales (normas, actos, omisiones) que reproducen violaciones a los derechos humanos.

Aquí han quedado expuestas algunas opciones para la ejecución del control en las dos sedes materia de análisis. Cualquiera que sea la que se elija es fundamental que se difunda entre la población y se capacite a quienes operan la administración pública y el ámbito legislativo. Es necesario que se entienda que el control de convencionalidad es una vía para el acceso a la justicia (humana, real y digna) y para el combate a la impunidad. Además, su adecuado ejercicio previene la responsabilidad internacional de los Estados. Políticas públicas y legislación convencional es lo mínimo que puede exigirse en un Estado que se califique como democrático.

REFERENCIAS

- CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y Rousset Siri, Andrés Javier (coords.), *Proteger y reparar: aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje al profesor emérito Sergio García Ramírez*, Universidad Autónoma de Baja California, Mexicali, 2021.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, 2019.
- HOLMES, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, México, Novum, 2014.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- — —, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2020.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.

NOTAS

1. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Instituto Interamericano de derechos humanos, 2015, p. 65, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH-EN/media/2971/manual-auto-formativo-control-convencionalidad-web.pdf>.
2. En las opiniones consultivas 21 y 22 se estableció que dicha jurisprudencia no contenciosa también es un parámetro para el control de convencionalidad. Así se estableció como necesario "... que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 31. Mientras que también se afirmó que "... la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen 'partes' involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos... En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo". Opinión Consultiva OC-22/16, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, 26 de febrero de 2016, párr. 26. También puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7. Control de convencionalidad*, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>.
3. La SCJN sostuvo que "los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado". Rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Tesis: P/J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 204.
4. Para profundizar sobre el expediente Varios 912/2010, *cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, 2019, pp. 281-330.
5. Como ejemplo de criterios cuestionables e incompatibles con el Derecho internacional de los derechos humanos y con las obligaciones convencionales del Estado mexicano véanse, entre otras, las siguientes jurisprudencias: Rubro: DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO QUE ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR LOS JUZGADORES, NO LLEGA AL EXTREMO DE ANALIZAR EXPRESAMENTE Y EN ABSTRACTO EN CADA RESOLUCIÓN, TODOS LOS DERECHOS HUMANOS QUE FORMAN PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, Tesis: VI.1o.A. J/18 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, p. 2438; Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NI EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO CORRESPONDIENTE. Tesis: XXVII.3o. J/11

- (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, febrero de 2015, Tomo III, p. 2241; Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*. CUANDO UN DERECHO HUMANO ESTÉ RECONOCIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UNO NACIONAL Y OTRO INTERNACIONAL, EL JUEZ NO DEBE EJERCERLO EN TODOS LOS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SINO REALIZAR UN EJERCICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS PARA VERIFICAR CUÁL DE ELLAS CONCEDE UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA A LA PERSONA, Tesis: (III Región) 5o. J/10, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación (10a.), Libro 4, marzo de 2014, Tomo II, p. 1358; y, Rubro: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD *EX OFFICIO*. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA, Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) J/8 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo II, p. 953.
6. Rubro: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1, p. 420; Rubro: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES. Tesis: 2a./J. 69/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 555.
 7. Por ejemplo, *cfr. Caso Gelman*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 193 y 239; *Caso Masacre de Santo Domingo*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142; *Caso Mendoza y otros*, Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 323.
 8. El texto de la jurisprudencia establece: “Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos”. Por mayoría de seis votos de los ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Silva Meza. *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, tesis P/J.21/2014 (10a.), p. 204.
 9. *Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, Constitución..., op. cit.*, pp. 350-354; y Morales Sánchez, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 441-468.
 10. García Ramírez afirmó que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” Énfasis agregado. *Cfr. Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la resolución de la Corte en el *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre 2003, párr. 27. Posteriormente, el mismo Juez observó que “en cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales.

- Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”. Énfasis agregado. *Cfr. Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la resolución de la Corte en el *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 3. Asimismo, afirmó “Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”– debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes”. *Voto* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la resolución de la Corte en el *Caso López Álvarez*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 30.
11. *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.
 12. *Caso Gelman...*, *cit.*, párrs. 193 y 239.
 13. *Caso Masacre de Santo Domingo...*, *cit.*, párr. 142.
 14. *Caso Mendoza y otros...*, *cit.*, párr. 323.
 15. *Ibidem*, párr. 221.
 16. *Cfr.*, por ejemplo, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; *Caso Rochac Hernández y otros*, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213; *Caso Andrade Salmón*, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, párr. 93; y *Caso Colindres Schonenberg*, Sentencia de 4 de febrero de 2019, párr. 129.
 17. Para profundizar en este rubro *cfr.* “El control de convencionalidad como una garantía de no repetición en México”, en Camarillo Govea, Laura Alicia y Rousset Siri, Andrés Javier (coords.), *Proteger y reparar: aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje al profesor emérito Sergio García Ramírez*, Universidad Autónoma de Baja California, Mexicali, 2021, pp. 33-49.
 18. Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Universidad de la Sabana, Tirant lo Blanch, 2014, p. 89.
 19. *Ibidem*, pp. 103 y 104.
 20. *Ibidem*, p. 133.
 21. *Ibidem*, pp. 197 y 198.
 22. *Ibidem*, p. 107.
 23. Londoño Lázaro, María Carmelina y Hurtado, Mónica, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. 149, enero-abril de 2017, pp. 730 y 731.
 24. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 12.
 25. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de abril de 2015. Aunque por aparte emitió otra determinación en la misma fecha, en donde también analiza la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar: *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de abril de 2015.
 26. Londoño Lázaro, *Las garantías...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

27. *Ibidem*, p. 306.
28. *Ibidem*, p. 308.
29. <https://dpej.rae.es/lema/self-restraint>.
30. Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, "Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial", en *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, núm. 2, abril de 2013, p. 80.
31. Novack, Manfred, "Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 145, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>.
32. Von Bogdandy, Armin, "El mandato del Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos" en *ibidem*, p. 68.
33. *Ibidem*, p. 69.
34. "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".
35. "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Énfasis agregado.
36. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual...*, op. cit., p. 41.
37. *Cfr. Ibidem*, pp. 43 y 44.
38. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Año 9, N° 2, 2011, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014#n162
39. El artículo 28 sobre la Cláusula Federal establece: "1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención".
40. *Caso Garrido y Baigorria*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 46.
41. Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1 de octubre de 1999, párrs. 139 y 140.
42. *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 68.
43. *Idem*.
44. Véase, entre otros, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 184; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 194; *Caso Yvon Neptune*, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párrs. 40-42; y *Caso Gelman*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, considerando 90.
45. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo")*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 23 de noviembre de 2012, considerando 39; *Caso Gelman*, Supervisión de cumplimiento..., cit., considerando 90.
46. Así se estableció que "El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista

- del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos ... la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano". Rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.
47. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual...*, op. cit., p. 63.
 48. *Caso Gelman*, Supervisión de cumplimiento... cit., considerando 87.
 49. Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.
 50. Von Bogdandy, Armin, "El mandato del Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos" en *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 67, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>
 51. Amaya, Jorge, *Control de constitucionalidad*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 399 y 400, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/constitucional/Jorge-A-Amaya-Control-Constitucionalidad-2da-Ed.pdf>
 52. Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, cit., párrs. 13 y 21.
 53. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual...*, op. cit., p. 67.
 54. *Ibidem*, p. 65.
 55. *Ibidem*, p. 66.
 56. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 207; y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas...*, cit., párr. 270.
 57. *Idem*.
 58. *Caso Tarazona Arrieta y otros*, Sentencia de 15 de octubre de 2014, párr. 153.
 59. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas...*, cit., párr. 271; *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87.
 60. *Caso Almonacid Arellano y otros...*, cit., párr. 123; *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 140.
 61. González Domínguez, Pablo, "LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD", *Estudios constitucionales*, Santiago, vol. 15, N°. 1, 2017, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003#n60. También véase Contreras, Pablo, "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Ius et Praxis*, Talca, vol. 20, N° 2, 2014, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000200007&script=sci_arttext
 62. *Caso Gelman...*, cit., párr. 239.
 63. Al respecto véase, García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos...*, op. cit., pp. 33-36.
 64. Opinión Consultiva OC-6/86, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrs. 26-30 y 35.
 65. Cfr. *Idem*.
 66. A manera de ejemplo: Opinión Consultiva OC-7/86, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986, párr. 31.
 67. Por ejemplo: *Caso Baena Ricardo y otros*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N°. 72, párrs. 169 y 170.
 68. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 2019.
 69. Véase, por ejemplo, <https://news.un.org/es/story/2019/02/1451731>, <https://www.>

forbes.com.mx/que-dice-la-onu-respecto-a-la-creacion-de-la-guardia-nacional/, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/20190110_1.pdf, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2019/Com_2019_011.pdf, <https://cdhcm.org.mx/2019/02/la-cdhdf-solicita-al-senado-que-la-reforma-para-crear-la-guardia-nacional-sea-compatible-con-los-derechos-humanos/>, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.5MX-es.pdf> <https://www.hrw.org/es/news/2019/01/14/mexico-debe-rechazar-reforma-que-militariza-la-seguridad-publica#>, https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1446:preocupa-a-la-onu-dh-acuerdo-que-dispone-de-las-fuerzas-armadas-para-tareas-de-seguridad-publica&Itemid=265.

70. *Cfr. Caso Alvarado Espinoza y otros*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs. 177-185.
71. *Cfr.* <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/votosle.htm>.
72. Que a la letra dispone: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”.
73. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 49.3. determina: “La Cámara contará también, en el ámbito de la Secretaría General y adscritos a la Secretaría de Servicios Parlamentarios, con los centros de estudios de las finanzas públicas; de estudios de derecho e investigaciones parlamentarias; de estudios sociales y de opinión pública; de estudios para el desarrollo rural sustentable y la soberanía alimentaria, y de estudios para el logro de la igualdad de género”.
74. Para ello se puede reformar los artículos 77 y/o 78, adicionando un párrafo en el que se establezca que las iniciativas, previamente a su presentación deberán contar con la opinión favorable de convencionalidad emitida por el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. Y también se deberá reformar 283.3 de dicha normatividad a fin de consolidar el servicio de carrera en esta materia.

75. Es relevante recordar que la revisión judicial también tiene que ser convencional. Ello en virtud de que “...el Estado no puede oponer como justificación de su incumplimiento una decisión de un tribunal interno, aun cuando sea el tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional. Es más, la existencia de una decisión a nivel interno, como la sentencia del Tribunal Supremo, que considere que el Fallo emitido por la Corte Interamericana es inejecutable, desconoce los principios básicos de derecho internacional sobre los cuales se fundamenta la implementación de la Convención Americana... El incumplimiento manifiesto expresado por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia impide el efecto útil de la Convención y su aplicación en el caso concreto por su intérprete último. Del mismo modo, desconoce el principio de cosa juzgada internacional sobre una materia que ya ha sido decidida, y deja sin efecto y hace ilusorio el derecho al acceso a la justicia interamericana de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual perpetúa en el tiempo las violaciones de derechos humanos que fueron constatadas en la Sentencia. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado... es inaceptable, que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos”. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 23 de noviembre de 2012, considerando 39; *Caso Gelman*, Supervisión de cumplimiento..., *cit.*, considerando 90. La Suprema Corte mexicana debe tener en cuenta dicho criterio para respetar los parámetros impuestos por la justicia interamericana.
76. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual...*, *op. cit.*, p. 65.
77. López Olvera, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, México, Novum, 2014, p. 168.
78. Esta es una versión aumentada y ampliada –así como reformulada en algunos puntos– de la propuesta que realiza López Olvera. *Cfr.* López Olvera, Miguel Alejandro, *op. cit.*, pp. 170-178.
79. Para profundizar *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2020, *passim*.

80. Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, p. 139.
81. Que incluya: “a) la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno, lo cual implica una correcta aproximación al sistema de fuentes del Derecho, los sistemas de incorporación en el Derecho interno, la jerarquía de las normas de derechos humanos en el Derecho interno, y demás formas de apertura del Derecho interno al Derecho Internacional. Específicamente, en cuanto a los tratados, dicha formación debe comprender el proceso de adopción de los mismos y el rol central del consentimiento estatal en lo que concierne a las obligaciones y derechos respecto de los cuales queda vinculado el Estado. Este conocimiento es el que permitirá comprender la lógica detrás de los tratados de derechos humanos y las consecuencias en términos de responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento ... b) la lógica del funcionamiento del Sistema Interamericano, destacando la comprensión del principio de complementariedad o subsidiariedad como eje transversal que exige que eventuales situaciones de violaciones de derechos humanos sean resueltas en primer lugar a nivel interno, por las propias autoridades del Estado involucrado...; c) las obligaciones estatales y derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y demás normas del *corpus juris* interamericano, y la interpretación de las mismas realizada por la Corte IDH, de manera que toda autoridad pública conozca el contenido y alcances de los compromisos estatales en materia de derechos humanos... y d) las correspondientes exigencias del control interno de convencionalidad, precisadas en éste y demás apartados”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 68 y 69.
82. Rubro: CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO.
83. Del Rosario Rodríguez, Marcos Francisco, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad” en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 33, julio-diciembre 2015, p. 180, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6101/8042>
84. *Ibidem*, p. 184.
85. *Idem*.
86. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CONSTITUCION.pdf>
87. *Cfr.* <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf>
88. Y la figura se regula de los artículos 35 al 37. El artículo treinta y cinco indica: “Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme. Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf>
89. El artículo 78 indica: “Uno. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado,

pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado. Dos. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y cinco de la Constitución, tendrá carácter vinculante. Tres. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos

del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días". <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf>.

90. *Cfr.* <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/09-Declaracion-sobre-la-constitucionalidad-de-los-Tratados-Internacionales.aspx>

DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO E SAÚDE: DISCUTINDO O ACESSO DE MIGRANTES E REFUGIADOS AOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL

.....
Iara Abreu Cruz

Doutoranda em Sociologia pela Universidade Estadual do Ceará (PPGS/UECE); Mestre em Políticas Públicas e Sociedade (MAPPS/UECE); Especialista em Gestão em Saúde Pública (Uninassau); Graduada em Serviço Social (UECE); Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos, Cidadania e Ética (LabVida/UECE) e do grupo de pesquisa vinculado ao CNPq Direitos Humanos e Políticas de Segurança Pública.

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir sobre o acesso de migrantes e refugiados aos serviços de saúde no Brasil, a partir da compreensão da saúde como direito humano fundamental, contida nas legislações sociais básicas do Estado brasileiro voltadas tanto para a saúde quanto para a migração. Para tanto, faz-se uso da análise documental assim como da observação participante realizada pela autora no exercício de suas atividades como supervisora de núcleo no Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, do Governo do Estado do Ceará. Identifica-se a presença de alguns obstáculos ao acesso de migrantes e refugiados ao sistema de saúde, tais como a falta de conhecimento dos servidores a respeito dos direitos migratórios. Conclui-se que é preciso fortalecer o sistema de saúde para que práticas preconceituosas, racistas e xenofóbicas não façam parte dos atendimentos cotidianos.

Palavras-chave

Direitos Humanos; migração internacional; saúde.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the access of migrants and refugees to health services in Brazil, based on the understanding of health as a fundamental human right, contained in the basic social legislation of the Brazilian State, which is aimed both at health and migration. To this end, documental analysis is used, as well as participant observation carried out by the author in the exercise of her activities as a nucleus

supervisor in the State Program of Attention to Migrants, Refugees and Combat against Human Trafficking, of the Government of Ceará State. It is observed the presence of some obstacles to the access of migrants and refugees to the health system, such as the lack of knowledge of the servers regarding migratory rights. It is concluded that it is necessary to strengthen the health system so that discriminatory, racist and xenophobic practices are not part of the daily care.

Keywords

Human Rights; international migration; health.

1. INTRODUÇÃO

As razões pelas quais as pessoas migram são as mais diversas possíveis. Segundo Waldman (2018) algumas dessas razões são pelos laços afetivos, com o intuito de se reunir com os seus familiares que estão no país de destino; insatisfação com a vida que levam no país de origem; busca de novas oportunidades de trabalho; contato com novas culturas; sobrevivência, devido a perseguições das mais diversas ordens – políticas, religiosas, étnico-raciais, de gênero; fuga de catástrofes naturais; e busca pelo acesso a direitos fundamentais, como saúde, trabalho e assistência social.

Em dezembro de 2021, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) divulgou o “Relatório Mundial sobre Migrações”, com dados sobre os deslocamentos ocorridos no mundo durante o ano de 2020. Em seu relatório anual, a OIM constatou a existência de, ao menos, 281 milhões de migrantes internacionais¹ no mundo, um aumento de 9 milhões quando comparados aos dados obtidos em 2019, o que

significa dizer que a pandemia de COVID-19 não impediu a mobilidade, mesmo com as várias restrições criadas pelos estados nacionais, como o fechamento de fronteiras e aeroportos². A principal causa dos deslocamentos é a necessidade de emprego, estando boa parte dos trabalhadores migrantes vivendo nos países de alta renda.

No Brasil, o Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) divulgou em 2020 o seu relatório anual, trazendo uma análise sobre a migração e o refúgio no país, a partir de dados coletados com base na série histórica de 2011 a 2020, chegando à conclusão de que 1,3 milhão de imigrantes residem no país considerando todos os tipos de amparo legais oferecidos. Os maiores fluxos são de venezuelanas, haitianos, bolivianos, colombianos e americanos. As solicitações de refúgio também aumentaram, passando de 1,4 mil em 2011 para 28,8 mil em 2020³.

No ano anterior, 2019, o Relatório Anual do OBMigra havia identificado que os nacionais da Venezuela obtiveram o primeiro lugar no número de registro, em 2018, devido ao aumento do fluxo migratório do país nos últimos anos⁴. Consequentemente, a 4ª edição do relatório do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), de 2019, divulgou que o ano de 2018 foi o maior em número de solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Brasil, especialmente por migrantes venezuelanos⁵. De acordo com o Relatório, das mais de 80 mil solicitações realizadas em 2018, em primeiro lugar estavam os venezuelanos com 61.681 solicitações; em segundo lugar, os haitianos, com 7 mil solicitações; seguidos pelos cubanos (2.749); chineses (1.450) e bengaleses (947). Vale ressaltar, que dessas 80 mil solicitações, o Brasil só reconheceu 1.086 migrantes como refugiados, entre as diversas nacionalidades solicitantes, atingindo a marca de 11.231 pessoas reconhecidas pelo Estado brasileiro como “refugiado”⁶.

Nesse cenário de crescimento do fluxo migratório no Brasil, muitos Estados e Municípios sofrem com o aumento das suas capacidades institucionais, por não terem construído políticas públicas ou adaptado/preparado a rede sociojurídica e assistencial para dar conta de contextos humanitários de emergência e acabam reforçando a discriminação e a xenofobia.

Por isso, o objetivo deste artigo é discutir sobre o acesso de migrantes e refugiados

aos serviços de saúde no Brasil, a partir da compreensão da saúde como direito humano fundamental. A intenção é compreender como esse acesso é tratado nas legislações sociais básicas do Estado brasileiro voltadas tanto para a saúde quanto para a migração.

A presente contribuição foi construída por meio da literatura que tem abordado o tema e a problemática que o envolve nas cidades, de estudos empíricos e/ou documentais, assim como o uso da observação participante pela autora, durante o período de 2019 a 2020, quando atuou como supervisora de núcleo no Posto Avançado de Atendimento Humanizado ao Migrante (PAAHM), o qual, juntamente com o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP) compõem Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, do Governo do Estado do Ceará,

O Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas surgiu em dezembro de 2018, quando o Governador do Estado, Camilo Santana, promulgou o Decreto-Estadual nº 32.915, o qual alterou o Programa Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PETP), sob o âmbito da Secretaria de Justiça do Estado do Ceará (SEJUS) para Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, passando para a responsabilidade da Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos (SPS). Com a redefinição, o Programa Estadual de Atenção ao Migrante passou a atender dois públicos específicos: migrantes/refugiados e vítimas de tráfico de pessoas⁷.

No tocante ao atendimento de migrantes/refugiados, o trabalho do Programa Estadual é o de ser um núcleo de fortalecimento na promoção de ações de articulação da rede jurídica e socioassistencial, favorecendo a integração dos esforços entre os mais diversos órgãos do Sistema de Defesa Social, Justiça, Políticas de Proteção Social, Direitos Humanos e Sociedade Civil Organizada.

Foi a partir do exercício profissional diário no Programa Estadual que a autora iniciou seu interesse em compreender a efetivação da saúde, como direito humano fundamental, aos migrantes e refugiados a partir da correlação entre as três categorias - migração, saúde e direitos humanos - a luz das legislações oficiais

e da prática profissional no atendimento direto a este segmento no Estado do Ceará.

Esse artigo está organizado em quatro seções, além desta Introdução e das Considerações Finais. Na primeira seção reflete-se sobre vulnerabilidades especificamente relacionadas aos processos migratórios; na segunda seção discute-se sobre a saúde enquanto pauta dos direitos humanos fundamentais; na terceira parte, trabalha-se a saúde na construção histórica de referências normativas sobre a migração pelo Estado brasileiro; na quarta seção traz-se a discussão central deste estudo: o acesso de migrantes e refugiados aos serviços de saúde no Brasil, ressaltando o que preconiza os princípios e diretrizes da Lei 8.080 e da Lei da Migração.

2. SITUANDO AS VULNERABILIDADES EM CONTEXTOS MIGRATÓRIOS

Em seu estudo sobre a vulnerabilidade social em contexto migratório, Lussi e Marinuci (2007) realizam uma análise da etimologia da palavra “vulnerável”, chegando ao significado “ferida”. Assim, os autores mostram que uma pessoa vulnerável é aquela que está ferida ou que possui uma maior probabilidade de ser ferida (violentada, atacada, derrotada, ofendida, prejudicada) não, apenas, na dimensão social, mas também nas dimensões psíquicas e jurídicas e, por este motivo, emprega-se, neste trabalho, o termo “vulnerabilidades” no plural.

Aplicando essa definição a migrantes e refugiados, os autores compreendem que este conceito os vitimiza, pois os associa a uma dimensão de fragilidade, de mortificação (LUSSI e MARINUCI, 2007). Essa visão não permite que percebamos que essas pessoas trazem consigo possibilidades e capacidades de ressignificação de suas vidas, histórias e lugares. Nesse sentido, compartilha-se, neste estudo, do conceito de vulnerabilidade defendido por Lussi e Marinuci (2007, p. 2) para os quais a vulnerabilidade

não se refere a pessoa do migrante, mas à situação em que ela se encontra no ato migratório. Por isso, ao invés de falar em “vulnerabilidade dos migrantes”, é mais correto falar de “migrantes em situação de vulnerabilidade”, frisando desta maneira que a vulnerabilidade não é uma característica inerente à pessoa migrante, mas à situação em que ela se encontra.

Nesse sentido, entende-se que migrantes e refugiados podem encontrar-se em três tipos de situação geradoras de vulnerabilidades, todas elas relacionadas ao processo migratório: vulnerabilidades anteriores ao ato migratório; vulnerabilidades durante o processo migratório; e vulnerabilidades posteriormente à migração, já no local de destino. Veremos cada uma dessas situações, a partir do trabalho de sistematização dessas vulnerabilidades realizado por Lussi (2009) e Lussi e Marinuci (2007), com o objetivo de ampliar a compreensão sobre essa realidade.

As condições de vulnerabilidades podem acometer migrantes e refugiados antes mesmo do ato migratório em si, sendo o motivo ou um dos motivos que levam a emigração. Antes de discursos emocionados sobre a liberdade, o direito de emigrar e a defesa a favor dos deslocamentos humanos e de um mundo sem barreiras e muros, é preciso entender que muitas dessas pessoas são obrigadas a migrar por razões contingentes, desde uma crise financeira até mesmo a realização de um matrimônio; outras, são forçadas devido a desastres ambientais e mudanças climáticas, como o caso da seca na Somália, em 2017⁸; e, ainda existem aqueles que migram devido a crises humanitárias geradas por conflitos armados e políticos, como as que ocorreram/ocorrem na Síria, Paquistão, Iêmen, tantos outros. Para Lussi (2009, p. 7), a “emigração é um dos principais indicadores do estado de saúde de uma nação”, é geradora de tensões entre grupos étnicos e interesses socioeconômicos e é reveladora das problemáticas nos serviços de base dos países receptores de amplos deslocamentos populacionais.

É preciso destacar, também, as vulnerabilidades e perigos a que migrantes e refugiados estão submetidos em suas trajetórias para o país de destino. Lussi e Marinuci (2007) mostram que tais violações podem ocorrer de maneira física, moral e material (roubos), sendo também, muito comum, o sequestro para redes de tráfico de pessoas, especialmente de meninas e mulheres para a exploração sexual. Segundo dados da Organização Internacional para as Migrações (OIM), somente em 2019, mais de 800 pessoas morreram ao atravessar desertos, rios e regiões remotas ao tentarem migrar através das Américas, sendo esse ano considerado o mais mortal de todos os anos já analisados pela instituição, desde quando iniciou seus trabalhos de coleta de dados há seis anos. Os dados foram

coletados pelo Centro de Análise de Dados da OIM, em Berlim, e divulgados no “Projeto de Migrantes Desaparecidos”, constatando, ainda, que a fronteira do México com os Estados Unidos é uma das regiões mais letais para os migrantes, tanto é que em 2019 foram 497 mortes, e desde 2014 já se somam 2.403 mortes⁹.

Não é à toa que em junho de 2019 uma imagem causou comoção mundial: um pai com a sua filha de dois anos, salvadorenhos, mortos, afogados no Rio Grande, na fronteira entre o México e os Estados Unidos. A foto mostrava a criança e o pai de braços, já à beira do Rio, e a criança com um dos seus braços em torno do pescoço do pai¹⁰. A família tentava fazer a travessia em busca de conseguir asilo nos Estados Unidos. O “Projeto” revelou que só em 2019, 109 pessoas perderam suas vidas no Rio Grande¹¹.

Na divulgação do “Projeto de Migrantes Desaparecidos” no portal da Organização das Nações Unidas (ONU), o diretor do Centro de Análise de Dados da OIM, Frank Laczko, ressaltou que esses dados “são um recado triste sobre a falta de opções para mobilidade segura e legal que empurra pessoas para caminhos invisíveis e perigosos”. O diretor chamou ainda atenção para o fato de que não devemos tolerar ou normalizar a perda dessas vidas simplesmente porque essas pessoas estão cometendo uma migração irregular¹².

Por fim, existem as vulnerabilidades da chegada, ou seja, posteriores ao ato migratório. A partir do trabalho realizado por Lussi e Marinuci (2007), apresentamos alguns tipos de vulnerabilidades que migrantes e refugiados podem se deparar ao chegarem no país de destino. A primeira delas diz respeito à *saudade e a perda de referenciais identitários*, ou melhor, ao drama existencial que o processo migratório pode gerar no migrante. Lussi (2009) mostra como estudiosos de etnopsiquiatria tem debatido sobre a incidência de doenças psíquicas entre os migrantes, muitas delas, relacionadas a depressão, angústias territoriais e frustrações existenciais. Segundo a autora, “o ato de migrar é também um drama, um luto e até um trauma existencial” (LUSSI, 2009, p. 5). Associada a essa vulnerabilidade, encontramos o *estranhamento linguístico, cultural e religioso*, um verdadeiro processo de “desenraizamento cultural” que migrantes e refugiados podem encontrar ao se depararem com territórios

e culturas diferentes das suas. Um exemplo emblemático desse “estresse cultural” é a lei instituída pelo parlamento francês em 2010, a qual multa mulheres que usem o *niqab* - véu islâmico integral - em espaços públicos.

Uma terceira vulnerabilidade diz respeito a *documentação* necessária para regularizar o migrante no país, pois a emissão deste registro leva tempo, gastos e conhecimento sobre a legislação migratória do local. No Brasil, por exemplo, temos uma legislação básica migratória - a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 - seguida por seu decreto regulamentador - Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, e inúmeras portarias, portarias interministeriais e resoluções normativas que definem as diferentes modalidades de regularização migratória existentes no país. O desconhecimento dessas diversas modalidades e qual melhor se aplica a cada caso de migração acaba tornando-se um entrave para a regularização do migrante. Além disso, a dificuldade de se conseguir documentos como a Declaração de Antecedentes Penais do país de origem dificulta ainda mais esta regularização, fazendo com que muitos vivam escondidos e não, possam, assim, reivindicar ou ter acesso a direitos sociais básicos.

Daí, surge um outro tipo de vulnerabilidade: o *limitado acesso a serviços sociais básicos*. Sem documento de identificação, seja passaporte, carteira de identidade do país de origem ou carteira de registro nacional migratório, o migrante não consegue emitir outros documentos essenciais para o exercício da sua cidadania, como o Cadastro de Pessoa Física (CPF) e a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Com isso, não conseguem se inserir no mercado de trabalho formal, ficando sujeitos ao desemprego prolongado ou situações irregulares de trabalho; e, tão pouco, acessar serviços sociais básicos, nem participar de programas e benefícios governamentais.

Sobre o acesso de migrantes aos serviços sociais básicos no Brasil, no início de 2018, o portal G1 noticiou a realidade de venezuelanos de cidades fronteiriças que viajavam até 11 horas em busca de atendimento médico em Pacaraima, município ao norte do Estado de Roraima. De acordo com a reportagem, os venezuelanos alegavam que havia médicos em suas cidades, mas fugiam da escassez de medicamentos e suprimentos, ou seja, da precariedade do sistema de saúde de seu país. Com isso, a principal

unidade de saúde de Pacaraima registrou, em 2017, 49% dos seus atendimentos destinados à população migrante¹³.

O crescimento exponencial na busca por atendimentos no sistema de saúde devido ao aumento no fluxo migratório sem a redefinição no quantitativo dos serviços prestados leva a manifestações de insatisfação pela presença dos migrantes em solo brasileiro. Ainda, segundo a reportagem do G1, os brasileiros têm reclamado que não conseguem atendimento no referido posto de saúde e chegam a aguardar dois dias para agendar uma consulta. A insatisfação dos brasileiros pode ser percebida na fala da brasileira, usuária do Sistema Único de Saúde, Maria Valdeci, à reportagem do G1: “Nós [brasileiros] somos os últimos a sair daqui. Nas últimas vezes eu tive que ir pra casa porque no posto só tinham venezuelanos. Eu entendo a situação que o país deles enfrenta, *mas nós temos nossos direitos*”¹⁴ (grifo nosso).

A fala da senhora Maria Valdeci é uma clara representação da *xenofobia* a qual migrantes estão sujeitos diariamente e que podemos tomar como mais um exemplo de situação de vulnerabilidade. Ao pronunciar “nossos direitos”, a senhora “estabelece um dentro e um fora, uma interioridade e uma exterioridade, tanto material como simbólica, tanto territorial quanto cultural, fazendo daquele que vem de fora desse território ou dessa cultura um estranho, ao qual se recusa, se rejeita com maior ou menor intensidade” (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2016, p. 9).

A acentuação de atitudes xenofóbicas também pode ser vista por parte de servidores e/ou gestores do Estado, como ocorreu recentemente em Boa Vista, Roraima. A Prefeitura de Boa Vista aprovou, em janeiro de 2020, a Lei Municipal nº 2.074, na qual estabelece o atendimento a migrantes até o limite máximo de 50% nos serviços oferecidos pela rede pública de saúde, assim como em exames e medicamentos, como forma de assegurar o atendimento ao cidadão brasileiro¹⁵. A Lei fere tanto os princípios preconizados pela Constituição Federal de 1988, no tocante a universalização dos serviços de saúde, quanto a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, também conhecida como “Lei do Migrante”, a qual preconiza o “acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória” (artigo 3º, inciso VIII).

A xenofobia surge do choque cultural ao qual civilizações estão submetidas desde o Mundo Antigo, afinal a palavra tem sua origem no grego. Trata-se conforme Albuquerque Junior (2016) de um sentimento humano, uma atitude humana de intolerância pelo diferente e, como toda forma de intolerância, segundo Eco (2020), é acionada por pulsões elementares, não podendo, por isso, ser criticada ou freada com argumentos racionais. Na xenofobia, “o estrangeiro é ameaçador pois pode levar à perda daquilo que foi construído como forma de ser da pessoa ou do grupo que vive em um dado espaço” (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2016, p. 10), daí o medo da senhora Valdeci de não conseguir atendimento médico e da Lei Municipal nº 2.074 de não conseguir ofertar serviço para todos.

Em seus estudos, Santos e Medeiros (2017) têm constatado o inadequado preparo no atendimento intercultural dos servidores da saúde em meio aos novos fluxos migratórios como uma das grandes dificuldades a serem superadas pela política pública de saúde no Brasil, no que toca o atendimento a migrantes e refugiados. Ventura (2012, p.96) explica que a Organização Mundial da Saúde (OMS) “vem trabalhando para integrar a abordagem dos direitos humanos no contexto da saúde”, mas que é necessário pensar esta articulação como uma via de mão dupla: “incorporar a saúde na agenda externa dos direitos humanos, mas também incorporar os direitos humanos no trabalho do setor da saúde e de justiça (...)”.

Todas essas vulnerabilidades são agravadas pelas *condições infra-humanas no lugar de destino*, ou seja, a ausência de redes sociais, familiares e institucionais que deem suporte afetivo, sociopsicológico e jurídico aos migrantes. Marandola Jr. e Hogan (2009) discorrem sobre o “efeito de vizinhança” como um elemento de coesão entre bairros e lugares¹⁶ que se constituem como comunidades, no sentido de que desenvolvem uma identidade étnica, histórica e migratória. A existência de espaços como Centros de Referência, Pastorais e Programas Estaduais e Municipais voltados ao atendimento e à acolhida de migrantes e refugiados contribuem para diminuir as vulnerabilidades no local de chegada, pois oferecem apoio socioassistencial, psicológico e jurídico, além de serem espaços de encontro, debates, trocas e fortalecimento dos laços interculturais e afetivos.

3. SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: UM DEBATE NECESSÁRIO

O debate sobre a promoção e a efetivação do direito à saúde de migrantes e refugiados está diretamente relacionado a concretização dos direitos humanos, pois, conforme explica Marandola Jr. e Hogan (2009) “há um relativo consenso sobre a importância dos direitos humanos para os avanços políticos e a melhoria das condições pessoais e sociais, em especial, de grupos historicamente discriminados e vulneráveis às violações de direitos básicos - negros, mulheres e crianças”.

Por isso, conforme afirma Bobbio (2004, p.17), “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. O autor completa a sua tese explicando que não se trata mais hoje de saber quais e quantos são os direitos fundamentais do homem, a natureza do seu fundamento, se são absolutos, relativos, naturais ou históricos, mas sim “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 17).

O que o autor quer dizer é que os direitos humanos já estão fundamentados e juridicamente consolidados. Foram aprovados por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, durante Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual firmou 30 artigos que passaram a compor a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para Ventura (2012) os direitos humanos devem ser tomados para além da sua composição legal, e sim como parâmetro ético-universal do agir humano, o quais devem ser seguidos por governos, instituições e indivíduos.

Bobbio (2004) apresenta a história da formação das declarações de direitos e a conquista do seu universalismo como sendo dividida em três fases. A primeira fase é caracterizada pela compreensão filosófica dos direitos do homem, em que a discussão sobre a liberdade ganha uma maior conotação. Nessa fase, Bobbio (2004) afirma que a universalidade é, apenas, um pensamento individual, ou seja, os direitos humanos não tinham força jurídica, apenas filosófica, não eram um direito realizado, mas apenas pensado. É justamente no momento em que essas ideias são acolhidas pelo legislador que Bobbio (2004) demarca a segunda fase, a qual são construídas as Declarações de Direitos

dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa. Nesta fase, o autor afirma que “os direitos do homem ganham em concreticidade, mas perde em universalidade” (BOBBIO, 2004, p. 19) porque ficam restritos ao âmbito do Estado que os reconheceu.

A universalidade dos direitos humanos só ocorre no século XX, quando as duas grandes guerras mundiais evidenciam a necessidade de se reconhecer os direitos fundamentais do homem em um sistema jurídico-normativo universal, assim como criar mecanismos para a sua proteção por meio de Comissões, Comitês e Cortes Internacionais (VENTURA, 2012). É nesse momento da história mundial que Bobbio (2004, p. 19) sinaliza como sendo a terceira fase de construção dos direitos humanos, com a formatação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, quando “a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva”, pois, a partir de então, os princípios contidos na Declaração são proclamados, reconhecidos e efetivamente protegidos, além disso, os destinatários não são apenas os cidadãos de determinado Estado, mas sim todos os homens. Assim, “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos, universais” (BOBBIO, 2004, p. 19).

No entanto, Bobbio (2004) compreende que os direitos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos não são os únicos e possíveis direitos do homem, pois tratam-se de direitos do homem histórico, ou seja, representam o pensamento de seus legisladores em um determinado contexto histórico. Da mesma forma podemos pensar os direitos proclamados na Magna Carta Britânica, de 1215, nas Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos (1776 e 1789) e a declaração culminante da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Segundo Bobbio (2004, p. 20-21), a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

A questão da universalidade dos direitos humanos é central nas discussões empreendidas

por Santos (1997; 2009). Para o autor, a universalidade dos direitos humanos na verdade é uma questão particular do Ocidente, uma questão específica da cultura ocidental, porque foi feita por homens ocidentais que viviam uma realidade própria do Ocidente e, por isso, essa universalidade não é aplicável a outras culturas. O autor aprofunda a sua tese explicando que os direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos operam como uma forma de globalização hegemônica, quando na verdade deveriam levar em conta uma pauta intercultural. Por fim, o autor defende uma concepção “mestiça” de direitos humanos:

(...) uma política emancipatória dos Direitos Humanos deve saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças, a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente. Essas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de Direitos Humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes (SANTOS, 2009, p. 15).

Ao discorrer sobre a sua participação em um projeto de antropologia recíproca, Eco (2020) também salienta sobre a importância do reconhecimento das diferenças como meio de se combater a intolerância, o racismo e a xenofobia entre povos de culturas diferentes. Para o autor, essa compreensão “não significa avaliar a que o outro deve renunciar para se tornar igual, mas compreender mutuamente o que nos separa e aceitar essa diversidade” (ECO, 2020, p. 90-91). A harmonia, segundo Eco (2020) está na diferença e não na uniformidade.

O reconhecimento do direito à diferença ao lado do direito à igualdade dentro de um contexto intercultural ainda não se fez presente na pauta dos direitos humanos. No entanto, Ventura (2012) chama atenção para o fato de que a construção de Pactos e Convenções internacionais, realizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) representa uma forma de reconhecimento desse direito à diferença, ao considerar as particularidades e peculiaridades de determinados grupos sociais, mais vulnerabilizados e sujeitos a violações

de direitos, como mulheres, crianças, negros, indígenas e migrantes.

Nesse sentido, foram construídas as seguintes convenções: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989). No que diz respeito a migrantes e refugiados tem-se duas convenções importantes: a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990).

Pensando a saúde, nesse contexto de construção dos direitos humanos, Ramos e Esquivel (2015), em sua “digressão histórica” mostram que a preocupação com a saúde, como direito humano fundamentado em aportes jurídico-normativos, data apenas do século XX. Os autores mostram que a saúde durante a Idade Média estava envolta no “manto da sobrenaturalidade”, compreendendo-se a doença como castigo e a sua cura por meio de procedimentos mágicos, através da figura do “curandeiro”.

À medida que os direitos humanos vão sendo pensados e positivados, a saúde ainda não era abordada como um direito humano fundamental, como pode ser observada por meio da leitura da Magna Carta Inglesa (1215), das Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos (1776 e 1789) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Formuladas pelo pensamento liberal, tais declarações compreendiam os direitos humanos como restritos aos direitos civis e políticos, os quais eram exigidos para se combater o Estado absolutista e repressor. Bobbio (2004) nos lembra que o desenvolvimento dos direitos humanos passou por três fases: num primeiro momento afirmou-se os direitos de liberdade (século XVIII); num segundo momento afirmou-se os direitos políticos (século XIX); e, finalmente, em um terceiro momento foram afirmados os direitos sociais (século XX).

A ampliação da noção dos direitos humanos reconhecidos não apenas como direitos civis e políticos, mas também como direitos sociais, econômicos e culturais permitiu que a saúde

adentrasse na pauta dos direitos do homem e fosse compreendida como um direito humano fundamental. Em 07 de abril de 1948 é fundada a Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual, no preâmbulo da sua Constituição, assinada em 26 de julho de 1946, define que “o gozo do mais alto padrão de saúde alcançável é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, no seu artigo 25, que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e, a sua família saúde e bem-estar”; enquanto que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷, acordado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, em seu artigo 12 acorda que os “Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”, tomando como medidas para assegurar o pleno exercício deste direito:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Silva (2012, p. 167) nos mostra que não podemos compreender os direitos sociais, civis e políticos desvinculados entre si. Segundo o autor, “as pessoas precisam ser livres para que as escolhas sejam exercidas, para que garantam os seus direitos e participem das decisões políticas na vida em sociedade”. Nesse sentido, Ventura (2012, p. 91) nos lembra que “a efetivação do direito à saúde está intimamente dependente com a realização de outros direitos humanos, que abrangem outras dimensões da vida humana”. Não é à toa que no mesmo preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde estabelece-se uma definição de saúde mais ampliada, compreendendo-a como “um estado de completo bem-estar físico, mental e

social”, não consistindo, “apenas na ausência de doença ou de enfermidade”¹⁸, o que significa que a saúde é associada a necessidade do cumprimento de alguns determinantes sociais como: fatores econômicos, sociais, culturais, étnico/raciais, psicológicos e comportamentais¹⁹.

Silva (2012, p. 165) explica que “o Estado brasileiro filia-se ao sistema jurídico consagrador dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da justiça social” incorporando todos os princípios, normas e mecanismos de efetivação dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 estabelece a saúde como um direito social (artigo 6º), enquadrando-a dentro do conjunto de políticas públicas que compõe o quadro da seguridade social do país, juntamente com as políticas de assistência social e previdência social. No artigo 196 da Constituição Federal de 1988 fica determinado que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos”.

Nesse sentido, percebe-se a compreensão do direito à saúde, formalmente reconhecido como um direito humano fundamental, voltado a preservação da vida e da dignidade humana. Além disso, o mesmo artigo ainda determina que o acesso aos serviços e ações de saúde seja prestado de modo universal e igualitário para a sua promoção, proteção e recuperação, com isso nos indagamos como a compreensão da universalidade e da igualdade no acesso a saúde no Brasil é trabalhada no contexto jurídico-legal migratório? Para tanto, precisamos antes compreender como o país legisla sobre a migração e o refúgio.

4. A SAÚDE NA FORMAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA BRASILEIRA: ENTRE A XENOFobia E A SEGURANÇA NACIONAL

Ao discorrer sobre a trajetória de construção da política de saúde no Brasil, Bravo (2006) explica que a questão da saúde só passou a ser assumida pelo Estado brasileiro na década de 1930, devido ao processo de industrialização acrescido da aceleração da urbanização e da ampliação da massa trabalhadora, os quais exigiram uma redefinição do papel do Estado com o desenvolvimento das políticas sociais e

de outras respostas as necessidades da classe trabalhadora.

A autora nos mostra como o nascimento de uma política de saúde nacional esteve tensionada pela existência de dois subsistemas: o da saúde pública e o da medicina previdenciária. Ela explica que “[o] subsector de saúde pública será predominante até meados dos anos 1960 e centralizou-se na criação de condições sanitárias mínimas para as populações urbanas e, restritamente, para as do campo” (BRAVO, 2006, p. 04).

Dentro deste cenário de construção de políticas sociais, próprio da década de 1930, também vemos o desenvolvimento de aportes normativos que abordam direta ou indiretamente a questão migratória, porém com teor, essencialmente, xenofóbico. Milese (2007) nos mostra que a Constituição de 1934 e a Constituição de 1937 eram restritivas ao impor limites para o quantitativo de migrantes que poderiam viver no País. Além disso, especificamente a Constituição de 1937, estabelecia uma limitação a entrada no país de certas “raças” e origens, privilegiando a imigração europeia.

A autora mostra que a mesma perspectiva pode ser observada no Decreto-lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945, instituído como uma forma de se expandir e flexibilizar a política migratória para a ampliação da mão-de-obra especializada no país, contudo, o Decreto era racista ao, novamente, privilegiar a ascendência europeia como forma de preservar a composição étnica da população.

Até a década de 1960, é possível visualizar, dentre várias ações do Estado na área da saúde, as seguintes: campanhas sanitárias e criação de serviços de combate às endemias com financiamento norte-americano; consolidação de uma Política Nacional de Saúde (1945-1950); criação do Plano Salte, na década de 1940, com destinação de verbas para a saúde, porém nunca implementado; aparecimento, ainda que pouco expressiva, de uma estrutura hospitalar natureza privada, com fins lucrativos (BRAVO, 2006). Mesmo com todas essas ações, não foi “possível eliminar o quadro de doenças infecciosas e parasitárias e as elevadas taxas de morbidade e mortalidade infantil, como também de mortalidade geral (BRAVO, 2006, p. 05).

No que diz respeito a atenção dada a saúde de migrantes, nesse período, Braga e Paula (1986 apud BRAVO, 2006) explicam que houve uma

interiorização das ações de saúde para as áreas de endemias rurais, em decorrência dos fluxos migratórios de mão-de-obra.

Durante o período da Ditadura Militar, Bravo (2006) nos mostra que houve um declínio da saúde pública e o crescimento da medicina previdenciária. Na realidade, ao percorremos a história de surgimento de ambas políticas - saúde e previdência social - notamos que as mesmas se interseccionam, afinal de contas o marco da previdência social no Brasil, a Lei Eloy Chaves, estabelecia a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) as quais previam, além de benefícios previdenciários, a assistência médico-curativa e o fornecimento de medicamentos. Assim, temos a construção de uma política de saúde pública atrelada a condição de ser-trabalhador, restando aos pobres, a assistência médica filantrópica.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, promulgado no contexto ditatorial, estabelecia a saúde como uma dimensão avaliativa para a concessão de visto ao “estrangeiro” que desejasse entrar em território brasileiro (artigo 7º - IV), estabelecendo a fiscalização do Ministério da Saúde, da Justiça e da Fazenda nos locais de entrada (artigo 22). Da mesma forma, o Estatuto também condicionava a concessão da naturalização a condição de possuir “boa saúde” (artigo 112-VIII), porém não exigiria prova desta condição aos estrangeiros que que residissem no País há mais de 2 anos.

A compreensão sobre a migração, dada pelo Estatuto do Estrangeiro, “partia do entendimento de que a pessoa que migra seria aquela que efetivamente não pertence ao nosso país”, daí a própria noção de “estrangeiro”. Tal compreensão era própria do contexto ditatorial brasileiro. Waldman (2016), em sua tese de doutorado, constatou que os deveres estavam mais significativamente expressos do que os direitos.

A perspectiva era, portanto, claramente excludente. Era uma legislação para pessoas ‘*não nacionais*’, marcada por restrições de direitos e imposição de muitos deveres, sob a justificativa da proteção ao *interesse nacional*, à segurança nacional e ao *trabalhador nacional*. (WALDMAN, 2018, p. 10, grifos do autor).

O Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que regulamentava a Lei nº 6.815, estabelecia que o exame de saúde era obrigatório para todos os estrangeiros que quisessem adentrar em território brasileiro, independentemente do

tipo de visto (consular ou temporário), inclusive para os “estrangeiros” que já viviam no Brasil e quisessem transformar o visto temporário em permanente. No caso de se estar fora do Brasil, a avaliação médica era expedida por Repartição Consular, enquanto que no Brasil, o órgão do Ministério da Saúde responsável por tal atividade era a Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Portos, Aeroportos e Fronteiras. O texto do Decreto também explica que os “estrangeiros”, no momento da admissão no território nacional, deveriam, ainda, se apresentar para exames complementares.

A exigência da “boa condição de saúde” era tão forte que o Decreto nº 86.715 destinava uma única seção para discutir as condições de saúde do estrangeiro candidato à entrada ou permanência no País, porém, em nenhum momento, explica o que considerava como uma “boa condição de saúde”. Como, nessa época, a migração era condicionada ao abastecimento de mão-de-obra para o mercado de trabalho, o texto da seção deixa bem claro que será avaliada a capacidade física do estrangeiro para a profissão a qual se destina (artigo 29, parágrafo único). E mais: o Decreto explica que todo o grupo familiar deveria comprovar possuir essa “boa condição de saúde”, ainda que somente o chefe de família fosse candidato à imigração, e a inabilitação de um dos membros do grupo familiar, acarretaria na rejeição da entrada ou permanência todos no país.

Tal comprovação, conforme o Decreto, poderia ser feita mediante a apresentação dos seguintes documentos: registro de família, declaração consular ou documento idôneo a critério da autoridade de saúde, emitidos por médico da Repartição consular ou por órgãos oficiais do país de origem, quando não houvesse Repartição consular.

Tais restrições não seriam aplicadas para maiores de sessenta anos de idade, dependente de migrante qualificado, e naqueles casos de interesse nacional, desde que as condições de saúde do estrangeiro não representassem um risco à saúde pública nacional.

Como podemos observar a redação do Decreto nº 86.715 estava em comum acordo com a essência do Estatuto do Estrangeiro e de todas as legislações desenvolvidas até o período, as quais eram extremamente rígidas para o migrante e sua família, utilizando como justificativa a proteção dos interesses da nação

e a segurança nacional. No entanto, a seção foi revogada dez anos após a promulgação do Decreto, por meio do Decreto nº 87/1991, como forma de simplificar as exigências sanitária para o ingresso e a permanência de estrangeiros no País.

Com a redemocratização do país e a instituição do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988, mesmo não apresentando nenhum artigo direto sobre a questão migratória, faz uma equiparação entre brasileiros e “estrangeiros”, em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nesse sentido, o conteúdo presente no Estatuto do Estrangeiro não encontrava recepção no novo texto constitucional. Entretanto, somente em 2017 foi aprovada uma nova lei migratória no País, a Lei nº 13.445, também conhecida como “Nova Lei de Migração”. Waldman (2018) apresenta 5 grandes mudanças empreendidas pela Nova Lei de Migração: a primeira diz respeito a mudança de nomenclatura, deixando de existir o termo “estrangeiro”, o qual possuía uma conotação excludente; a segunda inovação é quanto ao próprio conceito do texto normativo, pois deixava-se de utilizar uma perspectiva de “segurança nacional” para a dos “direitos humanos”; a terceira inovação aborda o alcance da lei, não voltada apenas para os migrantes internacionais residentes no país, mas também para visitantes, residentes fronteiriços e apátridas; quarta inovação está na abordagem dada aos emigrantes, destinando um capítulo inteiro ao tema; e, finalmente, a quinta e última inovação está no estabelecimento de mais formas de regularização migratória, como autorizações de residência e acolhida humanitária.

Diante do exposto, parte-se, agora, para o ponto central do presente estudo: compreender o acesso de migrante e refugiados aos serviços de saúde no Brasil, por meio de uma interlocução entre a Constituição Federal de 1988, a Lei 8.080 e a Lei nº 13.445. Percebe-se que é urgente desmistificar o acesso à saúde, tanto para migrantes, que por desconhecimento ou dificuldades de compreensão não entendem como se dá o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), assim como para servidores,

que, tradicionalmente, ainda compreendem o migrante como um estrangeiro.

5. O ACESSO DE MIGRANTES E REFUGIADOS AOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DA FORMULAÇÃO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Na década de 1980, vemos o surgimento de novos sujeitos sociais que dão uma dimensão política a discussão da saúde pública no Brasil, atrelando-a democracia (BRAVO, 2006). Esses novos sujeitos sociais lutam pela universalização do acesso à saúde; pela compreensão da saúde como um direito de todos e um dever do Estado; pela reestruturação da saúde pública por meio da criação de um Sistema Único de Saúde; pela descentralização das ações e serviços de saúde aos Estados e Municípios; por seu efetivo financiamento e pela democratização do poder local, com a criação de novas instâncias de gestão com a participação da comunidade. O marco dessas solicitações foi a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em março de 1986, em Brasília-DF.

Ainda que o processo da Constituinte tenha envolvido dos blocos de forças - grupo empresariais e forças da Reforma Sanitária - o texto da Constituição Federal de 1988 “atende, em grande parte, às reivindicações do movimento sanitário, prejudica os interesses empresariais do setor hospitalar” (BRAVO, 2006, p. 10), colocando-o como complementar à saúde pública, preferencialmente realizado por entidades filantrópicas e vedando a destinação de recursos públicos para financiar instituições com fins lucrativos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, estabelece, em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Nesse sentido, o texto constitucional, mesmo de maneira não explícita, deixa claro que a saúde é um direito de todos, e o acesso deve contemplar também os migrantes.

Segundo Paim et. al. (2011), a implementação da política de saúde a partir das orientações preconizadas pela Constituição

Federal de 1988 teve início em 1990, quando da posse de Fernando Collor de Mello, que ao seguir as regras do ajuste neoliberal não se comprometeu com a agenda sanitária do país. Bravo (2006, p. 15) explica que “[a] tarefa do Estado, nesse projeto, consiste em garantir um mínimo aos que não podem pagar, ficando para o setor privado o atendimento dos que tem acesso ao mercado”.

Ainda assim, na década de 1990, houve a implementação da Lei nº 8.080, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde (LOS), especificando as atribuições e a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual passa a ser orientado por meio dos seguintes princípios doutrinadores: a universalidade do acesso e serviços; a equidade no atendimento, com o reconhecimento das diferenças sociais e culturais e das necessidades pessoais e de segmentos e grupos específicos; e a integralidade, como compreensão do homem em sua totalidade, assim como da própria política a qual deve se basear na prevenção, na promoção, no tratamento e na reabilitação.

A promulgação da Nova Lei do Migrante, em maio de 2017, buscou deixar evidenciada a garantia que migrantes e refugiados possuem ao direito à saúde, por meio do acesso a serviços públicos de saúde, em condição de igualdade com os nacionais, como forma de manter a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou seja, os direitos humanos fundamentais (artigo 4º - VIII). Além disso, o artigo também deixa claro que este acesso aos serviços públicos de saúde, assistência e previdência social deverá ser sem discriminação em razão da nacionalidade ou da condição migratória.

No entanto, Baraldi (2020) explica que são, justamente, questões como a condição migratória e a ausência de conhecimento cultural por parte dos servidores da saúde, assim como de conhecimento legal, especialmente sobre o direito de migrantes e refugiados ao sistema público de saúde, por parte tanto dos servidores como dos migrantes que se tornam empecilhos para a garantia do direito à saúde.

Baraldi (2020) explica que para migrantes e refugiados acessarem o Sistema Único de Saúde necessitam possuir o Cartão Nacional de Saúde e para isso alguns documentos são exigidos, como documento de identidade e comprovante de residência. No entanto, poucos profissionais têm conhecimento de que o documento

de identificação de migrantes residentes (temporários ou permanentes) e refugiados é a Carteira Nacional de Registro Migratório (CRNM)²⁰ e para solicitantes de refúgio, a dificuldade é ainda maior, pois o Documento Provisório de Identidade de Estrangeiro, mais conhecido como “Protocolo de Refúgio”, trata-se de um papel ofício A4, o que leva muitos servidores a desconfiar de tal documentação²¹.

Em agosto de 2018 esteve na pauta das discussões políticas um decreto publicado pela governadora de Roraima na época, Suely Campos, que obrigava migrantes venezuelanos a apresentarem passaporte válido para serem atendidos nas redes de saúde e educação do Estado. Segundo o Decreto, os sistemas de saúde, educação, prisional e segurança pública estavam sobrecarregados devido a intensidade do fluxo migratório venezuelano no referido Estado. Durante anúncio sobre o Decreto, a governadora afirmou: “Nós não podemos de jeito nenhum permitir que um venezuelano seja atendido em detrimento de um brasileiro, de um roraimense”. Na realidade prática, o Decreto levaria ao veto de quase totalidade dos migrantes venezuelanos ao acesso à saúde, visto que a maioria adentra ao território nacional por via terrestre, não possuindo o documento ou estando com ele vencido²².

A questão da comprovação de residência também acaba se tornando uma dificuldade para que migrantes e refugiados acessem aos serviços de saúde. Em março de 2020, o Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas recebeu o caso de um migrante guineense, cujo pai havia sido diagnosticado com câncer e devido a pandemia da Covid-19 não poderia retornar ao país de origem, sendo necessário iniciar o tratamento no Estado do Ceará. Para ser atendido no Instituto do Câncer do Ceará (ICC), o paciente necessitava de um encaminhamento do Posto de Saúde, porém tal encaminhamento lhe foi negado, pois, segundo o migrante, a coordenadora do Posto de Saúde não aceitou o comprovante de residência, no nome do migrante, alegando que a mesma não tinha como provar que o pai do migrante vivia realmente com ele. Após o Programa Estadual entrar em contato com a Defensoria Pública do Estado do Ceará para dar entrada em um processo de assistência jurídica, o migrante nos informou que retornou por mais uma vez ao Posto de Saúde e, conversando com

a coordenadora, a mesma, finalmente, resolver realizar o encaminhamento.

Segundo Baraldi (2020), o respeito a diversidade cultural, a sensibilidade cultural nos atendimentos e o combate à discriminação são caminhos efetivos para aproximar os migrantes dos serviços de saúde. Além disso, a autora ressalta a importância de se compreender melhor os padrões epidemiológicos dos diferentes países dos quais esses migrantes advêm, como uma forma de prevenção e de prestação de um melhor atendimento a esses grupos. Um exemplo emblemático é a dos migrantes venezuelanos indígenas da etnia *warao* que estão mais suscetíveis a doenças como tuberculose, pneumonia e escabiose, além de problemas de saúde bucal.

Para atender essa dimensão cultural, Baraldi (2020) sugere a realização de formações e rodas de conversa com os servidores, desenvolvimento de material informativo e de comunicação e a contratação de agentes que possam se tornar mediadores com as comunidades de migrantes, inclusive atuando como agentes de saúde. A autora explica que esses mediadores culturais também podem auxiliar na comunicação entre médico e paciente, quando a língua portuguesa ainda é um obstáculo para o acesso e a permanência de migrantes nos serviços de saúde. Um exemplo da presença da pauta cultural nos serviços de saúde foi tomado pela Secretaria Municipal de Saúde de Criciúma juntamente com o Programa de Residência Multiprofissional da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) em que foi disponibilizado cartazes informativos sobre o pré-natal em português, inglês e francês²³, após o psicólogo residente da Unidade Básica de Saúde (UBS) do Pinheirinho perceber a quantidade de migrantes ganeses e haitianos que utilizavam a estrutura.

Por fim, podemos afirmar que a Nova Lei de Migração equiparou migrantes e brasileiros no acesso aos serviços e benefícios oriundos da política de saúde, garantindo, assim, o direito universal à saúde, tal como preconizado na Constituição Federal de 1988. Entretanto, a efetivação deste direito e dos princípios doutrinários do Sistema Único de Saúde ainda encontram muitos obstáculos para serem efetivados plenamente na realidade social, diante da intensificação dos fluxos migratórios no país, nos últimos anos e em especial com a chegada da migração venezuelana. Muito ainda se tem

a fazer, principalmente no que diz respeito a informação dos direitos e a pauta intercultural para que migrantes tenham acesso aos seus direitos fundamentais no Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi o de dar maior visibilidade ao direito à saúde de migrantes e refugiados em território brasileiro. O Sistema Único de Saúde (SUS) desenvolvido no Brasil é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, garantindo a seus cidadãos o acesso ao direito fundamental da saúde por meio dos seus princípios doutrinários e organizativos.

Nesse sentido, é preciso fortalecer esse sistema para que o mesmo possa estar adaptado para atender momentos de intenso fluxo migratório no País e, com isso, evitar que o preconceito, o racismo e a xenofobia façam parte dos atendimentos e da construção de mecanismos legais excludentes, como vem ocorrendo no Estado de Roraima.

Para isso é necessário haver pesquisa e planejamento por parte dos gestores de saúde dos municípios, Estados e Governo Federal, afinal de contas para se elaborar ações e intervenções como políticas públicas é necessário ter dados detalhados e sistematizados. A existência também de órgãos municipais e estaduais, como o Programa Estadual de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, em Fortaleza; o Centro de Referência e Atendimento para Imigrante (CRAI) em São Paulo; o Centro de Referência de Atendimento ao Imigrante (CRAI) em Santa Catarina; o Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (GAIRE) no Rio Grande do Sul, além da atuação das Pastorais dos Migrantes em todo o Brasil auxiliam para o esclarecimento dos direitos dos migrantes, garantindo a efetivação do seu acesso a saúde, além de se tornarem pontos de apoio e de interconexão entre os muitos serviços ofertados pela rede socioassistencial e sociojurídica no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz. *Xenofobia: medo e rejeição ao estrangeiro*. São Paulo: Cortez, 2016. 192 p.
- ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o Direito Humano à Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, volume 5, n. 3, novembro de 2004.
- BARALDI, Camila. *Acesso à Saúde (módulo 6)*. Apostila do Curso Migracidades: aprimorando a governança local. Desenvolvimento do curso realizado no âmbito do acordo de Cooperação Técnica FUB / CDT / Laboratório Latitude e Enap. Brasília, 2020.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAVO, Maria Inês de Sousa. Política de Saúde no Brasil. In: MOTA, A. E. et al. (Org.). *Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional*. 2. ed. São Paulo: OPAS; OMS; Ministério da Saúde, 2007
- BUSS, Paulo Marchiori; FILHO, Alberto Pellegrini. A Saúde e seus Determinantes Sociais. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):77-93, 2007.
- ECO, Umberto. *Migração e Intolerância*. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de Pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009
- GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRANADA, Daniel; CARRENO, Ioná; RAMOS, Natália. RAMOS, Maria da Conceição Pereira. Discutir saúde e imigração no contexto atual de intensa mobilidade humana. *Interface*. Botucatu. V. 21. pp. 285-96. 2017.
- LINDGREN-ALVES, José A. *É Preciso Salvar os Direitos Humanos*. São Paulo: Perspectiva, 2018.
- LUSSI, Carmem. *Conflitos e vulnerabilidades no processo migratório*. Disponível em: <https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2020/05/2009_Conflitos_e_vulnerabilidades_no_processo_migratorio_CARMEM_LUSSI.pdf>
- LUSSI, Carmem; MARINUCCI, Roberto. *Vulnerabilidade social em contexto migratório*. Disponível em: <https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/08/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>.
- MARANDOLA JR, Eduardo; HOGAN, Daniel Joseph. Vulnerabilidade do lugar vs. vulnerabilidade sociodemográfica: implicações metodológicas de uma velha questão. *Revista Brasileira de Estudos de População*. Rio de Janeiro, v. 26, n.2, pp. 161-181, jul/dez, 2009.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. Migrações Internacionais: em busca da cidadania universal. *Sociedade em Debate*. Pelotas. V.11. pp. 13-37. dez/2005.
- MARTIN, Denise; GOLDBERG, Alejandro; SILVEIRA, Cássio. Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural. *Saúde Sociedade*. V. 27, n. 1, pp. 26-36. 2018.
- MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos. Caderno Refúgio, Migrações e Cidadania, Brasília: DF, pp. 77-88. ago-2007.
- _____; LEITE, Virgílio. Migrantes: uma questão de Direitos Humanos. Os fundamentos de uma nova agenda dos migrantes. Artigo divulgado pelo Instituto Migrações e Direitos Humanos, em outubro de 2001. Disponível em: <<https://www.migrante.org.br/migracoes/migrantes-uma-questao-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 30/08/2020.
- MOULIN, Carolina. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. V. 26. n. 76. junho/ 2011.
- OIM. Organização Internacional para as Migrações. *Glossário sobre Migrações*. Genebra: OIM, 2009.
- PAIM, Janailson et. al. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *The Lancet*. London, pp. 11-31, maio. 2011. Disponível em: <<https://www.thelancet.com/pb/assets/raw/Lancet/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>>
- RAMOS, João Gualberto Garcez. ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. O direito à saúde como direito humano fundamental: breves considerações a respeito do seu formato legal à sua eficácia social. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR*. V.15. n. 28. 1 semestre 2015.

- REIS, Rossana Rocha. A Política do Brasil para as Migrações Internacionais. *Contexto Internacional*. V. 33, n. 1, janeiro/junho, 2011.
- SANTOS, Heloísa Souza; MEDEIROS, André Aparecido. Migração e Acesso aos Serviços de Saúde: a necessidade da pauta intercultural para o cumprimento dos direitos humanos. XV Semana de Relações Internacionais. Marília: *Anais do Congresso*. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília, n. 2, jun-2009.
- _____. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. *Lua Nova*. São Paulo, n. 39, pp. 105-124, 1997.
- SILVA, Daniela Florêncio da. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. *Revista Brasileira de Estudos da População*. Belo Horizonte. V. 34, n. 1. pp. 163-170. jan./abr., 2017.
- SILVA, Eduardo Pordeus. Direito Humano à saúde e a questão da cidadania socioeconômica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.49 n. 193 jan./mar. 2012.
- SOARES, Karine Giuliano; SOUZA, Francisca Bezerra de. O refúgio e o acesso as políticas públicas de saúde no Brasil. *Tralls (Trayectorias Humanas Trascontinentales)*. n. 4. 2018.
- TEIXEIRA, Janine Vieira; CRUZ, César Albenes; AZEVEDO, Ana Paula. Universalidade do atendimento à saúde no Brasil: impasses e perspectivas. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v. 20, n. 1, pp. 201-220, jan./jun. 2016.
- VENTURA, Miriam. Direitos Humanos e Saúde: possibilidades e desafios. *Saúde e Direitos Humanos*. v. 7, pp. 87-100, 2012.
- VILLAMAR, Maria del Carmen Villarreal. Portas não tão abertas: a política migratória brasileira no contexto latino americano. *Coletiva*. Dossiê 23 - Migrações recentes e refúgio no Brasil. Out.nov.dez.jan. 2018-2019.
- WALDMAN, Tatiana Chang. *Uma Introdução as Migrações Internacionais no Brasil Contemporâneo (Módulo I)*. Apostila do Curso financiado pelo Fundo da OIM para o Desenvolvimento (IDF). 2018.
- _____. *Entendendo a Legislação Brasileira - Parte 1: Nova Lei de Migração (Módulo II)*. Apostila do Curso financiado pelo Fundo da OIM para o Desenvolvimento (IDF). 2018.
- _____. *Nem clandestinos, nem ilegais: construindo contornos para uma definição da condição migratória não documentada no Brasil*. 2016. 245f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.
- _____. *O mundo em movimento (unidade 1)*. Apostila do Curso Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil financiado pelo Escritório de Monitoramento e Combate ao Tráfico de Pessoas do Departamento de Estado dos Estados Unidos e implementado pelo ICMPD (*International Centre for Migration Policy Development* / Centro Internacional para o Desenvolvimento de Políticas Migratórias), em parceria com a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e o Instituto Migrações e Direitos Humanos. ICMPD: Brasil, 2020.
- WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. *SUR*. Dossiê SUR sobre Migração e Direitos Humanos. V. 13. n. 23. pp. 17-28. 2016.

NOTAS

1. De acordo com o Glossário sobre Migrações (OIM, 2009, p. 42) encontramos o termo “migração internacional” para designar os “[m]ovimentos de pessoas que deixam os seus países de origem ou de residência habitual para se fixarem, permanente ou temporariamente, noutro país”. Apesar de existir as terminologias “imigrante” e “emigrante” adota-se o termo “migrante internacional” para sintetizá-los, indicando a transposição de fronteiras.
2. Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>> Acesso em: 26/05/2022. OIM: migrantes internacionais somam 272 milhões, 3,5% da população global.
3. Cf. Relatórios Anuais de 2021. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>>. Acesso em: 2/05/2022.
4. Cf. Relatórios Anuais de 2020. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>>. Acesso em: 2/05/2022.
5. Cf. Política na Venezuela: o fim de uma era? Disponível em: https://www.politize.com.br/politica-venezuela/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAiA25v_BRBNEiwAZb4-Ze6YRdJ2QxLxEpVaKDQYUSfXVAfrSHqhWPoF8nhH6e9ExuFvYGYU4RoCNTcQAvD_BwE. Acesso em: 26/12/2020
6. Dados sobre refúgio no Brasil. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>> Acesso em: 17/04/2020.
7. É preciso ressaltar a intrínseca relação existente entre esses dois públicos específicos. Segundo Waldman (2020), a restrição cada vez maior nas políticas migratórias associada a condições de vulnerabilidade gera violações de direitos humanos e o incentivo a práticas criminosas, como o contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas. Assim, o tráfico de pessoas envolve, consequentemente, uma condição migratória, seja ela internacional ou interna.
8. Cf. “Os deslocamentos ambientais como mecanismos de adaptação às mudanças climáticas”. Disponível em: <<https://migramundo.com/os-deslocamentos-ambientais-como-mecanismos-de-adaptacao-as-mudancas-climaticas/>>. Acesso em: 26/12/2020
9. Estudo da OIM aponta que 2019 foi um ano mortal para migrantes cruzando as Américas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/estudo-da-oim-aponta-que-2019-foi-um-ano-mortal-para-migrantes-cruzando-as-americas/>>. Acesso em: 17/04/2020.
10. Pai e filha salvadorenhos morrem afogados em travessia para EUA e foto provoca comoção. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/26/pai-salvadorenho-e-filha-morrem-ao-atravesar-rio-na-tentativa-de-chegar-aos-eua.ghtml>>. Acesso em: 17/04/2020.
11. Estudo da OIM aponta que 2019 foi um ano mortal para migrantes cruzando as Américas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/estudo-da-oim-aponta-que-2019-foi-um-ano-mortal-para-migrantes-cruzando-as-americas/>>. Acesso em: 17/04/2020.
12. Idem
13. Venezuelanos levam até 11 horas para receberem atendimento médico na fronteira de RR. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/rraima/noticia/venezuelanos-viajam-ate-11-horas-para-receberem-atendimento-medico-na-fronteira-de-rr.ghtml>>. Acesso em: 19/04/2020
14. Idem
15. Entidades vão à justiça contra lei que restringe acesso de migrante à saúde em Boa Vista. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/entidades-vao-a-justica-contra-lei-que-restringe-acesso-de-migrantes-a-saude-em-boia-vista>>. Acesso em: 18/04/2020.
16. É importante sinalizar que Marandola Jr. e Hogan (2009, p. 167) compreendem o conceito de lugar como um “centro de afetividade”, “foco da experiência humana” e da “razão sensível”. Para eles, o lugar possui uma dimensão coletiva e está diretamente relacionada às relações históricas que a comunidade estabelece com o espaço. Assim, “monumentos, ruas, edifícios, parques, rios, árvores, florestas, bancos de praça, um mastro ou mesmo uma paisagem podem constituir lugares relacionados à historicidade, à memória e à identidade de certo grupo”.
17. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado pelo Estado Brasileiro por meio do Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Disponível

- em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 28/08/2020.
18. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18/04/2020.
 19. Tais determinantes foram definidos pela Comissão Nacional sobre os Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS), criada em 2006, por meio de um Decreto Presidencial, com o objetivo principal de produzir conhecimento e informações sobre os determinantes de saúde, contribuindo, assim, para a formulação de políticas públicas. No entanto, existem outras definições de Determinantes Sociais de Saúde (DSS) como nos mostra Buss e Filho (2007) em seu trabalho.
 20. Pelo Estatuto do Estrangeiro, o migrante regularizado no país recebia um documento denominado por Carteira de Identidade Estrangeira (CIE), que continha o número do seu Registro Nacional do Estrangeiro (RNE). Como vimos, com a Nova Lei de Migração houve um esforço dos legisladores em abolir a terminologia “estrangeiro” da nova legislação migratória, com isso a CIE passou a chamar-se por Carteira Nacional de Registro Migratório (CRNM) e o RNE por Registro Nacional do Migrante. No entanto, ainda hoje, é usual ouvir migrantes e servidores da Polícia Federal utilizar o termo RNE para se referir a carteira de identidade do migrante.
 21. Devido ao relato de vários casos em que o migrante foi submetido a uma condição vexatória, devido ao formato que o Protocolo de Refúgio possui, em 2020, foi criada uma carteira de identificação, nos moldes da CRNM para solicitantes de refúgio. No entanto, nem todos os solicitantes de refúgio possuem o conhecimento a existência desta CRNM, pois, durante algum tempo era emitida apenas de forma “experimental” em Brasília.
 22. Roraima obrigará venezuelanos a mostrar passaporte para ter atendimento médico. Disponível: <<https://www.folhape.com.br/noticias/brasil/oraima-obrigara-venezuelanos-a-mostrar-passaporte-para-ter-atendimento/76681/>>. Acesso: 19/09/2020.
 23. Cartazes facilitam comunicação para imigrantes em postos de saúde em Criciúma. Disponível em: <<http://www.engeplus.com.br/noticia/geral/2019/cartazes-facilitam-comunicacao-para-imigrantes-em-postos-de-saude-de-criciuma>>. Acesso em: 19/09/2020.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO “KIRIBATI”¹

.....
Leilane Serratine Grubba

Doutora em Direito; Professora da Faculdade IMED.

Chiara Antonia Sofia Mafrika Biazzi

Doutora em Direito; Pesquisadora.

RESUMO

Em decorrência dos acontecimentos da segunda Guerra Mundial, passou a existir uma grande preocupação do Direito Internacional com a categoria dos refugiados. Contudo, ao se proteger direitos aos refugiados em razão de perseguições por motivos de nacionalidade, raça, grupo social, grupo religioso ou opinião política, deixou-se aquém dessa proteção as pessoas vitimadas por catástrofes ambientais. Existe um limbo conceitual no que se refere ao refúgio ambiental. Diante disso, o artigo tem por objeto os migrantes ambientais e busca analisar, por meio do método dedutivo, se há possibilidade de aceitação dos refugiados ambientais pelo Direito Internacional. Para cumprir com esse objetivo, se problematizará a existência dos refugiados ambientais, tendo como ponto de partida o caso da República Independente do Kiribati e a necessidade do reconhecimento do estatuto de refugiados aos seus habitantes, em decorrência de causas ambientais. A análise será realizada a partir dos instrumentos protetivos aos refugiados presentes no Direito Internacional. Como resultado, considerou-se fundamental compreender que o Direito Internacional deve enfrentar o desafio dos refugiados ambientais e apresentar uma adequada solução que possibilite garantir a proteção da dignidade dessas pessoas.

Palavras-chave

Direito Internacional; direitos humanos; meio ambiente; refugiados; refúgio ambiental.

ABSTRACT

As a result of the events of the Second World War, there was a big concern for International Law regarding the category of refugees. However, by protecting the rights of refugees due to persecution for reasons of nationality, race, social group, religious group, or political opinion, people victimized by environmental catastrophes were left behind. There is a conceptual limbo regarding the Environmental refuge. Because of this, the article has as its object environmental migrants and seeks to analyze, through the deductive method, whether there is a possibility of acceptance of environmental refugees by International Law. To achieve this objective, we will discuss the existence of Environmental refugees, taking as a starting point the case of the Independent Republic of Kiribati and the need to recognize the inhabitants as refugees due to environmental causes. Protective instruments for refugees in International Law will base the analysis. As a result, we consider it essential to understand that International Law must face the challenge of environmental refugees and present an adequate solution that makes it possible to guarantee the protection of the dignity of these people.

Keywords

International law; human rights; environment; refugees; environmental refuge.

1. INTRODUÇÃO

A movimentação humana para localidades diversas, durante a história da humanidade, apresentou motivações distintas, sendo voluntária ou obrigatória. São voluntárias as movimentações turísticas ou migrações em busca de melhores condições de vida digna, por exemplo. Obrigatórias são as movimentações das pessoas que buscam novos territórios em decorrência da hostilidade do seu território original ou de habitação, ainda, em razão da impossibilidade da manutenção da vida naquele local onde vive.

Diante do grande fluxo de migração, o Direito Internacional e as Nações Unidas preocuparam-se com a questão do refúgio e do asilo, principalmente após as duas Guerras Mundiais. Sobretudo, preocuparam-se com o deslocamento forçado, o que originou, em 1951, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Apesar da mencionada preocupação, atualmente ainda não parece existir, no Direito Internacional, uma categoria que englobe os refugiados ambientais e que garanta a eles os mesmos direitos previstos aos refugiados de guerras ou políticos, entendidos como refugiados em razão de perseguições por motivos de nacionalidade, raça, grupo social, grupo religioso ou opinião política, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Contudo, cada vez mais grandes desastres ambientais implicam em deslocamentos obrigatórios, principalmente quando vinculados às vulnerabilidades econômicas. Apoiando-se no *Internal Displacement Monitoring Centre – IDMC*, Grubba e Monteiro (2018, p. 228) apontam que, mundialmente, milhões de pessoas por ano “são forçadas a deixar suas casas em virtude de desastres ecológicos, como terremotos, enchentes, secas, tempestades de ventos, dentre outros fatores puramente naturais ou, como na maioria dos casos, agravados pela associação às vulnerabilidades econômicas.” (2018, p. 232) Esses desastres podem ser crônicos, como as secas, ou extremos, como tsunamis. Além disso, podem ser causados pela ação humana, como acidentes em barragens de dejetos, ou puramente naturais, como mudanças climáticas. Em muitos casos, “a capacidade econômica de uma população será determinante para que as deslocamentos forçadas venham ou não

a ocorrer, bem como para que a recuperação ao dano seja rápida ou impossível de acontecer.” (2018, p. 232) Ainda, muitas pessoas deslocam-se dentro dos seus Estados de origem, e muitas são forçadas a se deslocar externamente, cruzando fronteiras internacionais.

Em virtude desse limbo conceitual e jurídico, no que se refere ao refúgio em decorrência de fatores climáticos e/ou ambientais, o artigo tem por objeto a possibilidade do refúgio ambiental. Tem por objetivo analisar, dedutivamente, se há a possibilidade de aceitação dos refugiados ambientais pelo Direito Internacional. Isso porque parece haver uma lacuna com relação ao refúgio em decorrência de catástrofes ecológicas e/ou ambientais. Para tanto, serão analisados os seguintes documentos internacionais das Nações Unidas: a) Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967; b) Declaração de Cartagena, de 1984; e c) Declaração de Viena e Programa de Ação, de 1993.

Diante disso, o artigo problematiza a existência dos refugiados ambientais tendo como ponto de partida o caso da República Independente do Kiribati, conjunto de ilhas que pode desaparecer em até sessenta anos, em razão do aumento do nível dos oceanos, e a necessidade do reconhecimento do estatuto de refugiados aos seus habitantes, em decorrência de causas ambientais. Para este artigo, parece fundamental compreender que o Direito Internacional deve enfrentar o desafio dos novos fatos geradores das migrações obrigatórias, inclusive o refúgio, e apresentar uma adequada solução que possibilite garantir a proteção da dignidade dessas pessoas.

2. “KIRIBATI”: UM ESTADO EM EXTINÇÃO

A República Independente do Kiribati (Quiribáti) é um país pertencente à Micronésia e à Polinésia, que compreende alguns arquipélagos, os quais se constituem num conjunto de trinta e três atóis de coral, agrupados em três grupos de ilhas. A República tem uma área de 811 km² e apresenta uma população de aproximadamente 105.000 habitantes.

Estimativas científicas apontam para o desaparecimento da República do Kiribati ao longo dos próximos anos, em razão de alterações climáticas, principalmente a elevação do oceano, que ocasiona inundações, além de outros

problemas ambientais. Muitos desses problemas já estão ocorrendo. Além das alterações climáticas, soma-se o fato de o ponto mais alto do país ficar quatro metros acima do nível da água do mar. Parece que todo o arquipélago está ameaçado de desaparecimento em razão da elevação do nível do mar, podendo ser extinto, segundo as Nações Unidas (2009), em até sessenta anos.

Assim, o problema do desaparecimento do Kiribati e de outros Estados pequenos insulares também foi analisado por Grubba e Cadore, que manifestaram grande preocupação com possíveis apatridias ambientais:

Mas não é apenas o Kiribati, as Ilhas Carteret, Palau e as Ilhas Marshall que estão ameaçados de desaparecerem. O risco é iminente para todos os Estados Insulares. Esses Estados insulares sob risco são denominados AOSIS – *Alliance of Small Island States*. Apesar de representarem, em número, mais do que um quarto dos países do mundo, juntos eles representam menos do que um por cento das emissões de dióxido de carbono na atmosfera. Mas como podem pequenas ilhas barganhar com a comunidade internacional sobre a necessidade efetiva e real de políticas de desenvolvimento econômico efetivamente sustentável, que saiam do papel e da lei? Para isso, o Embaixador das Maldivas para as Nações Unidas, Ahmed Khaleel, respondeu: “O sucesso do AOSIS é que dividimos uma paixão comum e falamos com a mesma voz. Nós não abriremos mão de princípios de sustentabilidade contra as mudanças climáticas”.

De fato, conforme afirmou o Presidente Nasheed, países do mundo estão sob ameaça de desaparecimento por causa de mudanças climáticas. Mas isso não é apenas uma questão ambiental. É uma questão de segurança global. É, ainda, uma questão humanitária, a qual os demais países devem se atentar de maneira a pensar políticas de precaução e prevenção ao dano, mas também de auxílio humanitário às vítimas.

Trata-se de, por um lado, de minimizar as causas humanas relacionadas à problemática ambiental – com a diminuição dos gases com efeito estufa. Se, por um lado, existem inúmeros documentos internacionais que buscam realizar tal intento, como o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris, por outro lado, trata-se de conscientizar os Estados-partes e

demais Estados a efetivamente cumprir com as metas estabelecidas, considerando-se que a problemática ambiental é global e humanitária. (2017, p. 128)

Diante do problema de caráter ambiental e humanitário, em 2009, as Nações Unidas afirmaram que o Presidente do Kiribati considerava a possibilidade de realocar a população, requisitando ajuda internacional, tanto no que se refere à possibilidade de criação de uma ilha artificial que fosse apta a abrigar a população, quanto no que se refere à possibilidade de refúgio *ambiental* em outros países.

No Conselho de Direitos Humanos, segundo as Nações Unidas (2015), o Presidente Tong, do Kiribati, afirmou que as mudanças climáticas produzidas ou induzidas pelo homem são uma agressão ao ecossistema e, ademais, um enfraquecimento “[...] dos direitos à saúde, à alimentação, à água e ao saneamento, à moradia adequada e, para as pessoas dos pequenos estados insulares e das comunidades costeiras, até mesmo o direito à autodeterminação”.

Além do problema do aumento do nível das águas do oceano, que geram inundações e a realocação das pessoas dentro do próprio território do Kiribati, existem outros problemas subsidiários, decorrentes do fator ambiental, que impossibilitam a vida digna e a garantia dos direitos humanos da população em questão. Existe, ademais, a estimativa do desaparecimento completo do país, o que impossibilitaria não apenas a vida digna, mas a própria vida das pessoas que lidam com o problema ambiental no Estado do Kiribati.

Conforme afirmou Rupert Colville, vários cidadãos de Kiribati já foram forçados a deixar suas casas e o governo vêm se esforçado para promover o fornecimento de alimentos e água potável para essas pessoas (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Nesse sentido, o artigo parte do problema enfrentado pela República Independente do Kiribati para questionar a possibilidade de um refúgio de caráter ambiental, em razão de catástrofes climáticas, a partir dos instrumentos das Nações Unidas sobre a temática do refúgio internacional. Espera-se que o iminente problema do possível desaparecimento do Estado do Kiribati possibilite a conceituação de uma categoria de refugiado ambiental e a proteção internacional dessas pessoas.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS AOS REFUGIADOS

No período da Segunda Guerra Mundial e, logo após seu fim, calcula-se a ocorrência do maior número de migrações da modernidade. Estimativas apontam que, em 1945, mais de 40 (quarenta) milhões de pessoas migraram da Europa (GALVÃO, 2000, p. 13). Diante desse quadro de migrações, programou-se um regime jurídico internacional que pudesse auxiliar os refugiados, com o repatriamento ou reassentamento dos europeus que se encontravam fora dos seus territórios originários no pós-Segunda Guerra Mundial.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) foi convocada pela Resolução 429 (V), da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. A Convenção entrou em vigor, contudo, apenas em 22 de abril de 1954, tendo sido sujeita a uma única alteração, na forma do Protocolo de 1967, que removeu os seus limites geográficos e temporais originários.

Como instrumento do pós-Segunda Guerra Mundial, a Convenção deteve âmbito originalmente limitado às pessoas que fugiram dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, dentro da Europa. O Protocolo relativo à Convenção, de 1967 removeu essas limitações e concedeu cobertura temporal e geográfica universal à Convenção. A Convenção adotou, por unanimidade, algumas recomendações, como: (a) facilitação de viagens de refugiados; (b) princípio da unidade da família, no sentido de que os direitos concedidos a um refugiado são extensivos aos seus familiares; (c) assistência social, considerando que os refugiados precisam de ajuda dos serviços de bem-estar adequados; (d) cooperação internacional no campo do asilo e da reinstalação, uma vez que muitas pessoas deixam seu país de origem em razão de perseguição; e, (e) extensão do tratamento previsto pela Convenção, considerando que esta terá valor como um exemplo superior ao seu escopo contratual e que todas as nações serão guiadas por ela.

Conforme afirmou Guy S. Goodwin (NAÇÕES UNIDAS, 1954), em documento pertencente à Biblioteca Audiovisual sobre Direito Internacional das Nações Unidas², a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em vigor em 1954, e o seu Protocolo de 1967, são característicos de um regime internacional

de proteção de refugiados. No rescaldo da Segunda Guerra Mundial, os refugiados e as pessoas foram deslocados para o topo da agenda internacional. Nesse sentido, a primeira resposta das Nações Unidas ao pós-guerra foi a criação de uma agência especializada, a Organização Internacional para os Refugiados (IRO - *International Refugee Organization*), criada em 1946 e com término em 1952.

Ainda segundo Goodwin (NAÇÕES UNIDAS, 1954), a explicação do contexto e da natureza da Convenção de 1951 requer pensemos que seis anos antes de sua conclusão, a Carta das Nações Unidas (1945) havia identificado os princípios da soberania, da independência e da não-interferência dentro do domínio da jurisdição interna de um Estado. Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) reconheceu que “todas as pessoas têm direito de procurar e de gozar de asilo em outros países”.

A pessoa refugiada, conforme será analisado oportunamente, é aquela que necessariamente vem “de fora”, ou seja, de outro país de origem, sendo que o fato de ela ter fugido e de ter atravessado uma fronteira internacional, é parte intrínseca da qualidade de ser refugiada. Apesar do risco de perseguição ser central para a definição do refugiado, o termo “perseguição” não foi definido pela Convenção de 1951, das Nações Unidas.

Goodwin (NAÇÕES UNIDAS, 1954) analisou a mencionada Convenção e identificou que esse instrumento, além de trazer as características intrínsecas da pessoa refugiada, também impõe aos Estados-parte a aceitarem um número de obrigações essenciais, no intuito de atingir a proteção do refugiado e uma solução adequada ao problema. Uma das obrigações é o princípio da não-repulsão, que prescreve que nenhum refugiado pode ser devolvido quando esteja sob risco de perseguição. Assim, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu preâmbulo, considerou algumas questões importantes, são elas:

a) a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmam o princípio de que os seres humanos gozam de direitos e liberdades fundamentais, sem discriminação;

b) as Nações Unidas têm manifestado a sua preocupação pelos refugiados e esforçaram-

se para assegurar o mais amplo exercício dos direitos e liberdades fundamentais;

c) é desejável rever e consolidar internacionalmente os acordos anteriores ao Estatuto dos Refugiados e estender o âmbito de proteção concedida por tais instrumentos, por meio de um novo acordo; e

d) a concessão de asilo pode resultar encargos indevidamente pesados para certos países, sendo que a solução satisfatória do problema é a necessidade da cooperação internacional. Torna-se desejoso que todos os Estados, reconhecendo a natureza social e humanitária do problema dos refugiados, colaborem.

Em seu primeiro capítulo, a Convenção de 1951 abordou as disposições gerais, tendo definido os termos importantes em seu artigo primeiro. Nesse sentido, foi definido o termo *refugiado*. Para os fins da Convenção, o termo *refugiado* aplica-se a qualquer pessoa que:

a) tenha sido considerada refugiada sob o regime de 12 de maio de 1926 e 30 de junho de 1928, ou nos termos das Convenções de 28 de outubro de 1933, 10 de fevereiro de 1938, o Protocolo de 14 de setembro de 1939 ou a Constituição da Organização Internacional para os Refugiados; e

b) como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951 e, devido ao receio fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou de opinião política, está fora do país de sua nacionalidade e não possa, ou em virtude desse temor, ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, em virtude daquele temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão *o país de sua nacionalidade* significa cada um dos países de que ela seja nacional, e uma pessoa não deve ser considerada a faltar a proteção do país de sua nacionalidade, se, em qualquer razão válida com base no receio fundado, ele não aproveitou a proteção de um dos países dos quais era nacional.

Nesse sentido, um *refugiado*, de acordo com a Convenção, em seu primeiro artigo, é um ser humano incapaz de regressar ou que não quer regressar ao seu país de origem devido a um receio fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política³.

A Convenção também estabelece que, com exceções específicas, o refugiado não deve ser penalizado por sua entrada ou permanência ilegal, uma vez que a busca de asilo pode exigir que refugiados violem as regras de imigração. Diante disso, ninguém pode ser detido arbitrariamente com base simplesmente na busca de asilo. Ademais, a Convenção contém diversas salvaguardas contra a expulsão dos refugiados⁴.

Para os fins da Convenção, os termos *eventos ocorridos antes de primeiro de janeiro de 1951*, presentes no artigo primeiro, devem significar os acontecimentos ocorridos na Europa antes de primeiro de janeiro de 1951 e/ou os acontecimentos ocorridos na Europa ou outro local antes de primeiro de janeiro de 1951.

A Convenção deixa de ser aplicável a qualquer pessoa abrangida pelos termos já delineados se: (a) voluntariamente valer-se da proteção do país da sua nacionalidade; (b) tendo perdido a sua nacionalidade, a recupere voluntariamente; (c) tenha adquirido nova nacionalidade e goze da proteção do país de sua nova nacionalidade; (d) voluntariamente instale-se no país que deixou ou fora do qual permaneceu por receio de perseguição; (e) não pode, em razão das circunstâncias em consequência das quais ele foi reconhecido como refugiado, terem cessado de existir, continue a recusar a valer-se da proteção do país de sua nacionalidade; ou, (f) sendo uma pessoa que não tem nacionalidade, se as circunstâncias pelas quais ele foi reconhecido como refugiado deixaram de existir e se ele for capaz de retornar ao seu país de residência.

A Convenção afirma que cada refugiado tem deveres para com o país em que se encontra, como estar em conformidade com suas leis e regulamentos (artigo 2º). Além disso, afirma o princípio da não-discriminação, segundo o qual os Estados aplicarão as disposições da Convenção aos refugiados, sem discriminação de raça, religião ou país de origem (artigo 3º). Mais ainda, dispõe sobre os direitos e liberdades do refugiado.

Por sua vez, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967, surgiu da necessidade de abranger outras pessoas dentro do significado do termo *refugiado*, além daquelas previstas pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951.

A Convenção abrange, no significado da categoria refugiado, apenas as pessoas que

se tornaram refugiadas como resultado de acontecimentos ocorridos antes de primeiro de janeiro de 1951. O Protocolo surgiu da consideração de que novas situações de refugiados, pós-1951, devem se inserir dentro do texto da Convenção. Diante disso, segundo o Protocolo, o termo *refugiado* deve ser aplicado a qualquer pessoa na definição do artigo 1º da Convenção, como se as palavras *como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951* e as palavras *um resultado de tais eventos*, fossem omitidas. Logo, segundo a Convenção de 1951, com a redação do Protocolo de 1967, a categoria dos refugiados abrange toda a pessoa, independentemente do tempo histórico, que seja incapaz de regressar ao seu país de origem devido a um receio fundado de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política.

A problemática ambiental, nos termos da Convenção e do seu Protocolo, não se insere nos motivos específicos necessários à concessão do refúgio. Nesse sentido, parece ser impossível resolver juridicamente o problema do Estado do Kiribati e da realocação de seus cidadãos por meio da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.

Importante mencionar, ainda, outro instrumento protetivo aos refugiados, sendo a Declaração de Cartagena, de 1984. A Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984), das Nações Unidas, adotada pelo Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá, ocorrida na Colômbia, entre os dias 19 e 22 de novembro de 1984, levou em consideração a situação dos refugiados na América Central e, ademais, a necessidade de se adotar a correta terminologia com o objetivo de diferenciar os refugiados de outras categorias de migrantes.

A Declaração de 1984 teve como um dos seus objetivos o fortalecimento dos programas de proteção e assistência aos refugiados, principalmente no que tange aos aspectos da saúde, educação, trabalho, segurança e alcançar a autossuficiência dos refugiados. Desse modo, a Declaração busca propiciar a ratificação ou adesão, por parte dos Estados que ainda não tenham efetuado, da Convenção de 1951 e do seu Protocolo de 1967. Para os fins da Declaração, o conceito de refugiado a ser adotado é aquele que contem os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, bem como que considere

refugiadas as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência “generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos e outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.” (NAÇÕES UNIDAS, 1984)

Importante mencionar que se ratificou, por meio da Declaração, a natureza pacífica, “apolítica e exclusivamente humanitária da concessão de asilo ou do reconhecimento da condição de refugiado e sublinhar a importância do princípio internacionalmente aceite segundo o qual nada poderá ser interpretado como um ato inamistoso contra o país de origem dos refugiados.” (NAÇÕES UNIDAS, 1984)

A Declaração também reiterou a importância do princípio da não-repulsão como um princípio *jus cogens*, bem como que os acampamentos e a instalações de refugiados que são localizados em zonas fronteiriças devem ser transportados para uma distância razoável das fronteiras de sorte a garantir maior proteção às pessoas, preservar os direitos humanos e possibilitar uma maior integração na sociedade que acolher os refugiados (NAÇÕES UNIDAS, 1984).

No que tange à repatriação, decidiu-se o seu caráter voluntário e individual, com a necessidade de que seja efetuada preferencialmente no país de origem, com segurança e respeitado o princípio fundamental da família (NAÇÕES UNIDAS, 1984). Desse modo, seguindo a Convenção dos Refugiados e o seu Protocolo, também a Declaração de Cartagena parece não reconhecer a categoria dos refugiados ambientais, não sendo suas disposições a eles aplicáveis.

Ainda, outro instrumento protetivo das Nações Unidas para as pessoas refugiadas é a Declaração de Viena e o seu Programa de Ação, que foram adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que ocorreu em Viena, em 25 de junho de 1993.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos considerou algumas questões importantes sobre a proteção e efetivação dos direitos humanos no mundo contemporâneo, além de ter realizado uma análise do sistema internacional dos direitos humanos e das máquinas para a proteção dos direitos humanos, visando à promoção mais completa desses direitos, de maneira justa e equilibrada.

A Conferência reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser o principal beneficiário e deve participar ativamente da realização desses direitos e liberdades⁵.

Por meio da Declaração, a Conferência e os Estados-parte reafirmaram compromissos outrora firmados em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como os propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas (1945) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Além disso, foi enfatizada a responsabilidade conjunta de todos os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas, de desenvolver e encorajar o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Também se lembrou o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, principalmente no que tange: (a) a determinação de reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações; e, (b) a determinação de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, para estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, para promover progresso social e melhores condições de vida numa liberdade mais ampla, para praticar a tolerância e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Foi enfatizado, sequencialmente, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, sendo a fonte de inspiração e base para a Organização das Nações Unidas fazer avanços na configuração padrão conforme consta no humano internacional existente nos instrumentos de direitos, em particular no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

A importância das mudanças que ocorrem no cenário internacional, com relação às aspirações de uma ordem mundial baseada nos

princípios consagrados na Carta da ONU, foi trazida no texto da seguinte maneira:

a) a promoção e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas e o respeito ao princípio da igualdade de direitos, da autodeterminação dos povos, de paz, da democracia, da justiça, da igualdade, do Estado de direito, do pluralismo, do desenvolvimento, de melhores padrões de vida e de solidariedade;

b) a preocupação com as formas de discriminação e violência, principalmente aquelas sofridas pelas mulheres;

c) a necessidade de serem racionalizadas as atividades da ONU, a fim de reforçar os seus mecanismos de proteção dos direitos humanos;

d) a necessidade de a comunidade internacional encontrar formas e meios para eliminar os obstáculos e enfrentar os desafios para a plena realização de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais, e para impedir a continuação das violações dos direitos humanos em todo o mundo; e,

e) a necessidade de progredir na cooperação e solidariedade internacional.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirmou o solene compromisso de todos os Estados a cumprir as suas obrigações para promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e demais instrumentos relativos aos direitos humanos e direito internacional.

No contexto apresentado, o reforço da cooperação internacional em matéria de direitos humanos é importante para a plena realização dos propósitos das Nações Unidas. Isso porque se considerou os direitos humanos e as liberdades fundamentais como *direitos inatos* de todos os seres humanos, sendo a sua proteção e promoção a primeira responsabilidade dos Governos⁶.

Os processos de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme a Conferência, devem ser conduzidos em conformidade com os propósitos e princípios da Carta da ONU e do direito internacional. Mais do que isso, a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e se reforçam mutuamente. No que tange especificamente ao refúgio, a Conferência reafirmou o direito que todos

possuem de procurar e gozar de asilo em outros países, assim como o direito de regressar ao seu próprio país, conforme a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, e o seu Protocolo de 1967.

Importante é o fato de a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirmar que todos, “[...] sem distinção de qualquer espécie, têm o direito de procurar e obter, noutros países, asilo contra as perseguições de que sejam alvo, bem como o direito de regressar ao seu próprio país” (NAÇÕES UNIDAS, 1993, artigo 23º).

Sobre a questão do asilo e do refúgio, afirma, ademais, a importância da Declaração Universal de 1948, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e do seu Protocolo de 1967. Reconhece que os Estados continuam a aceitar e a acolher pessoas refugiadas em seus territórios, bem como demonstra reconhecimento “[...] ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados pela dedicação demonstrada no cumprimento da sua missão. Expressa, igualmente, o seu apreço à Agência de Obras Públicas e Assistência aos Refugiados Palestinos no Próximo Oriente.” (NAÇÕES UNIDAS, 1993)

Segundo a Conferência Mundial, ocorrida na cidade de Viena, o deslocamento de pessoas ocorre por diversos motivos, sendo um desses motivos a violação dos direitos humanos no caso de conflitos armados. Diante da complexidade da crise global de refugiados, a Conferência afirma a necessidade de uma “[...] abordagem global por parte da comunidade internacional, em coordenação e cooperação com os países afetados e com as organizações relevantes, tendo presente o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados”.

Essa abordagem supramencionada, segundo as Nações Unidas (1993), deve incluir o desenvolvimento de estratégias para abordar as causas e efeitos das movimentações de pessoas refugiadas ou deslocadas, com o reforço dos mecanismos de alerta e resposta em caso de emergência, além da proteção e assistência efetivas, principalmente para mulheres e crianças, em razão das suas necessidades especiais.

Mais do que isso, as Nações Unidas (1993), por meio da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, afirmam a importância da atenção, inclusive por meio de organizações intergovernamentais e humanitárias, de se buscar soluções duradouras para questões

relacionadas às pessoas deslocadas, incluindo-se o seu possível regresso voluntário e seguro, bem como a sua reabilitação. Por fim, no que se refere aos refugiados, as Nações Unidas (1993, artigo 23º) afirmam e realçam a importância e necessidade da assistência “[...] humanitária às vítimas de todas as catástrofes, quer naturais quer causadas pelo ser humano. ”

A Declaração de Viena, nesse sentido, adota a categoria de refugiado presente da Convenção dos Refugiados e do seu Protocolo. Contudo, pela primeira vez, mencionou-se em uma normativa de direito internacional a necessidade de assistência humanitária às vítimas de catástrofes naturais. Assim, apesar de a categoria dos refugiados não se aplicar aos refugiados ambientais, a Declaração representa um avanço ao reconhecimento da necessidade de proteção e asilo às pessoas que necessitam cruzar fronteiras internacionais por motivos climáticos ou ambientais.

4. REFÚGIO AMBIENTAL: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DAS NAÇÕES UNIDAS

Existem variadas formas de migrações e movimentos de pessoas a níveis mundiais. Dentre eles, os solicitantes de refúgio ou asilo e refugiados configuram-se em nível relativamente baixo, apesar de apresentarem importância ao Direito Internacional e Direito Humanitário. Conforme as Nações Unidas (2007), as pessoas que viajam dessa forma frequentemente o fazem de maneira irregular, sem a necessária documentação, além de se envolverem com o tráfico de seres humanos, colocando suas vidas em risco e viajando em condições desumanas. Diante desse fato, as Nações Unidas (2007) afirmam a necessidade de os Estados responderem ao fenômeno de maneira coerente e abrangente, assumindo total responsabilidade na proteção dos refugiados por meio de instrumentos internacionais.

A transparência e as responsabilidades do ACNUR (Agência das Nações Unidas para os Refugiados) estiveram entre os temas discutidos na reunião do ano de 2010. Durante o debate, os Estados Unidos e alguns outros países expressaram reservas sobre uma possível expansão do papel do ACNUR em relação a pessoas expulsas de seus lares por desastres naturais. (LEJEUNE-KABA, 2010).

No que tange propriamente à noção de refugiados em decorrência de fatores ambientais, como desastres naturais e mudanças climáticas, as Nações Unidas (2012), por meio da ACNUR, sugeriram a necessidade de a comunidade internacional se mobilizar para elaborar os instrumentos legais que garantam a proteção dessas pessoas. No encontro *Deslocamentos Humanos por Motivos Ambientais e Catástrofes Naturais*, afirmou-se que as mudanças climáticas geram migrações e, apesar de tais migrações não estarem protegidas pela Convenção de 1951 e por seu Protocolo, pela Convenção de Viena e pela Declaração de Cartagena, de 1984, há que se atentar para o fato de que as vítimas de desastres naturais encontram-se em situação de vulnerabilidade, com necessidades especiais, como o abrigo, o apoio material e a garantia de direitos civis.

Em outra ocasião, as Nações Unidas (2012b) novamente apontaram para a necessidade de um acordo sobre quais seriam os princípios orientadores da proteção de pessoas forçadas a deixar seus países e cruzar fronteiras em decorrência de desastres naturais relacionados a mudanças climáticas. Elogiou-se, nesse sentido, a postura do Brasil pela concessão de residência permanente aos haitianos em razão humanitária, os quais foram deslocados pelo terremoto de 2010. Esses haitianos, os quais não poderiam ser considerados refugiados pelos documentos internacionais já mencionados, receberam proteção do Brasil por razões humanitárias.

Anualmente, afirmam as Nações Unidas, milhares de pessoas são forçadas a se deslocarem em virtude de desastres naturais. Essas pessoas não se enquadram no conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951, Declaração de Cartagena de 1984 ou Declaração de Viena de 1991. De fato, são pessoas que estão à margem do Direito Internacional. Quer dizer, a vulnerabilidade ambiental – mudanças climáticas e seus efeitos – provoca o surgimento de uma categoria não reconhecida juridicamente, que é aquelas das pessoas obrigadas a abandonar o seu local de origem e cruzar fronteiras internacionais em razão de distúrbios graves causados por problemas ambientais, para salvar suas vidas.

São pessoas refugiadas porque, nos termos do direito internacional, são obrigadas a deixar seus países e cruzar fronteiras internacionais para salvar suas vidas. Mas não são refugiados ambientais porque o motivo do deslocamento

se dá em razão de catástrofes ambientais, como o derretimento glacial, enchentes, terremotos, desertificação, aumento da poluição do ar, terra e água. Em razão desse motivo ambiental para o deslocamento, essas pessoas não encontram proteção no direito internacional. Inclusive, importante mencionar que, muitas vezes, as causas ambientais podem ser puramente ecológicas, em outras, advém da atividade humana no meio ambiente:

De fato, Sadat (2009) aponta que um pequeno aumento de 1.5 metros do nível do mar deslocaria obrigatoriamente centenas de milhões de pessoas. Em sentido parecido, Walter (2003) atenta para o fato de que em menos de uma geração, 150 milhões de pessoas serão forçadas a se deslocar de suas casas pelo aumento do nível do mar e outras manifestações das mudanças climáticas. No que se refere as Ilhas Carteret, Blitz (2014) afirma estarem em risco com o aumento do nível das águas do mar e seus efeitos de inundação: estão acontecendo inundações, a erosão da zona costeira, a destruição do solo para o crescimento de alimentos e o destruímento de plantações para a alimentação. O aumento das águas elevou os índices de má nutrição infantil e de malária. Mais de 60 por cento do território ficou abaixo da água e, já em 1999, duas ilhas desapareceram do mapa.

Se se puder assumir que milhões de pessoas se deslocaram forçadamente por motivos de desastres ambientais; e que entre 200 milhões a um bilhão de pessoas ainda terão de se deslocar nos próximos cinquenta anos, também parece que se pode assumir que as causas dos deslocamentos não são puramente ecológicas: são causas da atividade humana, principalmente da atividade econômica globalizadora (CHIRALA, 2013). (GRUBBA, CADORE, 2021, p. 318-319)

Em sua dissertação de mestrado, Lígia Ribeiro Vieira (2012, p. 321-322) explica que existem variadas causas que geram a migração ambiental. Uma dessas causas é a decorrência de eventos puramente ambientais ou ecológicos, como furacões, erupções vulcânicas e terremotos, que tornam o ambiente inóspito ou impróprio para a habitação humana. Ainda, a autora menciona que outras variáveis podem influir na necessidade de migração, como elementos econômicos e/ou vulnerabilidades. Outra dessas causas é a decorrência da influência humana no meio ambiente, em escala local ou global. São exemplos os desastres tecnológicos, como

acidentes industriais, ou eventos criminosos, como atos de guerra. Muitas vezes, inclusive, a migração se dá em razão da deterioração e não do desastre em si, que são as transformações graduais que ocorrem posteriormente ao desastre.

O termo refugiado ambiental foi utilizado pela primeira vez por Lester Brown, fundador do Instituto Worldwatch⁷, em 1974, primeiro instituto independente de pesquisa relacionado à questão ambiental global. Diante disso, Bates afirmou que refugiados ambientais deveriam ser uma categoria que englobasse as pessoas que migram das suas residências devido a mudanças em seu ambiente não humano. O refúgio ambiental significa uma migração forçada e rápida, logo após o evento natural ou logo antes de ele ocorrer, em razão da impossibilidade da vida ou dignidade, em razão de tal evento.

Para El-Hinnawi (1985, p. 4), todos os migrantes podem, em maior ou menor grau, ser considerados refugiados ambientais, visto que são forçados a deixar seus habitats originários para se protegerem de perigo. Contudo, para o autor, de maneira bastante específica, deve-se considerar como refugiado ambiental aquela pessoa que é forçada a migrar em virtude de um severo problema ambiental, seja temporariamente ou permanentemente. Myers (2005) partilha de um conceito parecido, entendendo refugiado ambiental como aquela pessoa que precisa se deslocar, interna ou externamente, para obter um sustento seguro da vida, em razão de problemas ambientais.

A falta de uma categoria de refugiado ambiental a nível internacional não pode ser óbice a eximir a apreciação da problemática dessas pessoas que necessitam sair de seus países em razão de alterações climáticas que ponham sua vida e segurança em risco. Nesse sentido, parece que o específico caráter da migração, em decorrência de fatores ambientais, exige uma redefinição do Direito Internacional, bem como das responsabilidades dos Estados em torno da proteção dessas pessoas.

Necessário, por consequente, garantir às pessoas que necessitam de refúgio em decorrência de catástrofes ambientais, os mesmos direitos e deveres garantidos aos refugiados nos termos da Convenção de 1951, a qual se mostra apta a garantir as necessidades da população que tem sua vida posta em risco em decorrência de fatores climáticos.

Parece existir um desafio a nível internacional, que é o reconhecimento de uma nova categoria de refugiados, os refugiados ambientais, que permanecem num limbo conceitual e jurídico; e, em razão disso, não tem seus direitos protegidos.

5. CONCLUSÃO

O Direito Internacional buscou, por meio de normativas próprias, proteger pessoas consideradas refugiadas por estarem em risco em sua localidade de origem. Contudo, parece não existir, no Direito Internacional, uma categoria que englobe os refugiados ambientais e que garanta a eles os mesmos direitos previstos aos refugiados de guerras ou políticos.

Em virtude desse limbo conceitual no que se refere ao refúgio em decorrência de fatores climáticos, o artigo tem por objeto o refúgio ambiental e objetiva analisar, dedutivamente, se há a possibilidade de aceitação dos refugiados ambientais pelo Direito Internacional. Para entender o que podem ser considerados refugiados ambientais, o artigo teve como ponto de partida o caso da República Independente do Kiribati, conjunto de ilhas que pode desaparecer em até sessenta anos, em razão do aumento do nível dos oceanos, e a necessidade do reconhecimento do estatuto de refugiados aos seus habitantes, em decorrência de causas ambientais. Espera-se que o problema do desaparecimento do Estado do Kiribati possibilite a conceituação de uma categoria de refugiado ambiental e a proteção internacional dessas pessoas.

Para tentar categorizar os refugiados ambientais, em primeiro lugar, o artigo analisou a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo de 1967. Segundo esses instrumentos legais, o refugiado é aquele que necessariamente vem *de fora*, de outro país de origem. Um *refugiado* é um ser humano incapaz de regressar ou que não quer regressar ao seu país de origem devido a um receio fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política. Assim, a problemática ambiental, nos termos da Convenção e do seu Protocolo, não se insere nos motivos específicos necessários à concessão do refúgio, sendo impossível resolver juridicamente o problema do Estado do Kiribati e da realocação de seus cidadãos, em razão da impossibilidade da vida em decorrência de alterações climáticas.

Por sua vez, a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984) adotou, como conceito de refugiado, aquele que contém os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Diante disso, também parece não reconhecer a categoria dos refugiados ambientais, não sendo suas disposições a eles aplicáveis.

Por fim, o último instrumento do Direito Internacional analisado, a Declaração de Viena e o seu Programa de Ação, reafirmou o direito que todos possuem de procurar e gozar de asilo em outros países, assim como o direito de regressar ao seu próprio país, conforme a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, e o seu Protocolo de 1967. A Declaração foi o primeiro documento internacional a afirmar a importância e necessidade da assistência humanitária às vítimas de catástrofes naturais. Contudo, apesar do avanço, a Declaração adota a categoria de refugiado presente da Convenção dos Refugiados e do seu Protocolo. Assim, parece que a categoria dos refugiados não se aplica aos refugiados ambientais.

Apesar do silêncio normativo com relação à categoria dos refugiados ambientais, nos últimos anos, as Nações Unidas começaram a manifestar a necessidade de atenção à problemática, tendo sugerido a necessidade de a comunidade internacional se mobilizar para elaborar os instrumentos legais que garantam a proteção dessas pessoas.

Diante disso, a partir da análise do caso Kiribati e das normativas jurídicas relacionadas aos refugiados, entendeu-se que a falta de uma categoria de refugiado ambiental a nível internacional não pode ser óbice a eximir a apreciação da problemática dessas pessoas que necessitam sair de seus países em razão de alterações climáticas que ponham sua vida e segurança em risco. Parece que o específico caráter da migração em decorrência de fatores ambientais exige uma redefinição do Direito Internacional, bem como das responsabilidades dos Estados em torno da proteção dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

- BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, pp. 465-447, s/n.
- EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985.
- GALVÃO, Isabel. *A situação dos refugiados no Mundo 2000: cinquenta anos de acção humanitária*. Portugal: Almada, 2000.
- GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Carolina Bresolin Maia. Desenvolvimento humano e apatridia ambiental: um novo problema humanitário a ser enfrentado. In: CANÇADO, Antônio Augusto; LEAL, César Barros. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017, pp. 111-132.
- GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Deslocamento interno e direitos humanos: o problema dos desastres ambientais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 1, pp. 218-243, 2018.
- GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Desenvolvimento humano e migrações: refugiados ambientais e econômicos. *Revista Direito & Paz*, a. XV, n. 44, pp. 307-331, 2021.
- LE/EUNE-KABA, fatoumata. Alto Comissário pede “novo acordo” no trato dos deslocados do mundo. In: Nações Unidas. 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/alto-comissario-pede-novo-acordo-no-trato-dos-deslocados-do-mundo/>. Acesso em 01 de junho de 2006.
- MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergente security issue*. EF/NGO/4/05. 13th Economic Forum. 2005. Disponível em: <http://www.osce.org/eea/14851?download=true>. Acesso: 20 mar. 2017.
- NAÇÕES UNIDAS. *Convention and protocol relating to the status of refugee*. 1951. Disponível em: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>. Acesso em 22 de janeiro de 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Cartagena. 1984. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_de_Cartagena. Acesso em 01 de junho de 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 1993. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 16 de janeiro de 2014.
- NAÇÕES UNIDAS. *A proteção dos refugiados e a migração mista: O plano de ação em 10 pontos*. 2007. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/A_protecao_dos_refugiados_e_a_migracao_mista_O_Plano_de_Acao_de_10_Pontos. Acesso em 01 de junho de 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *PNDU*. 2009. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=1608>. Acesso em 18.05.2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *ACNUR pede mais proteção para deslocados por desastres naturais*. 2012. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-pede-mais-protecao-para-deslocados-por-desastres-naturais/>. Acesso em 01 de junho de 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *RIO+20: Alto comissário pede ação conjunta para refugiados e deslocados em zonas urbanas*. 2012b. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/rio-20-alto-comissario-pede-acao-conjunta-para-refugiados-e-deslocados-em-zonas-urbanas/>. Acesso em 15 de maio de 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado*. 2013. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado. Acesso em 01 de junho de 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *Mudança climática ameaça autodeterminação de ilhas do pacífico*. 2015. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/mudanca-climatica-ameaca-auto-determinacao-de-ilhas-do-pacifico-afirma-onu-em-conselho-de-direitos-humanos/>. Acesso em 18.05.2015.
- VIEIRA, Ligia Ribeiro. *Refugiados ambientais: desafios à sua aceitação pelo direito internacional*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 2012 (Dissertação de Mestrado em Direito).

NOTAS

1. Texto publicado originalmente em janeiro de 2015, na Revista Veredas do Direito, v. 12, n. 24. Foi atualizado e revisado para esta publicação.
2. O comentário de Guy Goodwin encontra-se disponibilizado no seguinte endereço eletrônico das Nações Unidas: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/prsr/prsr_e.pdf>. Acesso em 22/01/2013.
3. Para saber mais sobre quem pode ser considerado refugiado e como interpretar as disposições acerca de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política, consultar o *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado*, das Nações Unidas (2013), disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em 01 de junho de 2015.
4. A Convenção não se aplica àqueles para quem existem razões sérias para se pensar que cometeram crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, ou ainda sérios crimes de direito comum. A Convenção também não se aplica aos refugiados que se beneficiam da proteção ou assistência de uma Organização das Nações Unidas, nem aos refugiados que têm um estatuto equivalente aos nacionais no seu país de asilo.
5. O texto da Convenção, em sua língua original, afirma o que segue: “Recognizing and affirming that all human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person, and that the human person is the central subject of human rights and fundamental freedoms, and consequently should be the principal beneficiary and should participate actively in the realization of these rights and freedoms [...]” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).
6. Segundo o texto expresso da Conferência, em sua língua original, “The World Conference on Human Rights reaffirms the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Charter of the United Nations, other instruments relating to human rights, and international law. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question. In this framework, enhancement of international cooperation in the field of human rights is essential for the full achievement of the purposes of the United Nations. Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of Governments.” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).
7. Para saber mais, consultar o sitio eletrônico do Instituto: <www.worldwatch.org>. Acesso em 15 de junho de 2015.

‘MEDDLING OUTSIDERS’? HARMFUL TRADITIONAL PRACTICES, *PACTA SUNT SERVANDA*, AND THE DILEMMA OF HUMAN RIGHTS PRACTITIONERS

Leonardo Soares Nader

BA Hons International Relations and Security Studies (University of Bradford); MA International Law and Human Rights (University of Peace); MSt International Human Rights Law (University of Oxford); International legal professional with 15 years of international human rights work experience in UN peace operations and in institutions like OHCHR, UNHCR, OAS and the ICC; Former Minas Gerais Undersecretary for Human Rights Protection and Advocacy.

ABSTRACT

The article looks into the difficult debate regarding the legitimacy and lawfulness of interventions against so-called ‘harmful traditional practices’, seeking to expose international law practice regulating culture, tradition and belief against the background of rights. The article explores the legal and moral objections against human rights interventions on issues of harmful traditional practices, and argues for an emphasis on positive legal obligations as a legitimate basis for outside intervention.

Keywords

Human rights treaties, harmful traditional practices, universality, cultural relativity, *pacta sunt servanda*.

1. INTRODUCTION

From early stages in their academic exploits, and through reiterated encounters in their careers, human rights practitioners have to deal with the relationship between human rights and culture. Through the many focus topics, human rights systems, and geographical areas in which human rights work is conducted, issues of bias, subjectivity, power and domination often are raised as challenges for the universal application of human rights norms, as well as used as a mirror to question human rights practitioners as agents of that universality.

Within the pervasive, still-ongoing debates on universality and cultural relativity; in few topics is this debate more prevalent than when discussing ‘harmful traditional practices’, as

debates on their legality under international law, State obligations in addressing them, and the legitimacy of international, out-of-culture actors in bringing them into question; tend to reprise the wider jusphilosophical debate, but often with a face and a cause to be emotional about. When dealing with these issues in field contexts, human rights practitioners often have to deal with more than the intellectual rigours of this debate: often, issues of security, access, protection of staff and collaborators and relationship with institutional partners also interfere in the decision-making processes guiding *in-country* human rights work.

The moral and legal connotations of the dilemma between what is legally mandated and what is expedient, or possible; inspired the study below, which aims to identify the issue of harmful traditional practices within this universality-relativism debate and beyond, in a soul-searching effort to understand the moral standing of international human rights practitioners to deal with these practices. To do so, the article will delve into cultural relativistic and post-modern critiques of universal rights and those practitioners seeking to enforce them, identifying key criticisms and tension points as applicable to practitioners. To counter these claims, the article will look at the *pacta sunt servanda* nature of international law as a jusphilosophical bulwark, looking into the content of human rights law pertaining to harmful traditional practices in an attempt to uncover a moral, principled approach that allows practitioners to address their duties in a fashion that minimizes stalemate-generating criticism. The article will also use emerging professional

standards for field human rights officers as a guide for ethics and practice, discussing different types of interventions and attitudes applicable to them. In particular, this work will discuss whether international practitioners should engage in the individual protection of (would-be) victims of harmful traditional practices, particularly those in imminent danger; and if so; whether international law and professional standards offer a guide on how to best do it.

2. DEFINING 'HARMFUL TRADITIONAL PRACTICES'

Taken at plain meaning, the term 'harmful traditional practices' can encompass anything from the use of high-heel shoes in Western countries to 'honour killings' in several Asian societies, insofar as tangible damage or harm can be attributed to tradition. It is challenging to place together practices separated by their individual cultural contexts, and then address objectively whether they cause 'harm' -- the latter term, itself, requiring definition.

It is perhaps not a matter of semantics that the term 'harmful traditional practices' came to be so prominently used. It is often used as shorthand to a cluster of terms revolving around the common stems 'traditional practices harmful to (...)' and 'traditional practices affecting (...)', which refer to specific protected groups. Using 'harmful traditional practices' as a term avoids answering two problematic questions: harmful to what and to whom?

To cite but a few examples, the relevant Special Rapporteur mandate was entitled "traditional practices affecting the health of women and the girl child" (Warzazi 2005), there is an 'Inter-African Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children', the Convention on the Rights of the Child (CRC) refers to "traditional practices harmful to the health of children" (United Nations 1989, art 24.3). The seminal Fact Sheet 23 published by OHCHR in 1995 uses "Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children" as a title (OHCHR 1995, title).

Linklater comments that, if States often differ on a conception of good, they seem to have reached in international human rights law a form of moral consensus regarding certain forms of harm that should be eradicated. While the

term 'harm' continues to be morally ambiguous and essentially contested, Linklater argues that international law is right to restrict the focus to prohibiting actions which cause grave mental and bodily harm, as going further may pose difficulties in the level of international consensus and on the resulting relationship between State and individual (Linklater 2005, p.330).

Milovanovic defines harm as

the expression of some agency's energy to make a difference to others and it is the exclusion of those others who in the instant are rendered powerless to maintain or express their humanity (Milovanovic 2006, p.83).

He identifies two forms of harm: 'harms of reduction' occur when an offended party experiences a loss of some quality relative to their present standing (Milovanovic 2006, p.84). In turn, 'harms of repression' occur when an offended party experiences a limit or restriction preventing them from achieving a desired position or standing (Milovanovic 2006, p.85) – accounting for structural harms involved in discrimination processes.

The Institute on the Rights of the Child defines 'practice' as "following an action rule on a moral or social level" (Institute International des Droits de l'Enfant 2010). This practice is considered 'traditional' when

it is rooted in a way of thinking, of doing or of acting that is an inheritance from the past" (...) considered compulsory in the process of inclusion of the individual or its family in the community, or is considered beneficial (Institute International des Droits de l'Enfant 2010).

From a human rights perspective, two points stand out: the emphasis on the practices' impact on health, and the limitation of the affected group to women and children. Regarding the former, it seems obvious that several practices affect whether participants can attain the highest standard of health. However, as will be demonstrated, traditional practices can affect a whole array of rights, including civil and political ones.

Equally, the emphasis on women and children narrows the issue to two groups that, albeit differentially and disproportionately affected, are not the sole targets of traditional practices affecting human rights. An UNMIL

periodic report, for example, portrays HTPs in a less discerning way: ritualistic murder, trial by ordeal, mass violence through 'country devil' ceremonies, and accusations of witchcraft all affected men as well as women (United Nations Mission in Liberia 2008, p.53).

The root of the definitional impasse lies in the inception of the international concern against female genital mutilation (FGM) in its various forms. In the negotiations preceding the CEDAW, a number of countries proposed that the provision dealing with HTPs specifically refer to the practice of FGM (Hodkin & Newell 2002, p.365). This proposal was opposed on the grounds that it would be wrong to single out one particular practice (Hodkin & Newell 2002, p. 365).

The term 'harmful traditional practices' was adopted in article 24(3) of the CRC to avoid highlighting any specific practice, as well as to prevent any practices from being unintentionally excluded (Van Bueren 1995, p. 28). According to Van Bueren, although the term is broad, it is specifically descriptive to include all HTPs (Van Bueren 1995, p. 28).

The impact and prevalence of FGM made it a priority and prominent poster-item to the cause. Fact Sheet 23 specifically incorporates language from feminist theory to claim that:

The bleak reality is that the harmful traditional practices focused on in this Fact Sheet have been performed for male benefit. Female sexual control by men, and the economic and political subordination of women, perpetuate the inferior status of women and inhibit structural and attitudinal changes necessary to eliminate gender inequality (OHCHR 1995, p.2).

While fully appreciating that women and girls are disproportionately affected in both scale and gravity, and noting the urgency of tackling women/girl-specific HTPs, this work proposes that the term 'harmful traditional practices' needs broadening. A more correct terminology could, therefore, be 'traditional practices harmful to the enjoyment of individuals' human rights'. Grounding it on human rights, rather than on health, and removing the group qualifier, allow for a more systematic correlation of what is harmed – the enjoyment of human rights – and unpack the substance of possible remedies and corrections. Limiting traditions through human rights law, with its codified nature based on voluntarily-ratified norms, seems more precise

than debates around essentially-contested concepts.

3. THE WIDER 'RELATIVITY VS. UNIVERSALITY' DEBATE

Any kind of human rights intervention in matters relating to culture or tradition tends to raise objections from a variety of critics. These objections are often fiercer when discussing the legitimacy of interference by 'meddling outsiders' to a particular culture. Indeed, debate about the universality of human rights norms vis-a-vis social mores in each individual culture is as old as human rights itself. As the world unveiled the Universal Declaration in 1948, the American Anthropological Society published its own note scoffing at the very idea of universal norms, denouncing it as the "newest facet of colonialism" (American Anthropological Society, apud Merry 2003, p. 3).

The debate has not subsided to this date, although it developed nuances beyond the scope of this work. In general terms, the argument revolves around whether the norms contained in the Universal Declaration of Human Rights can indeed claim to represent values espoused by the whole of humanity, and whether this is at all possible or desirable.

Baaz describes that, by tradition, the universalist notion of human rights has been founded on some version of 'natural law', in its ancient Greek, early Christian or medieval Catholic conceptions, where an essential human nature dictates certain moral standards to govern human relations, which can be deduced by reason, (Baaz 2009, p. 9). On the other hand, with the move from jusnaturalism into positivistic legal thinking, the incorporation of human rights as norms in the international legal system added the guise of a more voluntaristic arrangement. The same holds true of the UDHR, drafters of which included prominent figures from Chinese, Middle Eastern, Marxist, Hindu, Latin American and Islamic backgrounds (Ignatieff 2001, p. 106). The voluntaristic understanding of international law, based on the sovereign equality of nations to negotiate and freely choose to be bound by international norms, presents a compelling argument for their enforcement uniformly across all state parties.

Conversely, culture-based objections to universality consist of cultural relativism,

essentialism or determinism (Booth 1999, p.36). In general terms, these approaches converge around the idea that culture so colours a society's rationality, coherence and set of values, that ideas such of human rights can only be interpreted in its context (Booth 1999, p.37).

According to Baaz, such ideas hold that human beings are so shaped by culture that they are unable to rise above its truths. Thus, there exists no neutral ground to judge such beliefs and each society is entitled to live by them (Baaz 2009, p.23). Yet, as intractably irreconcilable as these positions seem to be, there has been renewed energy from both sides to recognize the terrain between them as fluid and rich (Fluehr-Lobban 1998, pp.1-20).

Universalists have tried to understand the interplay of culture into the realization of rights as situated social action: rights to culture, rights as culture, culture versus rights, and culture as a way of improving analysis of rights (Cowan et al. 2001, pp. 1-26). There have been efforts to develop what is known as a minimal universalism, which recognizes moral plurality but seeks to evaluate such systems based on values deemed universal (Ribeiro 2006, p.13). The Committee on CESCRR in its general comment on participation in cultural life acknowledges that culture as “a living process, historical, dynamic and evolving, with a past, a present and a future”, which must not be seen as “a series of isolated manifestations or hermetic compartments” (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights 2009, para.12). Similarly, advances in anthropology since 1945 makes dialogue of the field with human rights a much less daunting task. As Merry points out:

The contemporary anthropological understanding of culture envisions a far more fluid, contested, and changing set of values and practices than that provided by the idea of culture as tradition. (...) Local systems are analysed in the context of national and transnational processes and are understood as the result of particular historical trajectories. This is a more dynamic, agentic, and historicized way of understanding culture (Merry 2003, p.22).

4. POSTSTRUCTURALIST CHALLENGES TO OUTSIDE INTERVENTION

Objections to outside intervention, however, are not only based on standard

cultural relativism, as the type described above. Other perspectives question motivations behind the narratives espoused by human rights international institutions. This segment will devote a few paragraphs to describe these challenges, focusing on the postmodern narrative analysis, identitarian challenges, post-colonial thought, subaltern speech, and of Orientalism as a mode of dominance discourse. These brief descriptions will then be used as lenses with which to see and interpret 'outside' human rights intervention.

Foucault has influenced a whole movement within academia that focuses on discourse analysis, coring the power relationship out of the discourse meanings, expressed through language and behaviour and their relationship to power. Through his genealogical work, Foucault sought to uncover how discourse was produced to govern social groups, and how the social world, as expressed through language, is affected by various sources of power (Diaz-Bone et al. 2007). Categorizations, relationships (personal and institutional), politics and ideology come into scrutiny. As the postmodern wave sweeps through academia, grand-narratives are put into question, foundation structures made relative, and issues of protagonism, symbols and representation are raised from superfluous to central in the debates within each field. How human rights norms came about; who participated in the discussions, the underlying power relationships of rule formation and implementation, and the forms of discourse used to reinforce, mask or misdirect from them, became focus of critique.

De-colonial critics, for example, focus on the western-centric nature of the philosophy underpinning much of international relations, international law, and human rights law in particular. They point to a Universal Declaration of Human Rights drafted at a time where colonialism was still dominant in much of the world, and which extensively borrowed language from Western constitutions. They look at the global human rights organizations and point to their headquarters, their senior staff composition, the source of their funding and the different approaches they adopt in southern and northern nations; and see these as a direct continuation of the underlying power relationship present during colonial domination.

Franz Fanon's work was a landmark in de-colonial thought, focusing on the inferiority

complex imposed upon the Black Subject, so that they attempt to appropriate and imitate the culture of the colonizer; attempting to put on what he calls "white masks" (Fannon 1952). In colonizing cultures, the attempt to associate "blackness" with "wrongness" is embedded in social practices; with language being used as a tool to shape slave and master identities (Fannon 1952, p.11). In this context, the proscription of harmful traditional practices may be portrayed as masking an attempt to identify non-white practices with barbarism, aimed to perpetuate a sense of inferiority among non-western folk, essential for western continuous dominance.

Edward Saïd's influential concept of Orientalism takes matters further, noticing how warped outside-perceptions of Eastern cultures and practices, shaped by European colonial and imperial attitudes, were fomented through art and academia. By essentializing the Oriental 'other', Western civilization engages in the self-affirmation of its own narrated self; becoming itself a tool of political domination (Saïd 1978, pp.2-3). The presentation of certain practices as 'traditional' acts to depict these societies as tradition-focused, opposite to the 'modern' Western societies; instilling a sense of exoticism and remoteness associated with them; while the worldly, presumed western human rights practitioner ventures forth to address these violations wherever they are found (Saïd 1978, p.26). That frames the Orient, and the Global South as a whole, as a frame and a stage for perpetual Western protagonism.

Another influential de-colonialist writer, Gayatri Spivak, takes issue with the power relations between those aiming to speak for victims, and the victims themselves. In the influential essay "May the Subaltern Speak", she describes efforts by the West to conserve itself as 'Subject', perpetuating 'epistemic violence' that keeps the colonial subject in a position of otherness (Spivak 1988, p. 76). She describes how certain segments are 'historically muted' by intellectuals in order to be made objects in their studies:

In seeking to learn to speak to (rather than listen or speak for) the historically muted subject, the post-colonial intellectual systematically 'unlearns' female privilege. This systematic unlearning involves learning to critique postcolonial discourse with the best tools it can provide, and not

simply substituting the lost figure of the colonized (Spivak 1988, p. 91).

To exemplify her main argument, Spivak addresses the practice of *sati*, the self-immolation of widows in their husband's funeral pyres. She considers the British abolition of the practice as a classic narrative of "white men saving brown women from brown men"; being counterpointed only by a nativist narrative of the women actually wanting to die (Spivak 1988, p.92). To Spivak, these sentences justify one-another; with the 'muted-subject's' discourse never achieving a protagonist role (Spivak 1988, p.91). She notes that the protection of women in these contexts becomes the signifier for the establishment of a "good" society, "which must, at such inaugurative moments, transgress mere legality or equity of legal policy" (Spivak 1988, p.94). This good society, of course, exists as a construct from colonial place-of-speech.

Applied to human rights scholarship, de-colonial thinking has produced strong critiques of human rights practice. Chief among them are those of Makau Mutua, who describes human rights doctrine as "fundamentally eurocentric", and a "telling testament to the conceptual, cultural, economic, military and philosophical domination of the European West over non-European peoples and traditions" (Mutua 2002, p. 154). He cites the genealogy of human rights jurisprudence from Western sources, the influence of western liberal thought and the borrowed language from the American Bill of Rights and the French Declaration of the Rights of Men as proof of this fundamental bias (Mutua 2002, p. 154). Despite well-meaning proponents, for Mutua modern human rights practice falls within the historical continuum of the European colonial project in which whites pose as the saviors of a benighted and savage non-European world:

The white human rights zealot joins the unbroken chain that connects him to the colonial administrator, the Bible-wielding missionary, and the merchant of free enterprise. Salvation in the modern world is presented as only possible through the holy trinity of human rights, political democracy, and free markets (Mutua 2002, p. 155).

Mutua charges mainstream human rights institutions with rebuking attempts to reconstruct human rights from a multicultural perspective, claiming their goal is to remake

“non-Europeans into little dark, brown and yellow Europeans – in effect dumb copies of the original”. (Mutua 2002, p. 155) He sees this as a tool to re-entrench and revitalize ls and “the international hierarchy of race and colour in which whites (...) are the models and saviours of non-whites, who are victims and savages” (Mutua 2002, p. 155). He gives the harmful traditional practice of female genital mutilation as a specific example:

Perhaps in no other area than in human rights advocacy over the practice labeled in the West as female genital mutilation (FGM) is the cultural arrogance of the European West more poignant. “Mutilation” implies the willful, savage, and sadistic infliction of pain on a hapless victim. It is language that stigmatizes as barbaric cultures that condone the practice and dehumanizes the women who are subjected to it. This formulation decontextualizes the cultural foundation of the practice and promotes the stereotype of barbaric machete-wielding natives only too eager to inflict pain on women in their own societies. It is a view that is racist (Mutua 2002, p.155).

Boaventura Souza Santos may offer a more conciliatory critique. He identifies modern human rights as marked by three essential tensions: between social regulation and social emancipation; the dialectical tension between State and Society; and between the Nation State and what we call Globalization, the latter being identified by Santos as a context in which human rights developed as part of global governance and global civil society (Souza Santos 2002, pp.39–41). His work attempts to reconcile human rights with its double context of globalization, on one side, and cultural fragmentation and identity politics, on the other. He sees trends of ‘localized globalisms’ and ‘globalized localisms’, both feeding a trend of cosmopolitanism, the “cross border solidarity among groups that are exploited, oppressed or excluded by hegemonic globalization (...) and the emergence of issues which, by nature are as global as the globe itself” (Souza Santos 2002, pp.42–43). Globalization may be hegemonic, from above, or counter-hegemonic, from below. He sees a role for human rights as an emancipatory script, if done as part of cosmopolitanism. However:

As long as human rights are conceived as universal, they will operate as a globalized localism, a form of globalization from above

(...) will be an instrument of (...) the struggle of the West against the rest. To operate as a cosmopolitan, counterhegemonic form of globalization, human rights must be reconceptualised as multicultural, (...) a precondition for a balanced and mutually reinforcing relationship between global competence and local legitimacy (Souza Santos 2002, p. 44)

For human rights to become cosmopolitan, Souza Santos considers imperative transcending the debate on universalism and cultural relativism; a debate which he considers inherently false and whose polar opposites are equally detrimental to an emancipatory conception of human rights. Instead, he proposes:

Against universalism, we must propose cross-cultural dialogues on isomorphic concerns. Against relativism, we must develop cross-cultural procedural criteria to distinguish progressive politics from regressive politics, empowerment from disempowerment, emancipation against regulation (Souza Santos 2002, p. 46).

The criticisms espoused by de-colonial thought are often closely mirrored by the post-modern variants of other identity-entered perspectives. According to Taylor, there is a growing demand for recognition, which may be tied intrinsically to identity. Taylor argues that identity demands the recognition of others, with the lack of recognition or, more often, *misrecognition*, causing becoming the source of marginalization for certain identities (Taylor 1994, p.23). He sees this as a common thread with colonized peoples, persons of African descent in the Americas and Europe, women, and indigenous peoples, leading to the emergence of a ‘politics of difference’. He explains:

The projection of an inferior or demeaning image on another can actually distort and oppress, to the extent that the image is internalized. Not only contemporary feminism but also race relations and discussions of multiculturalism are undergirded by the premise that the withholding of recognition can be a form of oppression (Taylor 1994, p. 36).

Feminist Susan Moller Okin discussed the effects of anxiety about cultural imperialism on feminist critique. She posits that it may engender a kind of relativism that makes it difficult to represent *any* belief or practice as

oppressive to women or at odds with gender equality. Speaking of minority groups within Western Societies, she is concerned that calls for difference recognition in matters of family law or protection of cultural practices is likely to have much greater impact in the lives of women and girls, because these are often the spaces traditionally attributed to women (Okin 1999, p.15). She also suspects that in the subjugation and control of women by men may be the very aim of culture, citing female genital mutilation and the obliging women to marry their rapist as efforts by culture to control female sexuality (Okin 1999, p.13).

These are mere examples from a cluster of new challenges facing a more pragmatic, positivistic view of the current protection afforded by the international human rights system. In the next segment, this article will review the extent of obligations regarding these practices, and how much cultural leeway is afforded in their implementation.

5. RIGHTS UNDER THE GENERAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Under the ICCPR and ICESCR, State parties are required to respect, protect and fulfil human rights. The term 'respect' refers to not depriving someone of a right by action or omission (Human Rights Impact 2011). By their obligation to 'protect', States are required to inhibit third-party interference with their enjoyment (Human Rights Impact 2011). This must be done through the enactment and enforcement of legislation, and through other proactive measures that account for their duty to 'fulfil' human rights (Human Rights Impact 2011).

Several HTPs end with the death or permanent mutilation of the victim. The right to life and security of person is considered paramount as a precondition to the enjoyment of any other right, (UN Commission on Human Rights 1982). It is non-derogable, applicable even in wartime, and makes no exception for cultural grounds (UN Human Rights Committee (CCPR) 1988, para.1).

Other practices that, albeit not causing permanent damage, cause substantial pain, take place with the knowledge of agent of the State, and are inflicted as punishment, may be within the CAT definition of torture (Nowak 2008,

para.54). It is the case of trials by ordeal, which also harm several fair trial guarantees protected in ICCPR. Unequal or partial enforcement of these norms – often turning a blind eye when these are practiced in certain contexts (gender, background) – may amount to discrimination. Other affected rights include the right to the highest attainable state of health – the case with force-feeding, FGM or foot-binding – and the right to consent to marriage.

5.1. Vienna Declaration, CEDAW and CRC

Central to the organization of the human rights movement since 1993, the Vienna Declaration had already pointed to the importance of the elimination of gender bias and:

the eradication of any conflicts which may arise between the rights of women and the harmful effects of certain traditional or customary practices, cultural prejudices and religious extremism (United Nations World Conference on Human Rights 1993, para. 38)

Both the CEDAW and CRC conventions also contained elements of such boldness. Article 5(a) of CEDAW creates a positive obligation for state parties to take appropriate measures to:

modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women (United Nations 1981, art 5(a)).

The obligation to take 'appropriate measures' does allow some deference to national and cultural contexts and permits sovereign decision-making on the manner in which to approach the goal. The CEDAW Committee has, in practice, been stern on such justifications. Article 1 of CEDAW defines 'discrimination against women' as

any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms

in the political, economic, social, cultural, civil or any other field (United Nations 1981, art 1).

Taken literally, this definition makes it very difficult to justify omission in applying to women the same protections that are afforded to men in situations where great bodily harm is inflicted, e.g. FGM or breast ironing. As a comparison, both practices fit the definition of “aggravated assault” in several African penal codes. While non-discrimination does not necessarily require uniform treatment irrespective of circumstances, omission to enforce the law on grounds of cultural appropriateness generates a distinction tantamount to discrimination.

In addition, the CEDAW committee in its General Recommendation 21 recognizes “the importance of culture and tradition in shaping the thinking and behaviour of men and women and the significant part they lay in restricting the exercise of basic rights by women” (UN Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1994, para.3). Several other general comments and recommendations also identify FGM as a form of discrimination against women¹.

The CRC contains very detailed provisions on the relationship of cultural practices and the enactment of children’s rights. The principles of best interest, non-discrimination, the right to life, survival and development, and the right to respect for the views of the child are ‘foundation’ principles which interplay in interpreting article 24 of the CRC, recognizing the right to enjoy the highest attainable standard of health, and which mandates appropriate and effective measures abolishing traditional practices prejudicial to the health of children (Le Roux 2009, para.26). The CRC’s General Comment 4 specifies that the obligations of State parties include: “to protect adolescents from all harmful traditional practices, such as early marriages, honour killings and female genital mutilation” (UN Committee on the Rights of the Child 2003, para. 39g).

5.2 Group rights to culture and belief?

There is considerable debate as to whether certain human rights can be enjoyed by individuals only in conjunction of each other – as in rights to culture, to association and assembly – or whether collectives themselves may be

considered corporate entities, rights-holders on their own account (Kymlika 1995, pp.34–48). More eager proponents of the latter view hold that, in cases where the interest of the group’s right contradicts the wishes of an individual member, the group may develop governance mechanisms to determine as a collective the outcome of this conflict (Jovanovic 2005).

There remains the matter on whether the groups that engage in harmful practices have a collective right to manifest their culture and tradition without interference. This would be in line with the right of peoples to “freely pursue” their cultural development, and of individuals to “take part in cultural life” as stated in articles 1 and 15 of the ICESCR (United Nations 1966 articles 1 and 15). However, the Covenant itself in article 4 recognizes that such rights can be subjected to limitations, if these are lawful, compatible with the nature of the right and aimed to promote general welfare in a democratic society (United Nations 1966, art. 4). Article 5 of the same Covenant proscribes interpretation in such a way as to give any group or person

any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights or freedoms recognized herein, or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present covenant (United Nations 1966, art. 5).

It is indeed dangerous to elevate the rights of groups above that of individuals. Although individuals may associate and interact in their enjoyment of human rights, such a right remains indivisible and interdependent of the remainder of human rights, of which groups have no legitimate claim on. Ignatieff understands this universality makes “a radical demand to human groups that they should be, insofar as possible, consensual, or at least respect an individual’s right to exit when the constraints of the group become unbearable.” (Ignatieff 2001, p.109)

The Economic, Social and Cultural Rights Committee also endorses this analysis, stating in its General Comment 21 that the right to take part in cultural life involves a “decision by a person whether or not to exercise the right” (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights 2009, 39 (g), para II (7)), denoting a choice. Furthermore, it states that “while account must be taken of national and regional particularities and various historical, cultural or religious backgrounds, (...) no one may invoke cultural

diversity to infringe upon human rights" (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights 2009, para. C (18)).

The Committee then explains that limitations are necessary in particular in the context of "negative practices, including those attributed to customs or traditions that infringe on human rights (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights 2009, para.C (19))" Note that the scope here is not limited to health, or on the rights of particular groups, as is the case with CEDAW and CRC.

5.3 The legitimacy of outside-group interventions

At the outset, it must be recognized that the issue is amplified when intervention by outsiders is involved. It may lead to a closing in of the group, and over-valuation of the practice as symbolic of resistance to foreign domination. As Tharoor puts it,

in an age when wars have been waged in the name of human rights (...) and when human rights discourse is increasingly serving as a flag of convenience for other, far more questionable political agendas, (...) these objections need to be taken very seriously (Tharoor 2000, para.2)

However, as Tharoor points, the accusation of masking hidden agendas also applies to at least some of those who cite culture as a defence against human rights (Tharoor 2000, para.13). Arguments that seek to essentialize culture ignore changes that these have undergone naturally, be it through power dynamics and social processes within cultures, through contact with outside ideas via international trade, travel and other relations, as well as through participation in interstate relations as a sovereign nation and subject of international law.

The *pacta sunt servanda* nature of international law avoids the cultural imposition argument by the underlying sovereign assumption behind a State's choice to adhere to a human rights treaty. As these obligations are *erga omnes*, this provides some legitimacy to other States to question state compliance to the agreed-upon norms. This extends, by nature of the international human rights system, to international organizations and international NGOs operating legally in these countries.

It must be recognized that the language of human rights is also used internally to challenge culture and tradition. Native voices seem more legitimate advocating change, avoiding the type of misplaced protagonism described by Saïd and Spivak. One example is the Inter-African Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children. It has an in-group reforming voice that can act with more familiarity and moral authority. Its 24 national committees engage with government and practitioners to develop action plans to eradicate the practices. They nevertheless use the language of universal rights, but their regional and national character grant an in-depth understanding of the local context, and added legitimacy to its interventions.

It is rightly so that universality incorporates national contexts. As Baaz points out, both implementation and enforcement of human rights have been almost completely national by nature (Baaz 2009, p.8). It is through properly inclusive national dialogue, developing the national ownership of the idea to change practices, that enduring change can be produced.

6. ROLES FOR INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PRACTITIONERS AND ORGANIZATIONS

Operating within the bounds of mutually-contracted obligations may avoid toxic narratives on civilization and barbarism, cultural inferiority and other toxic undertexts that reinforce a counter-universalist backlash. This reverberates in unison with the state-building nature of human rights work, so that the intervention may be phrased in these terms rather than as a critique on culture itself. It is in this context of cooperating with the State in order for it to meet its human rights obligations that human rights practitioners are capable of interacting with parliamentarians, activists, civil servants and local groups to discuss traditional practices. A few of these tasks are outlined below.

6.1 Monitoring and Reporting

The practice of monitoring and reporting lies at the base of any protection intervention, as part of a strategy to increase the chances that the violations witnessed by human rights practitioners will lead to accountability. Monitoring – the physical presence of human

Dialogical practices in monitoring would emphasize muted voices within the country contexts, with reports containing quotes from local victims, activists and opinion-framers. Reports may also introduce case studies and regional comparisons on how States with similar issues dealt with challenges of implementation. Report dissemination among the national and regional public is also essential; as introspective reports, or those geared to the technical audiences in Geneva and New York, may reinforce colonialist perceptions.

By the very nature of rights and freedoms, people are free to do as they please, unless they are bound by law to do otherwise. Practices not forbidden are permissible practices. Ergo, if a practice is harmful to the rights of others, it must be outlawed or regulated through law so that it ceases to be damaging. All other efforts to eliminate the practices will be ambiguous if the practice remains legal on the books. The UN Special Rapporteur on Harmful Traditional Practices herself recommended that, although measures should be accompanied by information and awareness,

"states should accelerate the drafting of legislation that outlaws all forms of violence against women and girls, including harmful traditional practices, and prescribes penalties that are commensurate with the gravity of such acts (Warzazi 2005, para.89)."

Legislation is a sovereign prerogative and, assuming democratic freedoms as the best-case-scenario; a dialectic and dialogical process with broad social participation. The *pacta sunt servanda* approach entails disseminating treaties, general comments and international case law on an isonomic basis to all stakeholders in the process, particularly those aiming for compliance. When hearings and technical processes invite input, using these channels to raise national cases and to highlight the work of national or regional activists engaging with the issues, may also be a dialogical basis for intervention.

So far, the issue has been discussed as if the impetus for change and reform came exclusively from outside. This is seldom the case: even in closed societies, there are voices seeking reform and emancipation, and these voices are increasingly speaking the language of human rights. These voices tend to be forgotten in international debates on the issue. The person victimized by the practice, those rising against them, remain valid in-culture voices to determine what exactly such culture is or prescribe. Assuming that only those holding the knife may speak for culture is the main weakness of the essentialist argument.

International human rights organizations may have a role in the development of their national counterparts, facilitating access to

resources, materials and capacity-building; fostering national dialogue, sponsoring the elevation of *in-culture* voices against certain practices, and projecting these local voices and case-studies into the wider network of global efforts. In this way, the intervention is still framed on international treaty obligations, with national sovereign and grassroots protagonism respected. Such approach is also more resilient in the longer term, as it invests in a native human rights capacity that may transcend the outside organizations' engagement, or even the boundaries of the project's specific goals.

6.4 Protection of Individuals

The technical cooperation actions outlined above tend to be generally uncontroversial to governments and national counterparts, or at least to those who are on the reformist side of the agenda. Reporting publicly on human rights issues tends to have a little more 'bite' to it, sometimes leading to government disavowal or societal backlash. However, far more sensitive for organizations like the U.N is the matter of interfering with the performance of harmful traditional practices in real time, in situation where it is within the capabilities of a human rights presence to thwart a planned ritual or ceremony that will cause harm to an individual. Interference in such cases carry the risk of antagonizing local counterparts or even undermining the security environment in which the organization operates locally. Would this perhaps justify that foreign human rights organization focus on the long-term changing of beliefs, without coming into conflict with those who still act upon them?

The answer here is 'no'. As Ignatieff puts it:

Rights are meaningful only if they confer entitlements and immunities on individuals; they are worth having only if they can be enforced against institutions such as the family, the state, and the church. Rights are inescapably political because they tacitly imply a conflict between a rights holder and a rights 'withholder', some authority against which the rights holder can make justified claims (Ignatieff 2001, p.108).

The definition of protection is key understanding the scope of moral interventions available to international human rights practitioners working on the field. O'Neill has argued that the concept has reached the status of a 'buzzword' for international actors

(O'Neill 2010, p.43), amongst which there is no consensus definition. The Inter-Agency Standing Committee (IASC) adopted an ICRC-led compromise position, defining protection as "all activities aimed at ensuring full respect for the rights of the individual in accordance with the letter and the spirit of the relevant bodies of law" (OHCHR Staff 2006, pp.121–122). Howen points out that this common definition, while undoubtedly correct, is "too abstract and broad to be used in an operational setting" (Howen 2007, p.35). He posits that in its common sense meaning, protection conveys the idea of "preventing or ending harm or injury, usually suffered by someone, from a particular source" (Howen 2007, p.36). This definition may also be expanded in order to consider that 'someone' may be injured as part of a group, as with the case with indigenous peoples.

Arguably, protection also includes the ethical commitment of doing no harm as well as a positive obligation to act in the face of violations, or what Ulrich brands the 'principle of beneficence'. According to him, "the commitment to protecting vulnerable subjects from exposure to harm can also, in a wider sense, be interpreted as a matter of positively alleviating or reducing the risk of harm perpetrated by others" (Ulrich 2007, p.77).

This view is reflected in the arising ethical standards for human rights field work, which, in Ethical Commitment 4, states:

Human Rights Professionals recognize their special responsibility towards the most vulnerable members of society, in particular regarding the protection, as a matter of the *highest priority*, of individuals who face *immediate* risk of grave human rights violations (Statement of Ethical Commitments 2010, Ethical Commitment 4)³

The idea behind recognizing a special responsibility does not ignore the hard choices HROs have to make regarding their intervention. Rather, it seeks to aid establishing basic priorities in situation of ethical ambiguity (Ulrich 2007, p.65). If the highest priority is to be accorded to individuals risking harm, other considerations, such as that of building relationships with the community or the political sensitivities of particular government, may need to be compromised upon.

The appropriate response to such impending cases, as per the ethical commitments applicable to human rights professionals, is that:

Human Rights professionals have a duty to react to actual and impending human rights violations that they confront and to alert their own organizations and, where appropriate, government authorities and other relevant actors (Statement of Ethical Commitments 2010, Ethical Commitment 10).

That actions may be undertaken in partnership with governmental authorities and actors, is in keeping with international legal responsibilities of States with regards to protecting rights-holders. Guiding Principle 2 complements this view, supporting not only attempting to prevent violations from occurring, but adding an obligation to ensure accountability for those that have occurred (Guiding Principles for Human Rights Field Officers 2010, Guiding Principle 2).

CONCLUSION

This article attempted a discussion of harmful traditional practices that transcends

the usual 'universality versus culture' debate by incorporating elements from the *pacta sunt servanda* nature of international human rights law. It was seen that, given the fluidness of culture and the inherent intersection between different cultures across history, it is legitimate for outside-group individuals, organizations and States to engage with their in-group counterparts to challenge the impact of such practices on the implementation of sovereignly adopted treaty obligations. Not only is this desirable, it is actually essential for the fulfilment of human rights' treaties' purpose.

The power dynamics within the culture, and the empowerment of those seeking to challenge the cultural status quo from within, seem most suited as the entry-level for support by outside partners. It is perhaps the framing of interventions, and the attitude with which one approaches the question, that will make the difference whether the intervention is from a colonialist *meddling outsider* or a global human rights advocate.

REFERENCES

- Baaz, M., 2009. Human Rights or Human Wrongs - Towards a "Thin" Universal Code of International Human Rights for the Twenty-First Century. *CERGU Working Paper Series*, 6(2).
- Booth, K., 1999. Three Tyrannies. In Tim Dunne and Nicholas Wheeler, ed. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Van Bueren, G., 1995. The International Law on the Rights of the Child. *International Studies in Human Rights*, 35.
- Cowan, J., Dembour, M. & Wilson, R., 2001. Introduction. In J. Cowan, M. Dembour, & R. Wilson, eds. *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*. Cambridge: CUP, pp. 1-26.
- Diaz-Bone, R. et al., 2007. The Field of Foucaultian Discourse Analysis: Structures, Developments and Perspectives. *Forum: Qualitative Social Research*, 8(2), p.art 30.
- Fannon, F., 1952. *Black Skin, White Masks*, Sidmouth: Pluto Press.
- Fluehr-Lobban, C., 1998. Cultural relativism and universal human rights. *MuNotesseum of Natural History Anthro*, 20(2), pp.1-20.
- Guiding Principles for Human Rights Field Officers, 2010. Guiding Principles for Human Rights Field Officers Working in Conflict and Post-Conflict Environments. In M. O'Flaherty & G. Ulrich, eds. *The Professional Identity of the Human Rights Field Officer*. Farham: Ashgate Publishing, pp. 419-436.
- Hodkin, R. & Newell, P., 2002. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child (fully revised version)*, UNICEF.
- Howen, N., 2007. The Fundamental Protection Function of the Human Rights Field Operation. In M. O'Flaherty, ed. *The Human Rights Field Operation: law, theory and practice*. Hampshire: Ashgate Publishing, pp. 31-46.
- Human Rights Impact, 2011. Respect/protect/fulfil entries. *Human Rights Glossary*. Available at: http://www.humanrightsimpact.org/hria-guide/glossary-of-terms/resources/view/7/user_hria_terms/ [Accessed August 22, 2017].
- Ignatieff, M., 2001. The Attack on Human Rights. *Foreign Affairs*, 80(6).
- Institute International des Droits de l'Enfant, 2010. *Children Victim of Harmful Traditional Practices*,
- Jovanovic, M., 2005. Recognizing Minority Rights Through Collective Rights. *Human Rights Quarterly*, 27(2), pp.625-651.
- Kymlika, W., 1995. *Multicultural Citizenship a Liberal Theory of Minority Rights (Chapter 3: Individual Rights and Collective Rights)*, Oxford: Claredon Press.
- Linklater, A., 2005. The harm principle and global ethics. *Global Society*, 20(3).
- Merry, S., 2003. Human Rights and the Demonization of Culture (and Anthropology along the Way). *Polar: Political and Legal Anthropology Review*, 26(1), pp.55-77.
- Milovanovic, D., 2006. Legalistic Definition of Crime and an Alternative View. *Annals of Belgrade Law Faculty*, 2006, *International Edition*.
- Mutua, M. wa, 2002. *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Nowak, M., 2008. *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*,
- O'Flaherty, M., 2007. Human Rights Field Operations: An Introductory Analysis. In M. O'Flaherty, ed. *The Human Rights Field Operation: law, theory and practice*. Hampshire: Ashgate Publishing, pp. 1-30.
- O'Neill, W., 2010. The Guiding Principles for Human Rights Field Officers Working in Conflict and Post-Conflict Environments: A Commentary. In M. O'Flaherty & G. Ulrich, eds. *The Professional Identity of the Human Rights Field Officer*. Farham: Ashgate Publishing, pp. 33-48.
- OHCHR, 1995. *Fact Sheet N°. 23: Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*,
- OHCHR Staff, 2006. Protection in the Field: Human Rights Perspectives. In B. Ramcharan, ed. *Human Rights Protection in the Field*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 119-126.
- Okin, S.M., 1999. Is Multiculturalism Bad for Women ? In S. M. Okin, ed. *Is Multiculturalism*

- Bad for Women*. Princeton: Princeton University Press, pp. 7-24.
- Ribeiro, E., 2006. Direitos Humanos e o Pluralismo Cultural: Uma Discussão em Torno da Questão da Universalidade. *Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*.
- Le Roux, L., 2009. *Harmful Traditional Practices (Male Circumcision and Virginity Testing of Girls) and the legal rights of children*. University of Western Cape.
- Said, E.W., 1978. *Orientalism*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd.
- Souza Santos, B. de, 2002. Toward a Multicultural Conception of Human Rights. In B. Hernandez-Truyol, ed. *Moral Imperialism: a critical anthology*. New York: New York University Press.
- Spivak, G.C., 1988. Can the Subaltern Speak? In C. Nelson & L. Grossberg, eds. *Marxism and the Interpretation of Culture*. Basingstoke: Macmillan Education, pp. 271-313.
- Statement of Ethical Commitments, 2010. Statement of Ethical Commitments of Human Rights Professionals. In M. O'Flaherty & G. Ulrich, eds. *The Professional Identity of the Human Rights Field Officer*. Ashgate Publishing, pp. 437-440.
- Taylor, C., 1994. The Politics of Recognition. In C. Taylor, ed. *Multiculturalism*. Princeton University Press, pp. 25-73.
- Tharoor, S., 2000. Are Human Rights Universal? *World Policy Journal*, XVI(4).
- Ulrich, G., 2007. Towards an Ethical Base for the Work of Human Rights Field Operations. In M. O'Flaherty, ed. *The Human Rights Field Operation: law, theory and practice*. Hampshire: Ashgate Publishing, pp. 69-86.
- UN Commission on Human Rights, 1982. *Resolution 1982/7 of 19 February 1982*,
- UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, 2009. *General Comment 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para 1 (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Right*,
- UN Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1994. *General Recommendation N°. 21: Equality in Marriage and Family Relations*,
- UN Committee on the Rights of the Child, 2003. *General Comment N°. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child*,
- UN Human Rights Committee (CCPR), 1988. *General Comment No 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence and Protection of Honour and Reputation*, 8 April 1988,
- United Nations, 1981. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*,
- United Nations, 1966. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*,
- United Nations, 1989. *UN Convention on the Rights of the Child*,
- United Nations Mission in Liberia, 2008. *Report on the situation of human rights in Liberia -- November 2007 June 2008*,
- United Nations World Conference on Human Rights, 1993. *Vienna Declaration and Programme of Action: Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993*,
- Warzazi, H.E., 2005. *Ninth report and final report on the situation regarding the elimination of traditional practices affecting the health of women and the girl child*,
- Author information: Leonardo Soares Nader; 35 Rua dos Pinheiros, Alphaville 03, Nova Lima - MG; Brasil, 34018-082; +5531971576510, leonardo_snader@hotmail.com.

NOTES

1. See CEDAW Committee General Recommendations 14, 19, and 21.
2. IDDE, n. 12, 8.
3. Emphasis mine.

DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO?

.....

Magno Gomes de Oliveira

Juiz de Direito do TJCE e Professor da ESMEC; Doutorando em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa; Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pela Universidade de Coimbra (2019), com Curso de Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Universidade Georg-August de Göttingen (2019); Mestre em Direito Constitucional pela UFC (2005); Especialista em Processo Penal pela ESMEC (2003) e em Processo Civil pela UNIFOR (1996).

RESUMO

O presente estudo versa sobre direito ao esquecimento e sua análise em cotejo com os direitos fundamentais, com breve exposição histórica destes, e subsequente delimitação objetiva do direito de ser esquecido. O instituto será contextualizado no plano da Europa Continental, como foco nas concepções desenvolvidas na Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal. Adiante, examinaremos o direito ao esquecimento à luz da Constituição brasileira, com breve indicação de seu âmbito de abrangência no ordenamento infraconstitucional. Finalmente, após a abordagem de alguns casos de direito ao esquecimento que foram dirimidos pelo STJ e pelo STF, serão ofertadas as conclusões do articulista.

Palavras-chave

Direitos fundamentais; direito ao esquecimento; bases normativas e jurisprudência.

ABSTRACT

The present study deals with the right to be forgotten and its analysis in comparison with fundamental rights, with a brief historical exposition of these, and subsequent objective delimitation of the right to be forgotten. The institute will be contextualized in Continental Europe, focusing on the concepts developed in Germany, Spain, France, Italy and Portugal. Further on, we will examine the right to be forgotten in the light of the Brazilian Constitution, with a brief indication of its scope in the infra-constitutional order. Finally, after approaching some cases of the right to be forgotten that were settled by the STJ and the STF, the writer's conclusions will be offered.

Keywords

Fundamental rights; right to oblivion; normative bases and jurisprudence.

1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Relatos históricos apontam que no Egito antigo e na Mesopotâmia, três mil anos antes de Cristo, já havia mecanismos para defesa de direitos perante o Estado, e há quem defenda que o Código de Hamurabi teria sido a norma matriz a reconhecer um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como vida, propriedade, honra, dignidade e família. Além disso, previu também a supremacia das leis em relação aos governantes¹. Milênios depois (500 a.C.), a ideia de igualdade entre os homens foi retomada sob a influência filosófico-religiosa de Buda, e também a Grécia antiga muito refletiu sobre igualdade e liberdade do homem, participação política dos cidadãos², e sobre um direito natural anterior e superior às leis escritas. O tema também foi objeto de interesse no direito romano, o qual previu complexo mecanismo de interditos para tutelar os direitos individuais e conter arbítrios estatais. Nesse sentido, sustenta-se que também a Lei das doze tábuas consagrou os direitos fundamentais à liberdade, à propriedade e à proteção aos direitos do cidadão.

A Idade Média, apesar do feudalismo e da rígida separação de classes, viu nascer a *Magna Charta Libertatum* (1215)³, sucedida por diversos diplomas que reconheceram direitos humanos fundamentais frente poder estatal, durante a Idade Moderna. Nesse sentido, a doutrina assinala: *Petition of Right* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), *Act of Settlement* (1701), Declaração de Direitos de

Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que proclamou os direitos fundamentais de igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, além de ter proclamado os princípios da legalidade, reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa, e de livre manifestação de pensamento. Por óbvio, tal diploma inspirou a Constituição francesa de 1791. Frise-se que a cristalização dos direitos fundamentais prosseguiu durante o constitucionalismo liberal do Século XIX, que deu origem à Constituição espanhola (1812), à Constituição portuguesa (1822), à Constituição belga (1831) e à Declaração de Direitos da Constituição francesa (1848), e com o despontar do Século XX vieram novas Cartas constitucionais fortemente marcadas por preocupações sociais, tais como a Constituição mexicana (1917), a Constituição alemã (1919), a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), a Lei Fundamental soviética (1918) e a Carta do Trabalho italiana (1927).

Naturalmente que a inserção dos direitos fundamentais em diplomas constitucionais tinha o escopo de limitar o poder estatal e assegurar liberdades mínimas aos indivíduos, e daí se infere que direitos fundamentais são aqueles reputados necessários à concretização das normas internas de direito público que cada Estado erige para vigorarem em seu território. Representam, portanto, o mais relevante núcleo de direitos humanos de uma ordem jurídica positivada, e seu alvo precípua é preservar a dignidade humana. Não à toa Canotilho leciona que os direitos fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”⁴. Pontua mais que os direitos fundamentais não são apenas um limite do Estado, são também uma tarefa do Estado, que deve defendê-los garanti-los⁵. Na mesma trilha, Bobbio pondera que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁶. Canotilho e Vital Moreira arrematam que os direitos humanos se distinguem dos direitos fundamentais porque estes são constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento interno, e aqueles prescindem de posituação

para integrar o rol de direitos da coletividade⁷. Em sentido idêntico se posiciona Sarlet,⁸ invocando inclusive das lições de Jorge Miranda e do próprio Canotilho.

2. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE DIREITO AO ESQUECIMENTO

Vivemos numa era digital, que propicia transmissão e divulgação enorme massa de dados pessoais, seja por textos escritos, seja por compartilhamentos de fotos ou vídeos voluntariamente inseridos nas redes sociais, seja ainda por mensagens de correio eletrônico, gerando autêntica proliferação de dados pessoais⁹, que tem causa no rápido desenvolvimento digital¹⁰, e permite o armazenamento exponencial de dados¹¹, ou *Big Data*. Por outro lado, da difusão das redes sociais e outros serviços *online* nasceu uma preocupante necessidade dos usuários da *web* em partilhar informações pessoais nas plataformas digitais, que recolhe os dados e depois os utiliza sem qualquer controle ou conhecimento do titular dos danos. Daí gerou-se um amplo rastro digital que continua crescendo, e não raro violando a reserva da vida privada das pessoas, que concorreram culposamente para isso¹².

Todavia, os dados pessoais têm sido explorados não apenas por sistemas de inteligência artificial, mas também por criminosos que recolhem na *web* endereços, números de telefone, números de cartões de crédito, dentre outras informações¹³, que permitem um perfilamento do titular dos dados, o qual oportuniza não apenas análise preditiva de seus comportamentos, como também o manejo de *marketing* direto, com personalização de uma publicidade que corresponda aos anseios pessoais do potencial comprador. Precisamente por isso bancos de dados formados no ciberespaço passam a ter valor intrínseco e têm sido explorados comercialmente¹⁴, gerando assim severa intrusão na autonomia da vontade dos indivíduos na escolha dos produtos e serviços que irão consumir¹⁵.

Em paralelo, há enorme facilidade de acesso aos dados pessoais de terceiros, a ponto de sustentarem alguns que a tecnologia da *web* influencia até mesmo o que recordamos¹⁶, por ser possível encontrar informação com grande nível de detalhe, ainda que por conceitos vagos, pouco concisos, e remotamente localizáveis. E daí muda-se o padrão de “esquecer por seleção” (por limites de espaço de armazenamento)

para “recordar por predefinição”¹⁷. De fato, os significativos progressos tecnológicos propiciam comunicar e partilhar conteúdos instantaneamente, inclusive com indivíduos que se encontram a milhares de quilômetros de distância, gerando permanente interação na “sociedade de controle”¹⁸. Todavia, esta mesma aldeia global¹⁹ de aparentes conveniências comporta também um lado sombrio²⁰, pois a internet nada esquece²¹, nem mesmo algumas experiências passadas que nos maltratam e que almejamos manter fora do alcance de olhares indiscretos. É nesse contexto que surge o direito ao esquecimento, o qual é objeto de preocupação central na política de Proteção de Dados da União Europeia²². Aliás, sobre o tema Reding alerta que “se um indivíduo não pretender mais que os seus dados pessoais sejam processados ou armazenados por um controlador de dados, e se não houver uma razão legítima para mantê-los, os dados deverão ser removidos do sistema”²³. O propósito é garantir aos indivíduos um maior controle sobre seus dados pessoais e inibir a apatia e conformação social ante a crescente divulgação deste tipo de dados, como se fosse uma inevitabilidade do mundo moderno²⁴.

Portanto, o Direito ao Esquecimento deriva da necessidade vital de cada pessoa determinar autonomamente a forma de desenvolvimento de sua vida, sem sofrer estigmas por condutas pontuais do passado²⁵. Por meio dele se busca conferir aos indivíduos o controle das circunstâncias em que seus dados pessoais são tratados por terceiros²⁶, assegurando-se que a reserva da sua vida privada e a sua autodeterminação informacional não sejam perturbadas²⁷. Naturalmente, o propósito é assegurar uma segunda oportunidade a todos os usuários da internet a possibilidade de se reinventarem²⁸, e por isso se impõe obstar acesso irrestrito e eterno de toda a informação disponível na rede mundial de computadores²⁹, sob pena de restarmos todos “desnudados” no mundo digital³⁰, ante a transparência absoluta das informações pessoais, especialmente as que versam sobre identidade, estado de saúde, residência, filiação partidária, situação bancária, orientação sexual³¹, dentre outras informações sensíveis. Daí resulta que o direito ao esquecimento propõe gerar no mundo virtual efeito análogo ao esquecimento neurológico, fundamental à vida e condição humana.

Ricoeur adverte que a faculdade de esquecer é uma condição do ato de recordar, acrescentando que o “poder de esquecer”³² é necessário a todas as ações e é aquilo que permite que o possuidor de memória e histórias “cure feridas, substitua o que foi perdido, e reconstrua formas fragmentadas de si mesmo”³³. Contudo, numa sociedade impregnada por câmeras que monitoram qualquer ação, frase ou palavra, e as armazenam *ad eternum*³⁴, é virtualmente impossível a faculdade de esquecer, de filtrar os conteúdos disponíveis à retina, de modo a não sermos emocionalmente afetados³⁵ e a não nos tornarmos reféns de uma verdadeira “letra escarlate digital”³⁶. Portanto, o direito ao esquecimento é a prerrogativa do indivíduo de não ser confrontado com o próprio passado³⁷, seja porque já não corresponde mais à sua *persona*, seja por não ser lícito ou moralmente defensável subtrair-lhe o controle sobre os dados que dizem diretamente respeito à sua pessoa³⁸.

No Brasil, Dotti foi o pioneiro a aludir sobre direito ao esquecimento, e preconizou tratar-se da “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-lhe a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade”³⁹. Frise-se que tal proscrição de informações não visa apenas reservar aos indivíduos os fatos inerentes a sua vida, mas também tenciona impedir que o indivíduo seja obrigado a lembrar do seu passado, ressurgindo as memórias e sentimentos relacionadas ao fato. Por isso, representa o direito de não ser periodicamente estigmatizado. Por consequência lógica o direito ao esquecimento remonta à pretensão de ex-condenados que almejam ocultar seu histórico criminal. E na esteira do Prof. Dotti, ainda que tangenciando a expressão direito ao esquecimento, Mendes e Gonet Branco o admitem quando a celebridade do passado tenciona voltar ao anonimato ou quando o condenado já exauriu sua pena, mas reconhecem a necessidade de análise do caso concreto, para fins de sopesamento entre direito à privacidade e direito à liberdade de informação e preponderância de um interesse público sobre a “dor íntima que o informe provocará”⁴⁰.

Cíntia de Lima afirma trata-se de “um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações

a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística”⁴¹. Viviane Maldonado, por seu turno, pondera que o direito ao esquecimento deve ser percebido como “a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão do anacronismo”⁴², mas salienta que seu reconhecimento pressupõe que a pessoa reconheça a relevância da informação no passado, mas exigiria uma perda do interesse público em razão do simples decurso do tempo, e por isso ter-se-ia uma “transmutação”⁴³ do interesse público, um “caráter disruptivo”⁴⁴ do referido interesse em razão do mero transcurso temporal. Assim, a informação, que originariamente ostentava interesse público, teria perdido tal qualidade, seja pelo decurso do tempo, seja em prestígio da dignidade da pessoa humana. Portanto, seu reconhecimento impõe que “inexista, no tempo atual, relevância ou interesse histórico no tocante à manutenção da informação”⁴⁵. Finalmente, Pablo Martinez preconiza que o direito ao esquecimento é “um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana”⁴⁶.

É certo, todavia, que nem todo acontecimento que causa sofrimento e tristeza deve ser retirados de uma plataforma digital pública. Rosenvald⁴⁷ sustenta que somente devem ser excluído aqueles que perturbam intensamente a pessoa (ou os seus familiares), a ponto de ansiar que o fato seja excluído do debate público ou sequer rememorado por qualquer membro da coletividade. Reflete, contudo, ser imprescindível o balanceamento entre a proteção da intimidade e as liberdades informacionais, eis que o direito ao esquecimento não propicia a ninguém o direito potestativo de submeter a sociedade à supressão de fatos ou à releitura da história (incluindo a própria história). Reconhece mais que se trata de eficiente mecanismo de controle sobre a razoabilidade do emprego dos fatos pretéritos, ou seja, a forma pela qual o evento é rememorado e a destinação a ele concedida.

Cuida-se de uma tutela em face daquilo que conhecemos como superinformacionismo, uma fórmula bombástica que combina a velocidade do pós-moderno, que dissemina toda e qualquer notícia, com a curiosidade de uma sociedade ávida pelo entretenimento. E na seara da psicologia são estudados elementos para a superação de traumas e acontecimentos pretéritos que conferem dor ao ser humano, pois o sentimento de luto decorrente de perdas ou de situações intensamente aflitivas diversas varia entre as pessoas e os grupos. Portanto, é imperativo reconhecer que existem severas dificuldades na aferição daquilo que é realmente importante para o ser indivíduo, para estipular seu tipo e grau de sofrimento, necessitando-se de uma avaliação de caráter interdisciplinar dada a complexidade das questões envolvidas⁴⁸.

Peter Fleischer⁴⁹ sustenta que o direito ao esquecimento deve ser dividido em três vertentes: a) direito de apagar os dados que a própria pessoa torna disponível na internet; b) direito de apagar as informações disponibilizadas pelo próprio usuário e copiadas/utilizadas por terceiros; c) direito de apagar os dados disponibilizados por terceiros. Contudo, em contraponto, questiona-se a colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação. Quanto a isso, Khouri preconiza que “se deve ponderar caso a caso os valores em jogo e pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação. Entretanto, se a circulação da notícia em si, na rede, nenhum interesse público traz mais consigo, a sua permanência na rede para a “eternidade” pode agravar seriamente a ofensa à intimidade da pessoa”⁵⁰. Contudo, o direito ao esquecimento não confere a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a sua própria história. Nesse sentido, Schreiber proclama: “o que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”⁵¹.

3. DELIMITAÇÃO DO INSTITUTO

A doutrina construída sobre o tema vem se cristalizando em torno de uma concepção tripartite⁵², segundo a qual o direito ao esquecimento, em primeiro lugar, serviria para designar o direito reconhecido jurisdicionalmente para evitar que o passado administrativo, judicial ou criminal do indivíduo

seja permanentemente resgatado; em segundo lugar, significaria a possibilidade de apagamento ou remoção de informações pessoais, com fulcro no direito à intimidade; e em terceiro lugar, implicaria na possibilidade de remoção de dados pessoais publicados na internet, ou a restrição de acesso a referidos dados por terceiros, através dos *sites* de pesquisa ou motores de busca. Daí se infere que a ideia central do instituto seria o “ato, processo ou efeito de esquecer”, com o propósito de não compelir ninguém a ter uma “lembrança permanente” do seu passado, em razão das novas tecnologias de processamento e de armazenamento de dados informatizados. Destarte, a privilegiar a nomenclatura mais aceita pela doutrina, expressões mais adequadas do que “direito ao esquecimento” seriam “direito de não ser forçado a lembrar”, “direito de ser esquecido”, ou “direito de silenciar eventos passados que não mais são pertinentes ao presente”⁵³.

Em paralelo a um conceito amplo de “direito ao esquecimento”, seja ao longo deste capítulo, seja ao longo do seguinte poder-se-á aludir a conceitos mais restritos que se mostrem mais apropriados à situação concreta levada a exame, tais como “direito à desindexação ou supressão de referências” (busca excluir o resultado por meio de motor de busca na internet), “direito à atualização” (busca informar as consequências do fato originariamente noticiado), “direito a não vinculação automática do conteúdo” (busca excluir um resultado obtido por motor de busca quando o critério exclusivo de pesquisa for o nome da pessoa), “direito à anonimização do envolvido” (busca excluir elementos indicativos da pessoa quando não prejudicial à informação, e caso prejudicial, busca a prevalência do direito à privacidade do titular da informação), “direito ao apagamento de dados pessoais” (busca excluir dados pessoais informados no ato de cadastramento em sítios públicos, e desde que inexistia interesse público), “direito ao isolamento” (busca a preservação da privacidade atual do que praticou ato desabonador no passado).

É natural que as pessoas só pretendam esquecer fatos dolorosos ou condutas desabonadoras, próprias ou de terceiros que lhes sejam vinculados. Quando o fato é recente ou contemporâneo, a tarefa de esquecer se revela virtualmente impossível. Assim, o esquecimento pressupõe que o fato seja pretérito, ainda que

inexista critério objetivo que propicie delimitar quão pretérito ele precise ser. De fato, é da extensão do tempo já decorrido que se poderá extrair a descontextualização da notícia e eventual predominância do interesse individual sobre o interesse público consubstanciado no direito à informação, isto porque quanto mais tempo tiver escoado maior será a possibilidade de que o fato passado interesse somente à memória individual das pessoas envolvidas e menos à coletividade⁵⁴, inclusive porque o tempo também aplaca a relevância social da informação⁵⁵, ainda que isso comporte variação a depender da pessoa envolvida, da gravidade do fato e da configuração de eventual interesse histórico, científico ou qualquer outro excepcional que justifique a preterição do direito da personalidade. Conclusivamente, o simples fluir temporal não é capaz de exaurir o interesse público acerca da informação⁵⁶.

Não se admite dúvida quanto à veracidade do evento, eis que notícias falsas não são protegidas pelo direito à informação. Por isso mesmo, as demandas envolvendo o direito ao esquecimento não comportam dilação probatória sobre o fato objeto do pedido. E se dúvida existir quanto à veracidade do fato o prejudicado deve invocar direito à reputação, honra objetiva ou social, ou mesmo à intimidade da vida privada. Aliás, eventual condenação a uma obrigação de excluir conteúdo verdadeiro ou imposição de responsabilidade civil derivada de sua divulgação não é inédita, tampouco exclusiva do direito ao esquecimento. Há farta doutrina e jurisprudência nesse sentido, especialmente porque há fatos que, embora verídicos, devem ser resguardados do conhecimento do público, em respeito à privacidade das pessoas, assim como também há fatos que mesmo não abrangidos pela reserva da vida privada, ofendem o bom nome da pessoa, tudo sem cogitar de interesse público em quaisquer das hipóteses. Quanto a isso, Menezes Cordeiro pondera que sempre existe um “juízo de oportunidade a fazer”⁵⁷, e assim, ainda que a “afirmação falsa, tendenciosa ou incompleta”⁵⁸ seja “particularmente indicada para atingir a honra”⁵⁹, nada impede que assim também ocorra quando se tratar de uma afirmação verdadeira.

Deve ainda o fato ser desabonador àquele que tenciona o esquecimento, ou seja, o fato deve gerar ódio, desprezo, repulsa, ridicularização, deprecição, ou perda de credibilidade, autoridade, estima, boa vontade, confiança

ou apreço. Bem por isso, é razoável conferir um conceito mais fluido ao fato desabonador, para que comporte não somente conteúdos caluniosos ou difamatórios, mas igualmente notícias sobre a existência de inquéritos, ações penais, civis ou administrativas, mesmo que também assinala informação sobre posterior arquivamento, absolvição, improcedência ou quitação do débito, devendo sempre ser levada em consideração as circunstâncias do caso concreto e não uma aferição baseada no conceito do “homem médio”. E para além disso, o fato desabonador pode se referir não apenas àquele que o praticou, mas também à vítima, eis que não raro os preconceitos e conservadorismo social são refratários à inserção social daqueles que sofreram agruras e mazelas no passado.

Impõe-se igualmente verificar a forma de obtenção da informação, a eventual incidência de interesse público, bem como o decurso do tempo. Se o dado ou informação foi obtido ilicitamente, tal qual quebra de sigilo telefônico, telemático ou fiscal sem prévia autorização judicial, ou ainda por meio de coação de testemunha ou da vítima, há ostensiva afronta à lei, de modo que há fundamentos jurídicos mais adequados para embasar a pretensão de excluir ou impedir a divulgação do seu conteúdo⁶⁰, do que o manejo do direito ao esquecimento. Por igual, se há ofensa imediata aos direitos da personalidade, tais como a privacidade, o bom nome ou a imagem, estes devem ser especificamente suscitados. Por tudo isso, no plano do direito ao esquecimento não se põe em dúvida a existência de um interesse público⁶¹ originário na época do acontecimento do fato, restando implícito que o demandante admite a necessidade de sopesamento entre seu direito da personalidade e o direito à informação. O direito ao esquecimento pressupõe ainda a modificação do caráter da licitude após o transcurso do tempo⁶², o qual gera a perda de relevância da informação e da necessidade de contextualização, tomando em conta a preponderância outrora inexistente do direito da personalidade sobre o direito à informação.

Com efeito, essa transformação se justifica porque a pessoa infratora tem o direito de se arrepender, de se corrigir, de se ressocializar, e assim reconquistar o respeito e a estima do corpo social no qual está inserida, entretanto, não existe um marco temporal pré-estabelecido para servir como termo inicial de invocação ao direito ao esquecimento, inclusive porque tal

direito pode versar sobre fatos consideravelmente diversos, tais como situações cotidianas de famosos que desejam readquirir o anonimato ou crimes graves praticados por personalidades que já ocuparam algum cargo político. Pode ainda servir para proteger pessoas em situações diametralmente opostas, tal como daquele que foi acusado e depois inocentado, como daquele que foi condenado, mas já resgatou sua pena, e até para resguardar a vítima e seus familiares de mórbida curiosidade social. Por tudo isso, o eventual reconhecimento de um pretendido direito ao esquecimento pressupõe necessária análise do caso concreto para ensejar sopesamento entre os princípios colidentes, e a depender da situação o direito ao esquecimento poderá ser sumariamente rechaçado, como na hipótese de se tratar de certos fatos históricos e que marcaram de forma indubitável uma determinada sociedade⁶³.

4. EVOLUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA EUROPA CONTINENTAL

Dois dos casos mais emblemáticos e representativos do “*right to oblivion*” tiveram lugar na Alemanha, onde ficaram conhecidos como Lebach I (BVerfGE 35, 202) e Lebach II (BVerfGE 348/98). Em 1969 um latrocínio praticado por três indivíduos na pequena Vila de Lebach teve por vítimas fatais quatro soldados, e um quinto que ficou gravemente ferido. O propósito dos malfeitores seria roubar armas e munições guardadas num paiol guarnecido pelos militares. Em agosto de 1970 dois dos réus foram condenados à prisão perpétua, e o terceiro foi apenado a seis anos de reclusão por auxiliar na preparação do crime. Na época dos fatos o crime contou com grande cobertura midiática e atraiu os interesses da opinião pública⁶⁴. O Segundo Canal Alemão (*Zweites Deutsches Fernsehen*) produziu um documentário no qual os participantes do crime foram nominalmente indicados e fotograficamente identificados, ainda que tenham sido representados por atores. O documentário narrou a noite do crime, a perseguição e a prisão dos criminosos pela força pública, e ainda assinalou a relação amorosa existente entre os condenados, destacando-se que a ZDF exibiu o documentário pouco antes da soltura de um dos partícipes⁶⁵, o qual ainda tentou obstar a transmissão do programa por meio de uma medida cautelar, mas seu pleito foi

rejeitado em primeira instância pelo Tribunal Estadual de Mainz, além do que a decisão denegatória foi mantida pelo respectivo Superior Tribunal Estadual.

Ante a segunda decisão desfavorável aquele arguido formalizou reclamação perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), e esta veio a ser acolhida pela Corte, com o reconhecimento de violação ao direito de desenvolvimento da personalidade do reclamante, o que justificaria uma intervenção no direito de radiodifusão. Por consequência, o TCF revogou as decisões pretéritas que proibiu a transmissão do documentário até que a questão fosse resolvida ao final da ação principal⁶⁶. A *ratio decidendi* invocada pelo TFC foi no sentido de que “Em casos que envolvam a cobertura de crimes pela imprensa o interesse público geralmente deve prevalecer, mas exceções devem ser admitidas. Assim, o nome do ofensor só pode ser publicado quando um grave crime foi cometido. Até em casos sérios o nome do ofensor não pode ser exposto ao público, mesmo passados anos desde o cometimento do crime. Em algum momento o ofensor deve ser permitido a ser reintegrado na sociedade⁶⁷”.

Já o “Caso Lebach II” foi um revisitar do “direito ao esquecimento”, mas com resultado distinto, isto porque em 1996 um canal da televisão alemã produziu uma série sobre crimes históricos, e um dos episódios versaria sobre o crime ocorrido no arsenal militar de Lebach, que gerou a morte dos quatro militares das Forças Armadas (Bundeswehr). Diversamente do Canal ZDF, os produtores da série a ser veiculada pelo Canal SAT 1 modificaram os nomes dos envolvidos, e suas imagens não foram transmitidas, além do que o ex-chefe de polícia de Munique fora convidado para comentar o episódio⁶⁸. Os acusados pelo crime pugnaram por tutela liminar para impedir a transmissão do documentário e seu pleito foi acolhido em primeiro grau. Desta feita foi a SAT 1 que apresentou reclamação constitucional perante o TCF, e diversamente do que ocorreu no Lebach I, a Corte anulou a decisão, isto após ponderar entre a liberdade de radiodifusão do programa televisivo e o direito geral de personalidade dos reclamados. Entre os vários argumentos apresentados pela Corte para fundamentar sua decisão é possível extrair que o fundamento basilar para a permissão de veiculação foi a supressão, pelo SAT 1, de fotografias, nomes

ou identidades dos ofensores. Além disso, já tinham se passado quase trinta anos do crime, e isso praticamente eliminava os riscos à ressocialização dos condenados. O acórdão do TCF no “Caso Lebach II” assinalou que “(...) do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de exibição documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar à ressocialização do autor⁶⁹”.

A Espanha registra dois casos expressivos sobre o direito ao esquecimento, ambos recentes e envolvendo a empresa Google. No primeiro caso, a *Google Spain* recorreu contra sentença que lhe impôs o pagamento de indenização de oito mil euros por violação aos dados pessoais de réu condenado em 1981, por crime contra a saúde pública, mas indultado em 1999, que rogava que seu nome fosse desindexado da notícia de condenação. A filial espanhola suscitou ilegitimidade passiva e no mérito argumentou que a matéria ostentava interesse público, e agira no âmbito da liberdade de informação. O Supremo Tribunal rejeitou a preliminar e acerca do mérito reconheceu o interesse da sociedade em saber sobre os indultos outorgados pelo governo, a identidade dos beneficiados, bem como os delitos cometidos, razão por que seria lícita a divulgação desses dados, contudo, admitiu estar esmaecida a pretensão informativa pelo decurso de tempo razoável. E finalizou asseverando que os danos provocados aos direitos de personalidade eram desproporcionais em relação ao interesse público, seja porque o prejudicado não era pessoa de relevância pública, seja porque os fatos não ostentavam importância histórica.

No segundo caso, Sánchez Carreté, ex-conselheiro fiscal da família Pujol (conhecida por sua forte influência e escândalos políticos), requereu à *Google* a desindexação de seu nome para ocultar nas pesquisas sua condenação por fraude fiscal ocorrida em 1991, e indultada em 2009⁷⁰. Argumentou que tais notícias vulneravam sua honra e privacidade, e por isso postulou o direito ao esquecimento, além de indenização por danos morais. O pleito foi recusado pelo Supremo Tribunal, para quem o direito à proteção de dados pessoais não ensejava a reconstrução de um passado segundo

sua vontade pessoal. Demais disso, a Corte ponderou que: a) o direito ao esquecimento de informações prejudiciais à honra e à privacidade de um indivíduo sobre fatos remotos amparava tão somente o cidadão destituído de relevância pública; b) o reclamante compareceu à Comissão de Inquérito sobre Fraude Fiscal do Parlamento de Catalunha em 2015 e lá admitiu ter sido conselheiro fiscal da família Pujol por seis anos, tendo fornecido informes sobre a fortuna da mesma; c) o reclamante foi apontado como uma das pessoas a quem Jordi Pujol, ex-presidente da Generalitat de Catalunya⁷¹, consultou antes de reconhecer que havia escondido fundos no exterior; d) o reclamante integra a *Lista Falciani*, composta por sonegadores de impostos do Banco HSBC suíço. Concluiu-se que todos esses fatos justificam o interesse público e reforçam o *status* do requerente como figura pública, e por isso seu pleito restou denegado em 10.04.2018. Além disso, foi na Espanha que se originou o primeiro julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em que restou acolhido o direito ao esquecimento, e talvez por isso o instituto ganhou corpo doutrinário⁷², legislativo e jurisprudencial, culminando com as decisões do Tribunal Constitucional de 30 de novembro de 2000⁷³.

Na França, a primeira menção ao *droit à l'oubli* partiu de Gerard Lyon-Caen⁷⁴, em seus comentários sobre o caso *DelleSegret vs. Soc Rome Film* (1967), conhecido como *affaire Landru*, julgado pela Corte de Apelação de Paris⁷⁵. Tratou-se de ação indenizatória proposta pela ex-amante do *serial killer* Henri Landru. A reclamante processou o diretor de cinema Claude Chabrol além das empresas produtora e distribuidora de um documentário ficcional contendo trechos da vida pregressa da ex-amante, com alusão expressa a seu nome e sem prévia autorização dela⁷⁶. O tribunal desacolheu o pleito de “Madame S”⁷⁷, e isentou o diretor de responsabilidade civil porque a própria reclamante já havia publicado um livro de memórias versando sobre os fatos⁷⁸. Argumentava a ex-amante de Landru que o tempo lhe havia concedido o direito ao silêncio quanto às loucuras de sua juventude na companhia de um condenado⁷⁹. Inobstante sua empatia pelo direito ao esquecimento de fatos do passado⁸⁰, Lyon-Caen o reputou descabido naquele caso porque a base principal do julgamento tinha relação com a vida privada de Segret e não por violação do direito de imagem da autora⁸¹.

Dezesseis anos depois, no caso *Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse* (1983)⁸², a jurisprudência gaulesa reconheceu expressamente o *droit à l'oubli*⁸³, eis que a Corte de Apelação de Paris declarou injustificável, ainda que por interesse público à informação, que fosse divulgada matéria jornalística com informações pessoais de alguém envolvido tragédia ocorrida há quinze anos, a qual violava o direito à privacidade da autora⁸⁴. O caso versava sobre ação de difamação proposta por Mme. M contra *Paris Match*, revista francesa que publicara foto da reclamante, apontando-a como acusada pela morte do filho e da mulher de seu amante. A Corte descartou o pleito de indenização por difamação, mas admitiu que a publicação não detinha interesse informativo ou histórico, bem como violava a honra da autora⁸⁵. Proclamou ainda que o “direito ao esquecimento” também socorria condenados que já tinham cumprido suas penas⁸⁶. Este precedente influenciou outro acórdão da Corte de Apelação de Paris⁸⁷ no sentido de que, mesmo os protagonistas de um evento público no passado, teriam “direito ao esquecimento” para não causar “danos à sua reabilitação e ter uma influência perniciosa em sua vida privada”.

Da Itália merece alusão o caso de Tiziano Mariani, político da Lombardia e integrante do Partido Socialista, que foi preso por corrupção em 1993, mas absolvido ao final do processo. Reclamou contra o jornal *Corriere della Sera* porque mesmo anos depois sua página web disponibilizava a notícia sobre a prisão, mas nada informava sobre o desfecho do processo judicial, e assim sustentou violação de seus dados pessoais, à sua privacidade e seu direito de ser esquecido. A Corte Suprema de Cassação da Itália declarou que o processamento da informação deveria observar os critérios de proporcionalidade, necessidade, relevância, precisão e coerência com a sua efetiva identidade pessoal ou moral, e por isso o reclamante tinha o direito de saber a qualquer momento quem possuía seus dados pessoais e como os utilizava, mas ainda poderia solicitar cancelamento, transformação, bloqueio, retificação, atualização ou integração da informação, mesmo que isso fosse fato de relevante interesse público. O tribunal pontuou que não deveriam ser veiculadas informações tornadas irrelevantes pela ação do tempo, e que a manutenção das mesmas exigiria a configuração de um interesse histórico. No caso concreto, a Corte deliberou em 05.04.2012 que persistia o

interesse público em razão da atividade política realizada pelo titular dos dados⁸⁸, e por isso manteve a notícia, mas ordenou que fosse inserido informe sobre a posterior absolvição do reclamante.

Da mesma “bota” temos o caso de Antonelli Venditti, famoso cantor e compositor italiano que processou a emissora RAI por haver retransmitido um programa de TV *La vita in diretta*, veiculado em dezembro de 2000, no qual o reclamante classificava as celebridades mais detestáveis do mundo artístico. Ao final do programa repórteres aguardavam o cantor para entrevistá-lo, mas não tiveram êxito. Passados cinco anos a RAI veiculou cenas do programa e ainda ironizou o reclamante pontuando que sua rispidez fora ainda menos justificável pela proximidade do período natalino. Nesse contexto, o reclamante alegou ter sofrido danos por uso ilegal de sua imagem, bem como vulneração de sua privacidade e honra, e por isso pleiteou o direito ao esquecimento. Em primeira instância a Justiça acatou o argumento de uso indevido de imagem, mas rechaçou as demais alegações por compreender que existia interesse do público sobre episódios dessa estirpe, ante a condição de celebridade do reclamante, e por isso concluiu pela não aplicação do direito ao esquecimento, inclusive porque a transmissão do vídeo teria sido legítima, e quanto aos comentários feitos na nova exibição, proclamou que foram meramente satíricos e não difamatórios. Inconformado, Venditti recorreu à Corte Suprema de Cassação da Itália, a qual concedeu provimento ao recurso em 20.03.2018 porque reputou a retransmissão do vídeo ilegal, eis que o direito do reclamante a não ser mal interpretado e não sofrer deturpação de sua imagem superava o direito do público a ser informado, isto porque o programa não era relevante para o debate público, tampouco tinha lastro em razões de justiça, segurança pública, proteção de direitos ou liberdades de terceiros ou por interesse científico, cultural ou educacional, mas seu objetivo seria tão somente a busca por audiência. E a propósito dos comentários, a Corte Suprema de Cassação entendeu que não foram apenas satíricos, mas sim difamatórios, pois tencionavam retratar o reclamante como alguém constantemente hostil e desagradável⁸⁹.

Segundo noticiado em 18.04.2022 pelo periódico *Jornal de Negócios*, a empresa Google recusou 73% (setenta e três por cento) dos pedidos de direito ao esquecimento em Portugal.

Com efeito, nos últimos oito anos, mais de nove mil portugueses pediram remoção de nomes do motor de pesquisa, envolvendo cerca de trinta e seis mil links, entretanto, 73% (setenta e três por cento) desses 21.065 (vinte e um mil e sessenta e cinco) links impugnados continuaram pesquisáveis, conforme se extrai do relatório de transparência da empresa. A multinacional americana removeu apenas 7927 (sete mil, novecentos e vinte e sete) links, ao passo que atualmente outros 7316 (sete mil, trezentos e dezesseis) pedidos similares aguardam uma decisão da empresa⁹⁰. Apesar desses números a jurisprudência portuguesa se mostra um tanto escassa quanto ao tema do direito ao esquecimento.

Contudo, o tema foi objeto de recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça lusitano⁹¹. Em 20.10. 2016 o reclamante propôs ação contra a *Google Inc.*, para que fossem removidos de forma permanente quatro endereços eletrônicos disponíveis à pesquisa, e que fossem desindexados quaisquer resultados de pesquisa que associassem seu nome às palavras chave “*rapist*”, “*sociopath*” e “*sexual predator*”. O tribunal de primeira instância se declarou incompetente por regras de competência internacional, absolveu a reclamada e condenou o reclamante por litigância de má-fé. Inconformado, o reclamante recorreu e a sentença foi anulada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, acerca da litigância de má-fé, e reformada quanto à declaração de incompetência da justiça portuguesa. O feito retornou ao primeiro grau, mas foi novamente julgado novamente improcedente. Novo recurso foi interposto e na segunda apelação ao TRL reformou a sentença e condenou a *Google Inc.* a remover e/ou a manter ocultos os endereços eletrônicos apontados na petição inicial, bem como a desindexar, em quinze dias, nas listas de resultados de pesquisas as páginas em que o nome do autor aparecesse associado aos critérios de busca apontados na inicial, sob pena de multa diária de quinhentos euros. Na sequência, a reclamada manejou recurso de revista e o caso seguiu ao STJ português, o qual negou-lhe provimento sob a compreensão de que era necessário dar primazia ao direito à honra e ao bom nome do autor, e estando em causa o tratamento ilícito de dados pessoais, assistia ao titular dos dados o direito a obter da reclamada o respectivo apagamento, nos termos do disposto no artigo 6º, nº 1 alínea “d” e n.º 2, 7.º, alíneas “e” e “f”, 12.º, alínea

“b” e 14.º, alínea “a”, da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e nos artigos 5º, n.º 1º alínea “d” e n.º 3 e 11º, alínea “d” da LPDP. A Corte pontuou ainda que o caso não versava sobre remoção de conteúdos, mas sobre desindexação, tal como ocorrido no acórdão do TJUE de 22.06.2021 proferido nos processos n.ºs C-682/18 e C-683/18, relativos aos casos Frank Peterson vs. YouTube LLC e Elsevier Inc. Vs. Cyando AG. Salientou ainda a limitação do âmbito de aplicação da decisão recorrida, no sentido de dever limitar-se aos conteúdos que estivessem acessíveis ao motor de busca disponibilizado em Portugal.

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A exemplo do que se verifica na Europa Continental, também no Brasil se observa o resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, os quais igualmente sofrem algumas ameaças em função de avanços das tecnologias da informação, e isso tem fomentado o debate em torno do direito ao “esquecimento” no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileiras⁹². Aliás, é provável que a “fertilização cruzada” de normas, doutrina e jurisprudência acerca do instituto seja derivada de gravames similares, ou mesmo idênticos, que se praticam contra a dignidade e direitos de personalidade dos indivíduos dos dois lados do Atlântico. E daí resulta uma reação que busca sedimentar um direito ao “esquecimento” na arquitetura jurídico-constitucional brasileira, seja para definir seus contornos e limites, seja para identificar suas consequências e possibilidades de efetivação.

É certo que no Brasil ainda não existe a positivação de um conceito jurídico de direito ao esquecimento, mas acompanhando a matriz germânica sua matriz se encontra atrelada à cláusula geral de proteção da personalidade, da qual derivam alguns direitos especiais da personalidade, dentre os quais o direito à autodeterminação informativa e os direitos à vida privada, honra e imagem e o direito à identidade pessoal⁹³. Demais disso, o direito ao esquecimento busca justificação a partir da necessidade de proteção da personalidade contra eventuais abusos praticados no ambiente da Internet, e a pretexto de serem meras emanções da liberdade de expressão e informação. Contudo, há quem refute a existência de um

direito fundamental ao esquecimento sob o argumento de que o resguardo da privacidade, intimidade, honra e imagem não rende ensejo ao esquecimento de fatos que dizem respeito ao interesse público, especialmente diante da liberdade de expressão e informação⁹⁴. Tal argumento não deve prevalecer, seja porque nenhum direito é absoluto (nem mesmo o direito à vida), seja porque a ordem constitucional do Estado não pode tolerar abusos travestidos de liberdade de expressão ou de informação. Aliás, quanto a isso, mesmo os refratários ao esquecimento admitem, ainda que de forma excepcional, que tal direito exista quando versa sobre informações despidas de qualquer interesse público⁹⁵.

Relembre-se que até 2019 o Brasil não dispunha de uma LGPD, ao passo que na Alemanha a Lei Federal de Proteção de Dados (*Bundesdatenschutzgesetz*) remonta a 1977⁹⁶, e semelhantes iniciativas legiferantes foram adotadas na Espanha, França, Itália e Portugal, dentre outros Estados europeus, e quanto ao tema se observa que, em regra, o direito ao esquecimento tem consistido numa reação do direito aos desafios impostos pela realidade, nomeadamente aqueles que importam em violação de bens jurídicos de estatura constitucional. Com efeito, ante a necessidade de harmonizar princípios e direitos constitucionais (dignidade da pessoa humana e reserva da vida privada) com outros valores e direitos fundamentais (liberdade de expressão e de informação), resulta necessária uma ponderação. Além disso, a capacidade e possibilidade de esquecimento de determinados fatos e vivências constitui aspecto próprio da natureza e condição humana, sob o prisma neurológico e psíquico. Portanto, também por isso é necessário conferir reconhecimento e proteção jurídica ao esquecimento, como direito especial de personalidade (ainda que implícito), inclusive porque o instituto muitas das vezes representa autêntico direito a um recomeço⁹⁷, à construção de uma nova trajetória pessoal e social, livre das amarras de determinados fatos desabonadores do passado.

De fato, a possibilidade de ser “esquecido” e não sofrer permanentemente por fatos passados com repercussões negativas, que induziram à reflexão individual e correção de rumos e condutas do indivíduo não apenas se mostra algo essencial para a consolidação de uma vida física e psicologicamente saudável, como ainda

vai ao encontro de uma das mais proeminentes construções teóricas sobre os fins das penas. Com efeito, Roeder e outros adeptos da Escola Correcionalista sustentam precisamente que o direito penal percebe o homem e não apenas o ato criminoso; que percebe não o homem abstrato, como sujeito ativo do crime, mas o homem real, vivo e efetivo, em sua total e exclusiva individualidade, isto porque se é certo que o fim da pena é corrigir a vontade má do delinquente, deve ela durar o tempo necessário, nem mais, nem menos, para se alcançar esse objetivo e, portanto, seu alcance temporal não pode ser indeterminado⁹⁸.

Nos moldes do art. 1º, III da CF/88, dignidade da pessoa humana integra o rol de fundamentos do Estado de Direito brasileiro e ostenta a condição de cláusula geral de proteção da personalidade⁹⁹. Tal direito tem por escopo salvaguardar toda e qualquer dimensão particular da dignidade humana e da personalidade que não tenha sido objeto de proteção específica pelo texto constitucional¹⁰⁰, especialmente porque o artigo 5º, §2º, da mesma Carta Política de 1988 preconiza que os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Daí se infere que o direito ao esquecimento encontra arrimo e justificação no direito à privacidade, à honra, à imagem, à autodeterminação informativa, e à identidade pessoal. Por outro lado, à exceção dos dois últimos, todos os demais foram explicitamente cristalizados na CF/88, de modo que também por isso o “esquecimento” consiste em projeção implícita e necessária à proteção da personalidade em face de uma exposição pessoal e pública com fatos constrangedores do passado que sejam inconvenientes ou mesmo inverídicos por incompletude.

No âmbito do ordenamento infraconstitucional o direito ao esquecimento tem inspirado diversos diplomas legais no Brasil, ainda que se observe uma aparente ineficácia do instituto, a qual pode ser corrigida por meio de uma interpretação sistemática e conforme o art. 5º, §2º, da CF/88, o qual empresta lastro jurídico-positivo aos direitos fundamentais. Observamos indícios do direito ao esquecimento em pelo menos oito ramos do ordenamento brasileiro, a saber: a) Direito penal e processual penal (CPB, art. 135; CPP, art. 748 do CPP,

LEP, art. 202; Lei 9.099/95, art. 76, §6º), b) Direito da Criança e Adolescente (ECA, art. 143), c) Direito do consumidor (CDC, art. 43), d) Direito civil (CCB, arts. 17 a 19), e) Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011, arts. 31 a 34), f) Lei do marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014, arts. 3º e 7º), g) Lei de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018, arts. 8º a 13), h) Direito do trabalho (Lei nº 9.029/95, art. 2º). Além disso, num passado recente foram propostos no Parlamento brasileiro pelo menos cinco projetos de lei que, em maior ou menor escala, fomentam a positivação de um direito ao esquecimento.

6. DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DO STJ E DO STF

Apesar dos casos já aludidos no título anterior, merecem alusão alguns casos que tomaram maior repercussão e que foram enfrentados, pelo STF e pelo STJ, as duas mais relevantes Cortes brasileiras. Examinaremos doravante quatro *leading cases* da jurisprudência brasileira. O primeiro deles foi o Caso Aída Curi, jovem brutalmente assassinada em 1958, após uma tentativa de estupro. O horrendo crime gerou ampla cobertura televisiva na época, e anos depois uma emissora de TV brasileira relembrou os detalhes do caso no Programa Linha Direta, o que gerou a inconformação de familiares de Aída, que promoveram ação judicial sustentando que o resgate do assunto causava constrangimento, sofrimento e angústia à família, e que por força do tempo já decorrido o caso não mais pertencia ao domínio público. A ação foi julgada improcedente em primeira e segunda instância, e em 28.05.2013 foi apreciado pelo STJ, que rejeitou aplicação do direito ao esquecimento, por considerar a relevância histórica dos fatos¹⁰¹. Além disso, o caso voltou a ser apreciado pelo STF, em sede de recurso extraordinário, e por maioria, o STF deliberou em 11.02.2021 ser incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilitasse impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. A Corte salientou mais que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser apurados caso a caso, a partir de parâmetros constitucionais e legais¹⁰².

Relativamente ao Caso Xuxa Meneghel, a ex-modelo processou a *Google* para desvincular

seu nome do filme “Amor, Estranho Amor”, veiculado em 1982, no qual ela atuara numa cena erótica com um menino. Xuxa buscou o direito à desindexação para ver esquecido aquele momento de sua trajetória artística. Obteve tutela antecipada em primeira instância, mas por força de recurso da *Google* o alcance da liminar foi reduzido a apenas algumas imagens. Novo recurso da *Google* levou o debate ao STJ, o qual entendeu inexequível o acórdão do TJRJ por haver dispensado a indicação das *URL*'s. Além disso, o STJ entendeu que ação deveria ter sido proposta contra quem facilitou o acesso ao conteúdo, e ao final julgou descabido impor restrições ao motor de busca da *Google*, cassou o acórdão de segunda instância, e assim denegou o pretendido direito ao esquecimento¹⁰³.

O Caso Chacina da Candelária remonta a 1993, e três dos réus foram julgados absolvidos em 1996. Passados treze anos a produção do Programa Linha Direta procurou um dos réus absolvidos para entrevistá-lo, e apesar de sua recusa o programa foi ao ar em junho de 2006, nele sendo veiculadas imagens do outrora réu, com o informe de sua absolvição. Irresignado, o ex-acusado processou a emissora de TV, mas perdeu a causa em primeiro grau, onde foi reconhecida prevalência ao interesse público em detrimento do direito ao esquecimento do autor. Houve recurso ao TJRJ, que reverteu a decisão e condenou a emissora ao pagamento de indenização de cinquenta mil reais, mas o caso foi levado ao STJ por força de Recurso Especial, e lá entendeu-se que o réu, condenado ou absolvido de um delito, tem o direito de ser esquecido, destacando igualmente o sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação¹⁰⁴.

O último dos casos reporta a um pedido de desindexação¹⁰⁵ de resultados nos motores de busca, e foi formulado por Denise Pieri Nunes, Promotora de Justiça no Rio de Janeiro, que sob a invocação do direito à honra e à dignidade, buscava desvincular seu nome de buscas na internet a partir da expressão “fraude em concurso para juiz”, isto porque desde 2006 tais buscas através da *Google* e *Yahoo* desaguavam em notícia de que ela teria reproduzido exatamente o gabarito da prova de Direito Tributário na fase escrita do concurso. Na época, o caso foi objeto de apuração pelo CNJ, que declarou ausência de provas para uma condenação. Em primeira instância a ação foi julgada improcedente, mas a autora recorreu ao

TJRJ, e lá as empresas foram condenadas a instalar filtros de conteúdo, sob pena de multa diária de três mil reais. O acórdão fez prevalecer o direito à imagem e personalidade autora sobre o direito à informação. Ante novo recurso, o caso ascendeu ao STJ, o qual reconheceu por maioria que os resultados gerados pelo motor de busca tinham potencial para destruir reputações e que o direito à informação seria preservado adequadamente mediante consultas ao sítio eletrônico do CNJ ou a outras fontes oficiais, sem necessitar da vinculação direta do nome da titular do processo. Com a vitória da autora as notícias sobre o caso não “desapareceram”, mas foram desindexadas de seu nome, ficando ela livre do estigma de estar envolvida em suposta fraude de concurso público.

7. CONCLUSÕES

Ao fim deste pequeno contributo acadêmico, e considerando as limitações temporais que sempre nos acompanham, concluímos que: 01) Por força da teoria dos deveres de proteção cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais, especialmente todos os que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à honra, à imagem e à vida privada, todos almejados por meio do direito ao esquecimento; 02) Assiste inteira razão a Bobbio quando pondera que atualmente o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*, e isso se verifica não apenas quando os Estados se mostram claudicantes quanto à positivação do direito ao esquecimento em seus ordenamentos, como ainda na medida em que as Cortes de Justiça negam tal direito sempre que elastecem indevidamente o conceito de interesse público; 03) Apesar da majoritária doutrina se inclinar em prol de um direito ao esquecimento, especialmente por força do RGPD, a jurisprudência emanada da Europa Continental ainda se mostra um tanto claudicante quanto à sua aplicação, sobretudo em relação a pessoas públicas ou politicamente expostas; 04) Doutrina e jurisprudência têm assinalado cinco limitações ao reconhecimento do direito ao esquecimento, a saber: a) interesse público, b) liberdade de informação, c) direito à memória, d) vedação à censura e à liberdade de expressão, e) conduta do próprio ofendido

REFERÊNCIAS

1. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 24-25.
2. *Democracia direta de Péricles, também* conhecida como Democracia Ateniense foi uma forma de governo que surgiu na Grécia, em meados do séc. V a.C. Nela somente homens com terras, maiores de 20 anos e filho de pai ateniense tinham direito de participação. A partir de 451 a.C. o direito foi reconhecido também aos filhos de pai ou mãe atenienses. Estima-se que 30% da população adulta de Atenas era elegível para participar do processo eleitoral, mas liberdade e igualdade representavam a essência dessa democracia.
3. MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2ª ed. Lisboa. Casa da Moeda. 1990, p. 13.
4. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina. 1993, p. 517.
5. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 105.
6. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
7. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. v. I (Artigo 1.º a 107.º) Coimbra: Coimbra Editora. 2007, p. 240.
8. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pp. 45-50. No mesmo sentido: J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 528, e M. L. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 141. No Brasil, esta distinção foi adotada, entre outros, por Edilson Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, Porto Alegre: Fabris. 1996, pp. 59-60, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.
9. BERNAL, P.A. A right to delete? *European Journal of Law and Technology*, vol. 2, n. 2. 2011, p. 1.
10. YAN, Z. *The right to be forgotten as a new challenge of human rights: analyzing it's functioning in the personal data protection*. 2013, p. 3. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direitos Humanos e Democratização na Universidade Católica de Leuven.
11. Estima-se que diariamente produzimos o equivalente a 2,5 quintilhões de bytes de data, e que, mensalmente, realizamos cerca de 100 mil milhões de pesquisas no motor de pesquisa Google.
12. BOTELHO, Catarina Santos. Novo ou velho direito? O direito ao esquecimento e o princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global. *Ab Instantia*, vol. 7. 2017, p. 50. No mesmo sentido: GOMES CANOTILHO, J.J., & MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2007, p. 551.
13. No âmbito da Internet das Coisas é possível utilizar dispositivos para medir a tensão arterial, o batimento cardíaco, entre outros dados antropométricos, e realizar reconhecimento facial através de videovigilância, e muitos outros dados, singulares ou agregados, são objeto de múltiplas finalidades potencialmente intrusivas da privacidade. In: CALVÃO, F.U. *Direito da Proteção de Dados Pessoais: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 2018, pp. 13-15.
14. Michael Palmer realizou um paralelismo entre dados pessoais e petróleo, afirmando que os dados pessoais são valiosos; mas se não forem refinados não podem ser efetivamente utilizados. In, PALMER, Michael. “Data is the New Oil”. 2006. Disponível em https://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html. Acesso em 28.05.2022.
15. CALVÃO, F.U. Op. cit. pp. 13-15.
16. KORENHOF, Paulan. Forgetting Bits and Pieces: An Exploration of the “Right to be Forgotten” as Implementation of “forgetting”. In *Online Memory Processes*. Tilburg Law School Legal

- Studies Research Paper, n. 4. 2013, p. 15. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2326475. Acesso em 20.04.2022; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Oxford: Princeton University Press. 2009, p. 38.
17. KORENHOF, Paulan. Op. cit. pp. 15-17.
18. DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. 34ª ed. Rio de Janeiro: Conversações. 1992, pp. 219-226.
19. SOLOVE, Daniel J. *The futures of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. Londres: Yale University Press. 2007, p. 33.
20. ANDRÁS, Sajó, & CLARE, Ryan. *Judicial reasoning and new technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet. The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Parte I, Seção 1, 1. 2016, pp. 3-5.
21. LASICA, J. D. *The Net never forgets*. November, 1988. Disponível em https://www.salon.com/1998/11/25/feature_253/. Acesso em 28.05.2022; ROSEN, J. Free Speech, Privacy, and the Web that Never Forgets. J. Telecommun. High Technol. Law, v. 9. 2011, p. 345. Disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/Free-Speech%2C-Privacy%2C-and-the-Web-that-Never-Rosen/743e0691c08414da54d35215cb99abcfe58b746a?marketing-subscription=true>. Acesso em 28.05.2022; WALKER, Robert Kirk. *Note - The Right to Be Forgotten*. *Hastings Law Journal*, v. 64, n. 1. 2012, p. 257. Disponível em https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol64/iss1/6/. Acesso em 28.05.2022.
22. SPAHIU, Irma. Case note: *Google Spain and Google*. *European Public Law*, v. 21, n. 4. 2015, p. 691. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Public+Law/21.4/EURO2015039>. Acesso em 28.05.2022.
23. REDING, Viviane. *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*. European Commission. 22 de janeiro de 2012.
24. HALLINAN, Dara, FRIEDEWALD, Michael, & MCCARTH, Paul. Citizens' perceptions of Data Protection and privacy in Europe. *Computer Law & Security Review*, v. 28, n. 3. 2012, p. 264-265. Disponível em <https://studylib.net/doc/6632417/citizens--perceptions-of-data-protection-and-privacy-in-e>. Acesso em 16.05.2022.
25. MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the "right to be forgotten". *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 3. 2013, p. 230. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281450596_The_EU_Proposal_for_a_General_Data_Protection_Regulation_and_the_roots_of_the_%27right_to_be_forgotten%27. Acesso em 28.05.2022.
26. SANCHO-VILLA, Diana. Developing Search Engine Law: It Is Not Just about the Right to Be Forgotten, v. 42, n. 4. 2015, p. 359. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Legal+Issues+of+Economic+Integration/42.4/LEIE2015022>. Acesso em: 28.05.2022.
27. BOTELHO, Catarina Santos. Esquecimento: os europeus são de Vênus e os americanos de Marte? Observador. 2017. Op. cit. digital.
28. RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. *Uma nova frente de proteção de dados pessoais: A (im) possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2012, pp. 17-18.
29. BOTELHO, Catarina Santos. Op. cit. p. 51.
30. MALHEIROS, José Vítor. *Um mundo de coisas a esconder*. Fórum de Proteção de Dados, n. 1. 2015, p. 13.
31. BOTELHO, Catarina Santos. Op. cit. p. 51.
32. Nietzsche alerta para a essencialidade do ato de esquecer, e para tanto exemplifica: "Imagine-se, no mais extremo caso, um sujeito que não possui de todo o poder de esquecer, que seria condenado a ver em todo o lado o surgimento de uma situação já vivida (...). Esquecer é intrínseco a todas as ações, tal como a luz e a escuridão pertencem à vida de todas as coisas orgânicas". Nietzsche, 1874.
33. RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François et al. Campinas: Editora da UNICAMP, 2007.
34. Num dos seus artigos, Bert-Jaap Koops compara impressões e sombras digitais às sombras físicas do mundo real, mas destaca que estas são efêmeras, mas aquelas persistem por tempo indeterminado. Cfr. KOOPS, Bert-Jaap. *Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis Of The "Right To*

- Be Forgotten" In *Big Data Practice*. SCRIPTed, v. 8, n. 3. 2011, p. 229.
35. BOTELHO, Catarina Santos. Esquecimento: os europeus são de Vênus e os americanos de Marte? Observador. 2017. Op. cit. digital.
 36. SOLOVE, Daniel J. Op. cit., p. 76.
 37. KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis Of The "Right To Be Forgotten" In *Big Data Practice*. SCRIPTed, v. 8, n. 3. 2011, p. 230.
 38. Há diversas concepções doutrinárias sobre o direito ao esquecimento, a saber: direito de identidade, direito humano ou, até, como uma figura que não se consubstancia num direito. Enquanto direito identitário, sustenta Nuno Andrade que o direito ao esquecimento assegura não só o direito de ser diferente dos outros, mas também o direito de ser diferente de si mesmo, mais precisamente, de ser diferente daquilo que se foi no passado. Xanthoulis, por seu turno, o concebe como um direito humano, do amplo direito à privacidade. Por outro lado, há também doutrina que entende que a conceitualização desta figura como direito não é a mais adequada, defendendo que esta se trata de um interesse legítimo (Rouvroy, 2008), de um objetivo político (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Oxford: Princeton University Press. 2009) e de um valor ético e social (Blanchette, 2002).
 39. DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 300.
 40. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325-326.
 41. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2014. v. 946, p. 77.
 42. MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Editora Novo Século, 2017. p. 97.
 43. MALDONADO, Viviane Nóbrega. Op. cit. p. 75.
 44. MALDONADO, Viviane Nóbrega. Op. cit. p. 95.
 45. MALDONADO, Viviane Nóbrega. Op. cit. p. 96.
 46. MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento. A proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 41.
 47. ROSENVALD, Nelson. *Direito ao Esquecimento: incidirá o STF no Venire?* Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/02/direito-ao-esquecimento-incidir%C3%A1-o-stf-no-venire>. Acesso em: 28.05.2022.
 48. SILVA, Evani Zambon Marques da. A família no contexto da justiça: uma questão para o psicólogo. In Actas do IX Congresso Iberoamericano de Psicologia/ 2º Congresso da Ordem dos Psicólogos Portugueses, Lisboa, setembro, p. 796-804. Lisboa: Ordem dos Psicólogos Portugueses, 2014.
 49. FLEISCHER, Peter. *Foggy thinking about right to oblivion*. Disponível em <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 28.05.2022.
 50. KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. In *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 22, v. 89, set/out 2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 463-464.
 51. SCHEREIBER, Anderson. *Direitos de Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 174.
 52. CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá Editora. 1ª ed. 2017, pp. 181-183.
 53. SARLET, Ingo; FERREIRA NETO, Arthur M. *O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 65.
 54. BEZERRA JUNIOR, Luis Martins Holanda. *Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade de informativa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 152.
 55. Neste sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Honra, liberdade de expressão e ponderação*. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/89/59>. Acesso em 28.05.2022.
 56. A esse respeito, podemos mencionar o caso da menina Madeleine McCann, ocorrido há mais de 12 anos que, a despeito do arquivamento

- do inquérito, ainda tem enorme repercussão internacional.
57. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, v. IV, p. 208.
 58. CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. p. 208.
 59. CORDEIRO, António Menezes. Op. cit. p. 208.
 60. O art. 17, n. 1, “d” do Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, ao consagrar o “direito a ser esquecido” afirma que o titular tem o direito de obter o apagamento dos seus dados pessoais quando estes forem “tratados ilicitamente”.
 61. A dificuldade de se estabelecer um conceito uníssono de “interesse público” torna o direito ao esquecimento ainda mais controverso porque o “interesse público” pode variar de acordo com os hábitos, a cultura, a história de determinada nação e com o decorrer do tempo. Além disso, o interesse público não pode ser confundido com a mera curiosidade, sendo imperativa a configuração de uma evidente utilidade da informação e uma finalidade social legítima.
 62. BEZERRA JÚNIOR, Luis Martins Holanda. *Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade de informativa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 27.
 63. BEZERRA JÚNIOR, Luis Martins Holanda. Op. cit. p. 28
 64. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundacion Konrad-Adenauer, 2005, pp. 486-487.
 65. SCHWABE, Jürgen. Op. cit. p. 487.
 66. SCHWABE, Jürgen. Op. cit. p. 487.
 67. SMITH, Huw Beverleu, SCHLOETTER, Agnes Lucas; OHLY Ansgar. *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Intellectual Property and Information Law, nov/2005, p. 117. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/books/privacy-property-and-personality/168A187295ADEEEB44BBD32C789769BD>. Acesso em 28.05.2022.
 68. Otávio Luiz Rodrigues Junior organiza todos os argumentos apresentados pelo TCE. In RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. CONJUR, dez./2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em 28.05.2022.
 69. MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. *Liberdade de Informar e Direito à Memória - Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento*. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6670>. Acesso em 28.05.2022.
 70. Inteiro teor não publicado. Texto traduzido e adaptado da reportagem divulgada no site *El Mundo*. Disponível em: <http://www.elmundo.es/espana/2018/04/10/5acc9d06e2704eea708b45df.html>. Acesso em 16.05.2022.
 71. Sistema institucional sob o qual a comunidade autônoma espanhola da Catalunha é politicamente organizada, O autogoverno é exercido pelo Parlamento da Catalunha, pelo Presidente da Generalitat de Catalunya e pelo Conselho Executivo da Catalunha.
 72. ROJAS, Sebastián Zaráte. La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa. *Revista Derecom*, Universidad Complutense de Madrid, nº 13, marzo-mayo 2013. p. 1-10. Disponível em <http://www.derecom.com/component/k2/item/222-la-problematica-entre-el-derecho-al-olvido-y-la%20libertad>. Acesso em: 28.05.2022.
 73. RTC 290/2000, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4274> e RTC 292/2000, disponível em http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4276#complete_resolucion. Acesso em 28.05.2022.
 74. Interessante observar que o professor parisiense preferiu a expressão “direito ao esquecimento” (“le droit à l’oubli”) à “la prescription du silence” (que se referia a ideia de uma “prescrição do silêncio”) que em apertada síntese refere-se à “prescrição de fatos que já não são relevantes”.
 75. FRANÇA, TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c. Soc. Rome Paris Film, JCP 1966114482, n. Lyon-Caen, confirmé en appel, CA Paris IS mars 1967. In SARMENTO, Daniel. *Parecer Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p.36. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76>. Acesso em 28.05.2022.

76. PINHEIRO, Denise. *A Liberdade de Expressão e o Passado: Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Santa Catarina. Julho de 2016, p. 135. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/169667>. Acesso em 28.05.2022, p. 137.
77. Em primeira instância, a produtora do filme foi responsabilizada por ter retratado a autora nua, ou quase nua, ao lado de Landru, o que configuraria um atentado ao seu pudor. In: PINHEIRO, Denise. *A Liberdade de Expressão e o Passado: Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Santa Catarina. Julho de 2016, p. 138. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/169667>. Acesso em 28.05.2022.
78. TAMÓ, Aurelia; GEORGE, Damian. Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age. *JIPITEC*, v. 5, 2014. Disponível em <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997>. Acesso em 28.05.2022.
79. PINHEIRO, Denise. Op. cit., p. 140.
80. PINHEIRO, Denise. Op. cit., p. 144.
81. PINHEIRO, Denise. Op. cit. p. 139.
82. FRANÇA, TGI Paris, 20 abril 1983, JCP, 1983.11.20434, obs. R. Lindon.
83. SARMENTO, Daniel. *Parecer Liberdades Comunicativas e "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira*, p.36. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76>. Acesso em 28.05.2022.
84. SMITH, Huw Beverleu, SCHLOETTER, Agnes Lucas; OHLY Ansgar. *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Intellectual Property and Information Law, nove de 2005, p. 178. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/books/privacy-property-and-personality/168A187295ADEEB44BBD32C789769BD>. Acesso em 28.05.2022.
85. PINHEIRO, Denise. Op. cit., p. 142.
86. PINHEIRO, Denise. Op. cit., p. 143.
87. FRANÇA, TGI Paris 25.3.1987, D. 1988, somm., 198.
88. Informações retiradas do inteiro teor da sentença e da reportagem Diritto all'oblio: Cassazione ne conferma il riconoscimento. Cassazione civile, sez. III, sentenza 05/04/2012 n° 5525, publicada no site Altalex. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2013/08/28/diritto-all-oblio-cassazione-ne-conferma-il-riconoscimento>. Acesso em 28.05.2022.
89. Texto traduzido e adaptado do resumo inserido no banco de dados da Global Freedom of Expression da Columbia University: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/venditti-v-rai/>. Acesso em 28.05.2022.
90. JORNAL DE NEGÓCIOS. Google recusou 73% dos pedidos de direito ao esquecimento em Portugal Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/tecnologias/detalhe/google-recusou-73-dos-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-portugal>. Acesso em: 28.05.2022.
91. PORTUGAL. STJ. Acórdão n° 25579/16.1T8LSB.L2.S1, datado de 07.09.2021.
92. CARELLO, Clarissa Pereira. *Direito ao Esquecimento: Parâmetros jurisprudenciais*. Curitiba: Prismas, 2017; CONSALTER, Zilda M. *Direito ao Esquecimento. Proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017; MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A proteção da memória Individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
93. SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito ao Esquecimento - Um velho/novo direito?* Consultor Jurídico (CONJUR), 22.05.15.
94. SARMENTO, op. cit., 2016, pp. 204 e ss.
95. BRANCO, pp. cit. p. 143.
96. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 124, nota 249.
97. DIESTERHÖFT, Martin. Das Recht auf medialen Neubeginn, op, cit., p. 150 e ss., *apud* SARLET, Ingo, *O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação*. p. 125.
98. OLIVEIRA, Magno Gomes. *Proporcionalidade e individualização da pena*. Fortaleza: Littere, 2020. pp. 53-54.
99. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 44 e ss.; ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. "Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002", in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*.

- Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2003, pp. 117 e ss., SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 7 e ss.
- 100.SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- 101.BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153/RJ.
- 102.BRASIL.STF.RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606/RJ.
- 103.BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.921/RJ.
- 104.BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097/RJ.
- 105.Desindexação: sinônimo de remoção de resultados de pesquisa.

REPARACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿QUÉ PAPEL TIENEN LOS FONDOS FIDUCIARIOS? UNA VISIÓN EXPLORATORIA DE LOS FONDOS INTERNACIONALES

.....
Miriam Cohen*

Cátedra de investigación de Canadá en justicia internacional y derechos humanos, y profesora asociada; Facultad de Derecho de la Université de Montréal; Abogada internacional, Colegio de Abogados de Quebec; la autora desea agradecer la ayuda en la investigación de Audrey Lamarre.

RESUMEN

Las secuelas de las atrocidades masivas plantean preguntas difíciles. La reparación de las víctimas es una forma de abordar las consecuencias de la victimización masiva. Tales reparaciones han adoptado históricamente diversas formas, incluidos los acuerdos interestatales. Se han creado fondos fiduciarios a nivel internacional y a nivel nacional para ofrecer reparaciones a las víctimas de crímenes internacionales y atrocidades masivas, incluidos los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la agresión. Los fondos fiduciarios son mecanismos administrativos o cuasi judiciales que deciden sobre cuestiones importantes relativas a las reparaciones. Pero, ¿cuál es el papel de los fondos fiduciarios internacionales y nacionales en la provisión de justicia para las víctimas de crímenes internacionales? ¿Cuáles son sus beneficios en comparación con otros posibles esquemas de reparación, como los acuerdos interestatales de suma global o las reparaciones ordenadas por los tribunales contra los perpetradores individuales? A nivel internacional, el fondo fiduciario para las víctimas de la CPI ha estado funcionando durante algunos años. Otros fondos de reparación han existido en el pasado o siguen funcionando en otras jurisdicciones. Si bien un análisis detallado del potencial y los desafíos de los fondos fiduciarios es sumamente necesario para informar el desarrollo de los fondos existentes y fomentar la futura creación de fondos similares, tal investigación es en gran medida deficiente en la literatura.

El presente documento tiene como propósito hacer un repaso de los fondos fiduciarios de derecho internacional que ofrecen reparaciones a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. La investigación examina esta cuestión por medio de un análisis de los mecanismos existentes a nivel internacional, incluido el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la CPI. Los resultados de la investigación servirán para orientar la futura elaboración del fondo fiduciario creado en la CPI, y para desarrollar el fondo fiduciario creado en Canadá para brindar reparaciones a las víctimas de crímenes internacionales que entren en su jurisdicción.

Palabras clave

Reparación; fondos fiduciarios; fondos internacionales; crímenes internacionales; Fondo Fiduciario para las Víctimas; atrocidades masivas; victimización; violaciones de los derechos humanos.

ABSTRACT

The aftermath of mass atrocities poses difficult questions. Reparations for victims is one way to address the consequences of mass victimization. Such reparations have historically taken various forms, including inter-State agreements. Trust funds have been created at the international level and at the domestic level to provide reparations for victims of international crimes and mass atrocities, including war crimes, crimes Against humanity, genocide and aggression. Trust funds are administrative or quasi-judicial mechanisms

that decide on important questions pertaining to reparations. But what is the role of international and domestic trust funds in providing justice for victims of international crimes? What are their benefits as compared to other possible reparations schemes such as inter-State lump sum agreements or court-ordered reparations Against individual perpetrators? At the international level, the trust fund for victims at the ICC has been in operation for a few years. Other reparation funds have existed in the past or are still in operation in other jurisdictions. While a detailed analysis of the potential and challenges of trust funds is direly necessary to inform the development of existing funds and foster the future creation of similar funds, such research is largely lacking in the literature.

This paper aims to overview trust funds in international law that provide reparations for victims of human rights violations. The research examines this question through an analysis of existing mechanisms at the international level, including the ICC Trust Fund for Victims. The results of the research will be useful to guide the future elaboration of the trust fund created at the ICC, and to develop the trust fund created in Canada to provide reparations for victims of international crimes that come within its jurisdiction.

Keywords

Reparation; trust funds; international funds; international crimes; Trust Fund for Victims; mass atrocity; victimisation; human rights violations

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se negoció el Estatuto de Roma, muchos pensaron que la inclusión de un papel para las víctimas y la creación del Fondo Fiduciario para las Víctimas eran revolucionarios. La justicia penal internacional parecía estar más preocupada por el enjuiciamiento de los autores, incluso si esto significaba utilizar a las víctimas como fuente de testimonios¹ e ignorar “mecanismos alternativos que podrían haber estado más centrados en las víctimas²”.

Los derechos de las víctimas empezaron a ganar impulso después de la Segunda Guerra Mundial y con la creación de los instrumentos internacionales de derechos humanos³. Como se ha afirmado, “las víctimas tienen ahora un

derecho a la reparación ampliamente codificado y reconocido a nivel mundial en virtud del derecho internacional⁴”. La idea se convirtió entonces en un principio del derecho internacional, lo que está en consonancia con la práctica de la Corte Penal Internacional⁵.

Tradicionalmente, las reparaciones pueden darse de múltiples maneras: por ejemplo, reparaciones directas en una orden judicial, programas de asistencia a las víctimas o mediante el uso de un fondo fiduciario⁶, que es el tema central de este artículo. En un contexto internacional, los fondos suelen crearse para beneficiar a más de una persona. Puede tratarse de una propiedad, normalmente dinero, mantenida en fideicomiso en beneficio de una causa o de una comunidad de personas. Esos fondos pueden ser utilizados por organizaciones, instituciones o Estados para lograr un gran número de objetivos, uno de los cuales podría ser ayudar a las víctimas. En este contexto, ¿cuál es el papel de los fondos fiduciarios internacionales para hacer justicia a las víctimas de crímenes internacionales? Esta pregunta es especialmente interesante teniendo en cuenta la diversidad de fondos y las diferentes realidades en las que evolucionan.

Para abordar esta cuestión, el documento repasa algunos de los fondos existentes relevantes. Se procede de la siguiente manera. La primera parte destaca el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional, iniciando con los debates durante las negociaciones del Estatuto de Roma y terminando con información relevante sobre su modo de funcionamiento. La segunda parte detalla algunos Fondos Fiduciarios creados por las Naciones Unidas, centrándose en las similitudes o diferencias entre su propósito y las formas de funcionamiento. La última parte se centra en el *Crimes Against Humanity Fund* (en español: Fondo para los Crímenes contra la Humanidad) creado por la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (en español: Ley de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra) (Canadá). Se estudia como ejemplo de un fondo nacional para las víctimas de crímenes internacionales. También puede ayudar a comparar y contrastar las similitudes y diferencias entre dicho fondo y el fondo fiduciario internacional. Dado que este documento es una parte de una investigación más amplia sobre el rol y el potencial de los fondos fiduciarios en la justicia reparadora para crímenes internacionales y violaciones

graves de los derechos humanos, la metodología utilizada aquí es principalmente descriptiva y comparativa. El objetivo de este documento es trazar un mapa de los diferentes fondos fiduciarios internacionales y destacar el lugar que ocupan, junto con otros mecanismos, en el suministro de reparación a las víctimas.

2. EL FONDO FIDUCIARIO PARA LAS VÍCTIMAS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La idea de un Fondo Fiduciario para las Víctimas (FFV) en la Corte Penal Internacional se incorporó al Estatuto de Roma. Sin embargo, los detalles o la creación del Fondo debían determinarse en una fecha posterior porque las delegaciones pensaban que no debía estar previsto en el Estatuto⁷. Esto puede explicarse por el hecho de que el Estatuto de Roma no puede modificarse fácilmente y no podría dar cuenta de la necesidad de ajustar los “criterios que rigen el fondo fiduciario”⁸. Debido a esta necesidad de adaptabilidad en su Reglamentación, el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional en sí mismo fue establecido el 9 de septiembre de 2002 por la Resolución ICC-ASP/1/Res.6 de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma (ASP)⁹. El reglamento del Fondo Fiduciario también se adoptó en una fecha posterior, el 3 de diciembre de 2005, por la Resolución ICC-ASP/4/Res.3 de la AEP¹⁰. Para entender mejor el funcionamiento del FFV, primero hay que ver las razones detrás de su creación, así como su modo de funcionamiento.

Cuando se exploró la idea de crear un tribunal internacional permanente, se encargó a la Comisión de Derecho Internacional que presentara un Proyecto de Estatuto. En el Proyecto de Estatuto de 1994, el artículo 47 (3) b) establecía que “las multas pagadas podrán ser transferidas” a “un fondo fiduciario establecido por el Secretario General de las Naciones Unidas en beneficio de las víctimas del crimen.”¹¹. Por lo tanto, en las primeras etapas de la creación de la Corte Penal Internacional ya existía la propuesta de un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas. Esta propuesta se hizo eco de la posición de algunas delegaciones, como la delegación francesa, que querían garantizar que las víctimas tuvieran derecho a algunas reparaciones en la CPI¹². Esta propuesta, sin embargo, no condujo a la creación del FFV. Esto

puede explicarse por el hecho de que la idea de las multas se abandonó por completo en una fase posterior porque las delegaciones “consideraron inapropiado imponer sólo una multa por delitos tan graves”¹³. El problema no era el Fondo en sí mismo, sino su financiación. Así lo demuestra la opinión de muchas delegaciones de Estados que seguían creyendo que el dinero y otros bienes recaudados mediante multas u otras penas debían adjudicarse al Fondo Fiduciario “en lugar de la Corte para sufragar los gastos o los Estados de los cuales eran nacionales las víctimas”¹⁴ (traducido del inglés).

En esta etapa del proceso, hubo un impulso a favor de un Fondo Fiduciario. Podría explicarse por el interés del Estado, pero no puede ser la única explicación, debido a que una explicación política no es adecuada para pintar una imagen global de la voluntad detrás de la institución¹⁵. Aun así, el interés del Estado es un vector importante para la creación del Fondo Fiduciario. Algunos estados apoyaron la idea con la intención de aparecer como “sensibles a las víctimas”¹⁶ sin necesidad de implementar un régimen de reparación directamente en el Estatuto de Roma y, por tanto, añadir un mandato a la Corte Penal Internacional. A muchos Estados les preocupaba que distrajera a la Corte de su objetivo principal de perseguir y sancionar los delitos de su jurisdicción o que fuera demasiado complejo para que los jueces pudieran operar adecuadamente en el sistema previsto¹⁷. Un Fondo Fiduciario para las Víctimas encargado de compensar a las víctimas evitaría este tipo de problemas. Como tal, fue visto por muchas delegaciones como un buen compromiso entre la voluntad de garantizar la reparación de las víctimas y la oposición de algunos Estados, como Estados Unidos, que no querían una “agencia de servicios sociales”¹⁸.

El resultado final siguió la idea de un compromiso y se esforzó por lograr un sistema de justicia más completo con la idea de que ayudaría a crear una paz más sostenible¹⁹. Cuando se adoptó el texto, el FFV aparecía en dos artículos diferentes. El primero de ellos abarca la idea general de la reparación a las víctimas:

Artículo 75. 2. [...] Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79²⁰.

Dado que no se pretendía ser exhaustivo sobre el Fondo Fiduciario, sólo se menciona como alternativa a las reparaciones ordenadas por los tribunales y pagadas por el autor del delito. Puede ayudar a comprender mejor la relación entre ambas instituciones. El artículo 79 es crucial en lo referente al FFV:

Artículo 79 1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.

3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes²¹.

Este artículo sólo establece la información básica y ancla la creación de un Fondo Fiduciario en el Estatuto. Como se ha subrayado antes, ambos artículos son una base para el establecimiento del FFV, pero no son muy detallados en ese sentido para permitir a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma construir mejor el sistema como lo considere oportuno. La Regla 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI adoptadas en la primera sesión de la AEP (3-10 de septiembre de 2002) complementa el Estatuto de Roma en lo que respecta al FFV. Da algunos detalles sobre el uso de los Fondos Fiduciarios sin ser tan fijo en el tiempo como el Estatuto de Roma. Permite que se deposite una indemnización y que el Fondo Fiduciario se remita posteriormente a las víctimas cuando sea impracticable o imposible transferirlo directamente²² o que se deposite la indemnización si es más conveniente un enfoque colectivo²³.

No obstante, las resoluciones de la AEP constituyen la mayor parte de la información relativa al FFV. La resolución ICC-ASP/1/Res.6 tiene un alcance limitado y se centra más en la creación del Fondo en sí mismo. Destaca la creación del Fondo indicando todos los recursos posibles:

(a) Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con

los criterios pertinentes aprobados por la Asamblea de los Estados Partes;

(b) El producto de las multas o decomisos cuyo importe la Corte haya ordenado que se gire al Fondo Fiduciario con arreglo al párrafo 2 del artículo 79 del Estatuto;

(c) El producto de las indemnizaciones ordenadas por la Corte con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba;

(d) Los recursos financieros, distintos de las cuotas, que la Asamblea de los Estados Partes pueda asignar al Fondo Fiduciario²⁴

El FFV puede recibir fondos de diversas fuentes, lo que puede ser una forma de garantizar su sostenibilidad. Un Consejo de Dirección del Fondo Fiduciario administra el FFV. Está compuesto por cinco miembros de “alta consideración moral, imparcialidad e integridad y deberá tener competencia en la asistencia a las víctimas de delitos graves²⁵” Su función se detalla en la Resolución ICC-ASP/4/Res.3, que constituye el núcleo del FFV, puesto que detalla toda la reglamentación relativa al Fondo. Repasa las disposiciones anteriores y repite las partes más importantes, como el papel del Consejo de Dirección, la creación de una Secretaría, cada una de las posibles fuentes de financiación, etc. Una regla interesante es el hecho de que una parte de las contribuciones voluntarias de los Estados puede destinarse y utilizarse en consecuencia, si es posible²⁶. Esto permite a los donantes limitar el posible uso de los fondos que aportan y centrarse en los temas que son importantes para ellos.

A efectos del presente documento, la parte más importante de la Resolución ICC-ASP/4/Res.3 es la tercera: “las actividades y proyectos del Fondo Fiduciario”. El artículo 42 establece que las víctimas y sus familias son los únicos beneficiarios del FFV. El uso del dinero puede estar limitado en función de su origen. Los recursos obtenidos a través de multas o decomisos y las indemnizaciones por reparaciones deben ser utilizados de acuerdo con la orden que transfirió los fondos al FFV²⁷. Deben utilizarse otros recursos para ayudar a las víctimas y sus familias, si procede²⁸. Los recursos sólo podrán utilizarse cuando “el Consejo de Dirección lo considere necesario para la rehabilitación física o psicológica o el apoyo material en beneficio de las víctimas y sus

familiares²⁹” o cuando “la Corte dicta una orden de reparación contra una persona condenada y ordena que la indemnización se deposite o se haga a través del Fondo Fiduciario³⁰”. Estas dos posibilidades representan los dos mandatos del FFV: la reparación y la asistencia³¹.

El mandato de reparación es bastante sencillo de entender, y es probablemente el más fácil de aplicar. Es complementario a las reparaciones ordenadas por la Corte en el sentido de que “los recursos pueden utilizarse para complementar los recursos disponibles para las reparaciones ordenadas por la Corte y el Fondo Fiduciario también puede desempeñar un papel en el diseño y la aplicación de las indemnizaciones³²”. Puede ser necesario que el FFV complemente las reparaciones porque es un asunto recurrente “debido a la insolvencia del autor o a la imposibilidad de recuperar sus bienes³³”. Después de todo, aunque se condene al agresor, no significa que tenga fondos suficientes para ofrecer reparaciones a un gran número de víctimas. El FFV puede cumplir dos papeles o funciones: “garantizar que las víctimas se beneficien realmente de las órdenes de reparación de la Corte en un plazo razonable” y “aliviar parte de la carga que recae sobre la Corte para ocuparse de las reparaciones y permitirle así centrarse en su función principal de enjuiciar a los autores de los crímenes de su competencia³⁴”. (traducido del inglés) En cierto modo, el papel del FFV con respecto a las reparaciones puede verse como una muleta para el sistema de la CPI, dado que ayuda a conseguir un proceso más fluido.

En cuanto a su mandato de asistencia, el FFV gana una especie de autonomía cuando no actúa en el frente de las reparaciones. Además de una autonomía necesaria, el mandato de asistencia del Fondo Fiduciario no está tan limitado como las reparaciones ordenadas por la Corte en este sentido. Puede complementar el trabajo de la CPI al ser un medio para ofrecer reparación a las víctimas cuando ni su Estado ni el perpetrador tienen los recursos para hacerlo³⁵. Puede implementarse mejor y adaptarse más que cualquier reparación, puesto que no tiene un alcance tan limitado como las órdenes de reparación de la CPI³⁶. Las reparaciones sólo pueden ser ordenadas por la Corte contra una persona condenada, como se indica en el artículo 75 (2) del Estatuto de Roma³⁷ mientras que los Fondos no tienen tal restricción. Puede incluso ejercer su mandato en situaciones investigadas

por la CPI³⁸. Tiene un mayor alcance en cuanto a quién puede ayudar, pero también en cuanto a lo que puede hacer para ayudar (trabajar con organizaciones o asociaciones locales³⁹, crear programas para ayudar a las comunidades afectadas, etc.) porque no se limita a los tipos de reparaciones enumerados en el Estatuto de Roma⁴⁰. Puede abordar mejor las necesidades de las víctimas y luego ofrecer la mejor entrega de reparaciones en función de una serie de factores. Esto es crucial para el éxito de cualquier esfuerzo bajo el mandato de asistencia⁴¹.

Una gran ilustración de cómo los proyectos del Fondo Fiduciario pueden tener un impacto duradero es observando las empresas anteriores, como los proyectos de asistencia a la rehabilitación en el norte de Uganda y la República Democrática del Congo. Anne Dutton y Fionnuala Ni Aolain realizaron entrevistas “con el personal del Fondo Fiduciario, la CPI y las organizaciones contratadas por el Fondo Fiduciario para llevar a cabo la programación del mandato de asistencia en el norte de Uganda⁴².” Sus resultados destacan algunos puntos fuertes del mandato de asistencia y de su implantación, como su oportuna entrada y su enfoque colaborativo y participativo⁴³. Este enfoque pone énfasis en la elección de los socios y en lo que pueden hacer por las víctimas. En este sentido, el Fondo Fiduciario de la CPI no es diferente de otros fondos internacionales. Sin embargo, Dutton y Aolain mostraron que el Fondo Fiduciario fue especialmente cuidadoso en la elección de su personal y sus socios, y eligió a personas con antecedentes culturales comunes que colaboraron con los líderes locales. Esto ayudó a crear una mejor relación y confianza con las comunidades afectadas⁴⁴. Esto demuestra que hay un cuidado en la realización del mandato de asistencia que lo hace mucho más efectivo y bien recibido en las comunidades. Hay que subrayar que la CPI puede ser objeto de desconfianza debido a la distancia y a la diferencia de cultura entre la institución y las víctimas⁴⁵. Una buena ejecución del mandato de asistencia podría ayudar a la CPI y al FFV a construir una mejor reputación.

La cuestión es que el mandato de asistencia del Fondo Fiduciario no es tan conocido como el de la CPI. Aunque la implementación de un fondo fiduciario en la CPI fue en sí misma revolucionaria, no fue hasta 2008 cuando el Fondo Fiduciario se volvió realmente activo. Por iniciativa propia, el Consejo de Dirección notificó a la Corte su voluntad de “emprender

las actividades especificadas en el territorio de la República Democrática del Congo” para ayudar en relación con “las necesidades de rehabilitación y apoyo de los grupos de víctimas⁴⁶”. Dado que la notificación era anterior a cualquier condena o incluso a cualquier inculpación, los proyectos propuestos no se dirigían a las víctimas de ninguna persona acusada por el Fiscal de la CPI⁴⁷. Muchos pensaron entonces que el FFV se excedió en sus mandatos con esta propuesta y la Oficina del Defensor Público para la Defensa se mostró especialmente en contra de este tipo de acciones por parte del FFV⁴⁸. Esto no impidió a la Sala de Cuestiones Preliminares considerar que la acción no era perjudicial para los derechos de los acusados y, por lo tanto, que el Fondo Fiduciario debía ser autorizado a llevar a cabo estos proyectos sobre la base de su segundo mandato de asistencia⁴⁹. Esta decisión también llevó a la Sala de Cuestiones Preliminares a decidir que el FFV tendría que asegurarse de que había fondos suficientes para cumplir con las órdenes de la Corte sobre reparaciones basadas en el artículo 75 del Estatuto de Roma⁵⁰.

Si bien esta decisión es en sí misma fundamental con respecto al mandato de asistencia, también suscita el debate sobre la independencia del FFV. Al examinar las disposiciones pertinentes, muchos expertos consideran que el FFV es independiente de la CPI en lo que respecta al uso de sus propios fondos, pero “la Corte tiene el poder de bloquear las actividades previstas del Fondo Fiduciario⁵¹”(traducido del inglés). Esto es problemático en el sentido de que debilita enormemente la utilidad del Fondo. El FFV es una gran institución en el sistema penal internacional porque puede complementar a la CPI y si la Corte puede bloquear algunos de sus proyectos limitaría las posibilidades. Las víctimas serían las más afectadas. Esto sería especialmente el caso de aquellas que no pueden obtener una reparación mediante una orden judicial porque no son víctimas de un perpetrador condenado. Para ser un punto fuerte en este sistema, el FFV debe ser lo más independiente posible para utilizar mejor sus fondos para construir proyectos y ayudar a las víctimas de una manera diferente a las reparaciones en el sentido típico. Tal y como está actualmente concebido el sistema, hace un daño a las posibilidades del Fondo Fiduciario porque lo pone en una situación muy difícil de navegar⁵².

Otro problema del FFV es, evidentemente, sus recursos. Como la mayoría de sus fondos proceden de contribuciones voluntarias o de bienes incautados, el sistema es, en el mejor de los casos, endeble. Esto es especialmente cierto cuando se observa el tamaño de sus tareas, puesto que el cumplimiento de su mandato con fondos limitados podría resultar imposible⁵³.

Esta cuestión es también un problema al examinar otros fondos creados para las víctimas. Este tipo de fondos está cada vez más presente en el panorama internacional, puesto que “se han creado una serie de fondos fiduciarios en relación con ciertas categorías de violaciones de los derechos humanos”⁵⁴. Las Naciones Unidas crearon una gran parte de esos fondos, que en conjunto pueden crear vías para que las víctimas busquen reparación.

3. FONDOS FIDUCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS

A nivel internacional, además del Fondo Fiduciario para las Víctimas creado por el Estatuto de Roma, existen varios fondos creados por las Naciones Unidas (ONU). Estos fondos pueden crearse para compensar a las víctimas de un crimen específico o, a veces, para servir a una causa concreta. Como tales, esos fondos pueden tocar una multitud de temas y pueden ser complementarios al Fondo Fiduciario para las Víctimas de la CPI. Sin embargo, no todos los fondos creados por la ONU están destinados a ayudar a las personas y, para el propósito de este documento, es necesario excluir aquellos que no son relevantes para las víctimas.

Lo que caracteriza a un Fondo Fiduciario de la ONU es que siempre estará sometido al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas. La regla 104.3 dice:

La Asamblea General o el Secretario General podrán establecer fondos fiduciarios, cuentas de reserva y cuentas especiales en relación con actividades concretas encomendadas a la Organización. El establecimiento, la finalidad y los límites de esos fondos fiduciarios, cuentas de reserva y cuentas especiales establecidos bajo la autoridad del Secretario General requerirán la aprobación del Secretario General Adjunto de Gestión⁵⁵.

Un fondo de este tipo debe cumplir ciertos requisitos. Sólo pueden ser creados por algunas entidades de la ONU. La mayoría de ellos son creados por el Secretario General, pero son refrendados por una resolución de la Asamblea General. El requisito principal es que sólo puedan crearse para actividades específicas que estén en consonancia con la misión de la ONU. La mayoría de las características de todos y cada uno de los fondos deben planificarse en el momento de su creación.

Los fondos fiduciarios creados de acuerdo con el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada se dividen en dos categorías en función del tipo de fondo. Las raíces de esta clasificación se encuentran en un Boletín del Secretario General del 1 de marzo de 1982 que detalla las políticas relativas a los fondos fiduciarios de la ONU⁵⁶. Este Boletín indica que las dos categorías principales son los fondos fiduciarios generales y los fondos fiduciarios de cooperación técnica. Los primeros son los “establecidos para apoyar cualquier actividad, excepto las que son exclusivamente de carácter de cooperación técnica⁵⁷” (traducido del inglés). La segunda categoría son los fondos “que proporcionan ayuda al desarrollo económico y social de los países en desarrollo⁵⁸” (traducido del inglés). Si observamos ambos tipos de fondos, está claro que los fondos fiduciarios para las víctimas pertenecen a la primera categoría. Aunque proporcionen ayuda al desarrollo económico y social, no se proporciona a los países en desarrollo, sino a las ONG y a las víctimas.

La ONU creó varios de esos fondos. Algunos de ellos siguen activos, mientras que otros fondos ya no son tan relevantes, y algunos ni siquiera se establecieron. Para ofrecer una imagen global de los fondos internacionales, nos centramos en los fondos fiduciarios que siguen siendo muy activos y también en los posibles nuevos fondos.

3.1 El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud

El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud (UNVTFCS) fue creado en 1991 por

la Asamblea General. Su base es la Resolución 46/122⁵⁹ y toda la información necesaria se puede encontrar en esta Resolución. El Fondo está financiado por Estados, organizaciones no gubernamentales, empresas y otras entidades privadas, incluidos los particulares⁶⁰, siendo los Estados la mayor fuente de financiación.

Este fondo tiene dos objetivos:

prestar asistencia a los representantes de las organizaciones no gubernamentales de distintas regiones, que se ocupan de cuestiones relativas a las formas contemporáneas de la esclavitud, para participar en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, proporcionándoles asistencia financiera y, [...], mediante los conductos de asistencia establecidos, prestar ayuda humanitaria, jurídica y financiera a las personas cuyos derechos humanos hayan sido objeto de graves violaciones como resultado de las formas contemporáneas de la esclavitud⁶¹.

Inmediatamente se puede ver una distinción: ayudar a aquellos cuyos derechos humanos han sido gravemente violados, es decir, a las víctimas, es una parte integral del mandato del Fondo de la ONU. La primera parte del mandato, prestar asistencia a los representantes de las ONG, también puede tener consecuencias sobre las víctimas, pero la voluntad de ayudar directamente a las víctimas siempre formará parte de la misión del Fondo. Esto se refleja en la lista de posibles beneficiarios, que utiliza el mismo lenguaje que el propósito: “representantes de organizaciones no gubernamentales que se ocupan de cuestiones relativas a las formas contemporáneas de la esclavitud” e “personas cuyos derechos humanos hayan sido gravemente violados como resultado de las formas contemporáneas de la esclavitud”. Ambos deben ser considerados por la Junta de Síndicos para poder recibir financiación o compensación⁶².

El Fondo está gestionado por el Secretario General de las Naciones Unidas a través de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el asesoramiento de la Junta de Síndicos⁶³. La Junta de Síndicos está “integrada por cinco personas con experiencia en el terreno de los derechos humanos y las formas contemporáneas de la esclavitud” nombrados por el Secretario General y deben representar diferentes regiones

geográficas⁶⁴. Se reúnen cada año para debatir proyectos, subvenciones y cuestiones políticas. También consultan a los donantes y a los responsables de los proyectos para poder asesorar al Secretario General y a la OACDH⁶⁵.

Como tal, la Junta de Síndicos es un componente fundamental del Fondo Fiduciario porque establece las directrices y, como tal, puede influir en gran medida en el proceso de toma de decisiones. Las directrices pueden encontrarse en el sitio web de la OACDH y se componen de una serie de normas. Algunos ejemplos de normas relevantes son: el valor máximo de cada subvención se establece en 30.000 dólares, la prioridad en la concesión es sobre “proyectos destinados a reparar, empoderar e integrar a las víctimas de las formas contemporáneas de la esclavitud mediante la prestación de asistencia directa” y sólo, “se admitirán solicitudes de organizaciones no gubernamentales”⁶⁶. La última regla es particularmente interesante porque la Resolución 46/122 permite que los individuos sean beneficiarios y no se refleja en las directrices. No obstante, las víctimas se verán muy favorecidas, puesto que deben ser las beneficiarias de los proyectos financiados por las subvenciones⁶⁷. Permitir que las ONG sólo soliciten una subvención puede ser una forma de organizar las solicitudes y limitar las cantidades posibles. La norma también especifica que “[n]o se admitirán solicitudes presentadas por entidades gubernamentales, parlamentarias o administrativas, partidos políticos o movimientos de liberación nacional⁶⁸” y esto debe formar parte del razonamiento de esta norma. Puede limitar el riesgo de politización de las subvenciones al tiempo que garantiza que los Estados nunca sean beneficiarios.

Los resultados de las directrices se muestran en las subvenciones concedidas en los últimos años. En los años 2016-2017, la Junta de Síndicos “recomendó que se aprobara la concesión de subvenciones a 33 proyectos, por un importe total de 553.000 dólares [...], a organizaciones no gubernamentales de 33 países⁶⁹”. Estos proyectos actuaron sobre la trata de personas y el trabajo en condiciones de servidumbre o forzado (el 64% de todas las subvenciones)⁷⁰. Fueron la realización de múltiples tipos de asistencia: asistencia psicosocial, asistencia médica, asistencia jurídica, asistencia educativa y formación profesional, asistencia financiera y desarrollo de las capacidades de los beneficiarios⁷¹. De hecho,

los tipos de asistencia fomentados por el fondo cubren la mayoría, si no todas, las necesidades de las víctimas, especialmente cuando un proyecto se dirige a múltiples tipos de asistencia.

Se trata de un fondo interesante por su enfoque centrado en las víctimas, aunque éstas no puedan solicitar directamente las subvenciones, pero también porque puede ser una gran ayuda para las ONG al servir de catalizador para recaudar más fondos⁷². Como tal, puede tener un impacto real en las vidas de quienes fueron víctimas de la esclavitud contemporánea. Algunas de esas víctimas también pueden recibir indemnizaciones del Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Trata de Personas (UNVTF).

3.2 El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Trata de Personas

Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Trata de Personas (UNVTF) forma parte del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. El plan fue adoptado en julio de 2010 por la Asamblea General como Resolución 64/293⁷³. Su mandato es “prestar asistencia humanitaria, jurídica y financiera a las víctimas de la trata de personas a través de los cauces de asistencia establecidos, como las organizaciones gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales⁷⁴.” Siendo así, su mandato no difiere mucho del objetivo que persigue el UNVTF-CFS: ayudar a las víctimas de una manera más directa proporcionando financiación a las organizaciones de base⁷⁵. La principal diferencia es el tema al que se dirige, pero, incluso así, no es imposible que el trabajo de ambos fondos fiduciarios se solape porque la trata de personas puede dar lugar a casos de esclavitud contemporánea. Las directrices del UNVTF-CFS intentan evitar los casos de solapamiento en las subvenciones con una serie de normas sobre las prioridades entre los proyectos, pero nunca se puede descartar por completo. Sin embargo, el UNVTF colabora más estrechamente con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) en el marco de sus esfuerzos para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la

Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo contra la trata de seres humanos⁷⁶.

La estructura del UNVTF es similar a la de su homólogo, el UNVFCFS. También hay una Junta de cinco síndicos que asesora al Secretario General de la ONU y a la OACDH. Hay una diferencia en el hecho de que la ONUDD actúa como secretaria de la Junta de Síndicos⁷⁷. Puede explicarse por la estrecha relación del UNVTF y la ONUDD, pero también por el hecho de que el fondo se creó como parte de un plan global que va más allá de la asistencia a las víctimas.

Esto no cambia el hecho de que las ONG son las mayores beneficiarias del fondo en términos de dinero concedido. Por supuesto, la mayor parte de los fondos concedidos vuelve a las víctimas a través de la asistencia. Aun así, el mandato se cumple utilizando los canales y medios habituales y no compensando a las víctimas directamente como puede hacer el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la CPI. Esto se puede ver al observar la distribución del dinero y los beneficiarios. Desde julio de 2019, el UNVTF “proporcionó 3,4 millones de dólares en subvenciones a 62 proyectos de ONG que proporcionan asistencia esencial a los supervivientes de la trata en más de 40 países⁷⁸” (traducido del inglés). Estos proyectos son diversos en cuanto a sus objetivos y medios de realización. Cabe señalar que varios de ellos se dirigen a tipos de explotación relacionados con formas de esclavitud contemporánea: servidumbre doméstica, trabajo forzado, explotación sexual⁷⁹, lo cual es, una vez más, un ejemplo de solapamiento entre dos de los fondos de la ONU.

Los proyectos financiados por el UNVTF deben ajustarse al paradigma de las “3 P”: “Prevención”, “Procesamiento” y “Protección”, formulado en el marco del Protocolo sobre la Trata de Personas⁸⁰. La primera “P”, “Protección”, significa asistencia humanitaria y apoyo psicológico. La segunda “P”, “Procesamiento”, se explica por sí misma, siendo un medio para ayudar a las víctimas a obtener un acceso a la justicia mediante de la representación legal o la asistencia jurídica. Este tipo de proyectos puede ayudar a las víctimas a obtener un estatus especial y, al final, alguna compensación. La última “P”, “Empoderamiento y prevención”, pretende ayudar a las víctimas en su autonomía y reintegración en sus comunidades. Esto puede lograrse mediante la formación de habilidades o

aumentado la concienciación de las víctimas⁸¹. Un proyecto también puede dirigirse a varias “P”, como proporcionar asistencia jurídica y apoyo psicológico. También pueden aparecer prioridades específicas en la convocatoria de propuestas, como la prioridad de la convocatoria de 2018 “proyectos que ayudan a las víctimas que salen de un contexto de conflicto armado y aquellos identificados entre los grandes movimientos de refugiados y los flujos migratorios⁸²”. Esto permite que el UNVTF siga siendo relevante y se dirija en las cuestiones más críticas y actuales en materia de trata de personas.

En cuanto a la financiación, el dinero recaudado puede proceder de dos fuentes: Los Estados miembros y los donantes privados. La mayor parte de la financiación procede de los Estados miembros (5.768.301 \$ de los 6.658.42 \$ recibidos hasta julio de 2019), siendo Bélgica el mayor donante, con una contribución total de 2.282.371\$⁸³. Como su nombre indica, se trata de un fondo voluntario y, como tal, las contribuciones deben realizarse de forma voluntaria. Posteriormente, se transmiten a la ONUDD y se conceden a las ONG, destinándose el 10% a cubrir los gastos operacionales⁸⁴.

El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Trata de Personas es muy similar al Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, ya que ambos están orientados a las víctimas, lo que constituye un punto fuerte de ambos fondos. La cuestión es entonces identificar otros fondos creados por la ONU y ver si están tan orientados a las víctimas como el UNVTF y el UNVTFCHS.

3.3 El Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura

El Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura (UNVFVT) fue creado en 1981 por la Resolución 36/151 como una extensión del Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para Chile⁸⁵. El Fondo Fiduciario para Chile se creó en un principio para ayudar a “personas cuyos derechos humanos hubiesen sido violados por su detención o encarcelamiento en Chile”, pero la Asamblea General observó que se cometían actos

onducir y disciplinar a los profesionales, a los defensores de los derechos de las víctimas sobre el terreno, a las redes de entidades pertinentes de la ONU⁹⁶ (traducido del inglés). Pueden informar a la Oficina de Implantación del Fondo Fiduciario (Departamento de Estrategia de Gestión, Política y Cumplimiento) de “cualquier carencia local de servicios de asistencia y apoyo que pueda abordarse mediante financiación” (traducido del inglés) o incluso sugerir proyectos directamente. La Oficina de Implantación (OI) debe entonces preparar una lista corta de propuestas y recomendaciones para el Comité de Revisión. El Comité da la aprobación final a cada proyecto y debe basar su decisión en su alineación con el propósito del Fondo: “la pertinencia de las necesidades de asistencia y servicios de apoyo de la localidad; la rentabilidad y la responsabilidad fiscal en relación con la prestación de los servicios; y la capacidad del socio ejecutor para supervisar e informar sobre los resultados a la OI⁹⁷” (traducido del inglés). Estas directrices parecen mucho más prácticas y muestran que los proyectos no se establecen de la misma manera que otros Fondos de la ONU. El Fondo trabaja con un socio ejecutor, normalmente una ONG, después de que se haya llegado a un acuerdo y se hayan establecido los términos y condiciones para el desembolso de los fondos. Tras el desembolso de los fondos, el proyecto y el trabajo del socio ejecutor serán supervisados y evaluados. El socio ejecutor también debe proporcionar frecuentes informes narrativos y financieros al OI. Esto permite que el socio reciba más fondos en un ciclo de financiación posterior⁹⁸.

Los proyectos financiados por el Fondo Fiduciario de Apoyo a las Víctimas de la Explotación y los Abusos Sexuales son similares a los financiados por otros fondos. El número de proyectos es menor, puesto que el Fondo es nuevo, pero los tres primeros proyectos finalizados revelan que existe una similitud. Los proyectos tienen como objetivo implementar programas o redes de apoyo para ayudar a las víctimas de explotación y abuso sexual. Aunque la estructura y el modo de funcionamiento son diferentes, dado que sus objetivos son muy cercanos y que todos están centrados en las víctimas, los Fondos de la ONU tienden a fomentar acciones similares: la instauración de programas o redes de apoyo para ayudar a las víctimas. También está el hecho de que, con la excepción del UNVFVT, todos los fondos analizados trabajan en la misma área

de especialización. Es fácil que se produzcan solapamientos entre las formas contemporáneas de esclavitud, la trata de personas y la explotación sexual, y, como tal, no es de extrañar que sus proyectos sean similares. Esta puede ser una forma de diversificar las fuentes de financiación de los distintos proyectos y de obtener más donaciones de los Estados miembros, que son los mayores contribuyentes por un enorme margen cuando se trata del Fondo de la ONU.

Aunque la diversidad de fondos puede ayudar mucho a la situación de las víctimas, hay un inconveniente: la existencia de muchos fondos requiere mucho más dinero. Esto es un problema: el UNVFVT carece de financiación y puede deberse a que simplemente hay demasiadas opciones para financiar. Cuando los presupuestos de los países ya están muy repartidos, no pueden contribuir a todas las causas. Esta apreciación de la situación lleva a preguntarse si la ONU podría realmente crear más fondos para las víctimas.

4. CONCLUSIÓN: ¿LOS NUEVOS FONDOS FIDUCIARIOS INTERNACIONALES COMO CAMINO A SEGUIR?

Los fondos fiduciarios son cada vez más comunes en el derecho internacional. Son un medio para lograr muchos objetivos y pueden ser más flexibles que el esquema habitual de compensación. En este documento se hace un repaso, con el objetivo de comparar y contrastar, de dos tipos de fondos que existen actualmente a nivel internacional: el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional y los Fondos Fiduciarios de las Naciones Unidas.

La creación del FFV fue un paso revolucionario en la justicia internacional porque sus dos mandatos, el de asistencia y el de reparación, nunca habían existido en el sistema penal internacional. La falta de contribuciones puede ser problemática en el futuro y limitar las oportunidades de los proyectos de asistencia y la capacidad del FFV para contribuir a las reparaciones. A otro nivel, están los fondos fiduciarios de la ONU. Tienen diferentes nombres y temas a tratar, pero la mayoría de ellos se crean con un modo de funcionamiento similar, a excepción del Fondo Fiduciario de Apoyo a las Víctimas de la Explotación y los Abusos Sexuales. El modo de funcionamiento

más frecuente es tener al Secretario General como administrador ayudado por una junta de síndicos. Fondo Fiduciario de Apoyo a las Víctimas de la Explotación y los Abusos Sexuales está más integrado en la estructura de la ONU y trabaja con la oficina de integración y los socios de ejecución. Sigue existiendo un gran parecido entre todos los fondos de la ONU: todos dependen de los estados o de contribuciones privadas. También se crean con fines similares: ayudar a las víctimas de diferentes violaciones de los derechos humanos. Por lo tanto, pensar en los fondos fiduciarios como una vía para proporcionar reparación a las víctimas está invariablemente entrelazado con la financiación de dichos fondos.

Será interesante ver si se crearán más fondos fiduciarios en los próximos años o si se utilizarán en mayor medida los fondos

fiduciarios existentes. Cabe preguntarse si se crearán más fondos fiduciarios porque parece existir la voluntad, especialmente en las Naciones Unidas, de reparar a las víctimas y los fondos fiduciarios parecen ser la mejor manera de lograr ese objetivo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las contribuciones actuales no son suficientes para realizar los proyectos que ya están en marcha. Habrá que encontrar un equilibrio si los fondos fiduciarios son una vía para proporcionar reparación a las víctimas de crímenes internacionales y otras violaciones de los derechos humanos. Esta visión general arroja luz sobre la cuestión de cómo pueden funcionar los diferentes mecanismos para ofrecer reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y que los fondos fiduciarios pueden ofrecer una vía para garantizar que las víctimas reciban apoyo y asistencia.

NOTAS

1. David Donat-Cattin, "Article 68 - Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings" en Otto Triffterer, ed, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, 2nd ed (München: C. H. Beck ; Hart ; Nomos, 2008) 1275 a 1277; Tom Dannenbaum, "The International Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims" (2010) 2 Wisconsin International Law Journal 234 a 239.
2. Frederic Megret, "Justifying Compensation by the International Criminal Court's Victims Trust Fund: Lessons from Domestic Compensation Schemes" (2010) 36:1 Brook J Int'l L 123 a 147.
3. Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* o el artículo 2 (3) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que establecen que deben concederse recursos a las personas cuyos derechos hayan sido violados por sus Estados "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171 art. 2(3) (entró en vigor el 23 de marzo de 1976)", en línea: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>, art. 2 (3); *Declaración Universal de Derechos Humanos*, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3ª sesión, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948) 71 art. 8.
4. Dannenbaum, *supra* nota 1, p. 237.
5. "Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), [1927] ICJ REP 21", en línea: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf>.
6. Véase John A. Yogis, Catherine A Cotter & Steven H Gifis, *Barron's Canadian law dictionary*, 6th ed (Hauppauge, N.Y: Barron's Educational Series, 2009), "trust fund".
7. Mark Jennings, "Article 79 - Trust Fund" en Otto Triffterer, ed, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, 2nd ed (München: C. H. Beck; Hart; Nomos, 2008) 1439 a 1440.
8. Eva Dwertmann, *The reparation system of the International Criminal Court: its implementation, possibilities and limitations* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010) p. 289.
9. Creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias, ICC-ASP Res.6, 1ª sesión, ICC-ASP/1/Res.6 (2000).
10. *Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas*, ICC-ASP Res.3, 4ª sesión, Resolución ICC-ASP/4/Res.3 (2005).
11. Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*, UNGAOR, Sesión 46, UN Doc A/CN.4/L.491/Rev.2 (1994) en 28; Jennings, *supra* nota 7 p. 1439.
12. David Donat-Cattin, "Article 75 - Reparations to victims" en Otto Triffterer, ed, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, 2nd ed (München: C. H. Beck ; Hart ; Nomos, 2008) 1399 a 1401.
13. Fanny Benedetti, Karine Bonneau y John L Washburn, *Negotiating the international criminal court: New York to Rome, 1994-1998* (Leiden: Nijhoff, 2014), p. 154.
14. Jennings, *supra* nota 7, p. 1439.
15. Megret, *supra* nota 2, p. 156.
16. *Ibid.*, p. 154.
17. Benedetti, Bonneau & Washburn, *supra* nota 13, p. 155.
18. *Ibid.* p. 158.
19. *Ibid.* pp. 159-160.
20. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 11 de julio de 1998, 2187 UNTS 38544 art. 75 (entró en vigor el 1 de julio de 2002).
21. *Ibid.*, art. 79.
22. *Reglas de Procedimiento y Prueba*, ICC-ASP Res.3, 1ª sesión, Resolución ICC-ASP/1/3 (2002), Regla 98(2).
23. *Ibid.*, Regla 98(3); Dwertmann, *supra* nota 8 p. 267.
24. *Creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la*

- contemporáneas de la esclavitud – Flyer* (Julio de 2014), en línea: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Slavery/FlyerSlavery_sp.pdf>.
61. *El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud*, *supra* nota 59, s 1b).
62. *Ibíd.*, s 1d).
63. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de la ONU para luchar contra la esclavitud - La Junta de síndicos”, en línea: <<https://www.ohchr.org/es/about-us/ohchrs-funding-and-budget/trust-funds/united-nations-voluntary-trust-fund-contemporary-forms-slavery/board-trustees>>.
64. *El Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud*, *supra* nota 59, s 1f).
65. *Ibíd.*
66. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud - Directrices del Fondo para los beneficiarios de las subvenciones y las organizaciones solicitantes*, en línea: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Slavery/UNVTCFS/GuidelinesSlavery_sp.pdf>.
67. *Ibíd* p. 1.
68. *Ibíd.*
69. *Fondo fiduciario de contribuciones voluntarias de las Naciones Unidas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud – Informe del secretario general*, AG Res 46/122, UNGAOR, 72ª sesión, UN Doc A/72/229 (2017).
70. *Ibíd.*
71. *Ibíd.*
72. Fred M Shelley & Reagan Metz, *Geography of trafficking: from drug smuggling to modern-day slavery* (Santa Barbara: ABC-CLIO, 2017) p. 329.
73. *Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas*, GA Res 64/293, UNGAOR, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Sup. N° 49, UN Doc A/64/49 (2010).
74. *Ibíd.*, anexo, s. 38.
75. The United Nations Office on Drugs and Crime, *United Nations Voluntary Trust Fund for Victims of Trafficking in Persons - Annual Report* (2017), en línea: <<https://www.unodc.org/unodc/human-trafficking-fund.html>> p. 6.
76. *Ibíd* p. 5.
77. *Ibíd* p. 6.
78. The United Nations Office on Drugs and Crime, *United Nations Voluntary Trust Fund for Victims of Trafficking in Persons - Factsheet* (July 2019), en línea: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Human-Trafficking-Fund/UNVTF_Factsheet_July_2019_28_NGOs_website.pdf>.
79. The United Nations Office on Drugs and Crime, *supra* nota 76 p. 15.
80. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *El Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para las Víctimas de la trata de personas - Introducción* (2018), en línea: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Human-Trafficking-Fund/UNVTF_Introduccion_SP.pdf> p. 2.
81. *Ibíd* p. 2.
82. *Ibíd* p. 5.
83. The United Nations Office on Drugs and Crime, *United Nations Voluntary Trust Fund for Victims of Trafficking in Persons - Annual Report* (2019), en línea: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Human-Trafficking-Fund/UNVTF_Annual_Report_2019_final.pdf>, p.29.
84. The United Nations Office on Drugs and Crime, *supra* nota 81 p. 7.
85. *Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura*, AG Res 36/151, UNGAOR, 36ª sesión, Sup. n° 51, UN Doc A/36/792 (1982).
86. *Ibíd.*
87. *Ibíd.*
88. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura - Directrices para el uso de organizaciones solicitantes y organizaciones subvencionadas* (octubre de 2020), en línea: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/Guidelines-UN-Torture-Fund2021_SP.pdf>.

89. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, "Fondo Voluntario de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura - Cómo contribuir", en línea: <<https://www.ohchr.org/es/about-us/ohchrs-funding-and-budget/trust-funds/united-nations-voluntary-fund-victims-torture/financial-situation-fund>>.
90. Office of the High Commissioner for Human Rights, *United Nations Voluntary Fund for Victims of Torture - Brochure* (February 2019), en línea: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Torture/UNVFVT/BrochureUNVFVT2020.pdf>> p. 14.
91. *Ibíd.* p. 10.
92. *Ibíd.*
93. Secretario General, *Medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales*, UNGAOR, 69ª sesión, Sup. No 49, UN Doc A/69/779 (2015), párr. 66.
94. *Ibíd.* p. 66.
95. Department of Management Strategy, Policy and Compliance, *Trust Fund in Support of Victims of Sexual Exploitation and Abuse - Annual Report* (2018), en línea: <<https://conduct.unmissions.org/remedial-trust-fund>> p. 2.
96. Department of Management Strategy, Policy and Compliance, *Trust Fund in Support of Victims of Sexual Exploitation and Abuse - Quick Reference Guide* (June 2019), en línea: <<https://conduct.unmissions.org/remedial-trust-fund>> p. 1.
97. *Ibíd.*, p. 2.
98. *Ibíd.*; Department of Management Strategy, Policy and Compliance, *supra* nota 97 p. 3.

DERECHO A LA PROTESTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO COLOMBIANO*

• • • • • Omar Huertas Díaz

Curso Posdoctoral en Derecho; Doctor en Derecho y Profesor Titular Universidad Nacional de Colombia; Doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Investigador Senior Minciencias 2018.

Nayibe Paola Jiménez Rodríguez

Abogada; integrante del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica "Extrema Ratio" UNAL; investigadora junior reconocida por Colciencias y docente del área de Derecho Público, con publicaciones indexadas en el área; Especialización en Derecho público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialización y maestría en docencia e investigación universitaria; igualmente, maestría en Derecho con profundización en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia; Profesora Politécnico Gran Colombiano

Ángela Paola Contreras Álvarez

Abogada de la Universidad Santo Tomás y Licenciada en Ciencias Sociales de la U.P.T.C.; especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia; Magíster en Derechos Humanos de la U.P.T.C.; Docente de medio tiempo del Departamento de Humanidades de la Fundación Universitaria del Are Andina; Docente de cátedra de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca e integrante del grupo de investigación Primo Levi de la UPTC.

RESUMEN

El presente artículo pretende evidenciar la fundamentación del derecho a la protesta desde el derecho internacional de los derechos humanos, para luego ubicar su regulación jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, por medio de una investigación de tipo cualitativa y un método de investigación descriptivo. Finalmente se obtiene que el derecho a la protesta se materializa desde la articulación de los derechos humanos de libertad de expresión y libertad de reunión o asociación, los cuales gozan al interior del orden jurídico colombiano de una protección constitucional. Lo anunciado se logra abordando la descripción de la normativa internacional en primer plano, para posteriormente abordar las regulaciones y disertaciones internas colombianas.

Palabras clave

Derecho a la protesta; derecho a la libre expresión; derecho de asociación.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the foundation of the right to protest from the international

law of human rights, to then locate its legal regulation in the Colombian legal system, the above, through a qualitative investigation and a descriptive research method. Finally, it is obtained that the right to protest materializes from the articulation of the human rights of freedom of expression and freedom of assembly or association, which enjoy constitutional protection within the Colombian legal order. The foregoing is achieved by approaching the description of the international regulations in the foreground, to later address the Colombian internal regulations and dissertations.

Keywords

Right to protest; right to free expression; right of association.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protesta se ha utilizado como un argumento de justificación para el desarrollo de manifestaciones en contra de las decisiones estatales, tal como se puede evidenciar en los años 2019 y 2020 en Colombia frente a la reforma tributaria, que fuera formulada por el ejecutivo. Bastante se especuló sobre el derecho a participar de las manifestaciones, del permiso

que se otorgaba por el Estado, de los desmanes que acaecieron por parte de la fuerza pública y de algunos sectores sociales, lo que lleva a plantear como interrogante de este documento ¿Cuál es la regulación y contenido del derecho a la protesta desde el derecho internacional de los derechos humanos, así como en el ordenamiento jurídico colombiano?, de manera que se obtenga claridad del ejercicio de la protesta y de los límites que le rondan.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente artículo se dio como resultado del desarrollo de una investigación de tipo cualitativo, que ha permitido abordar la realidad y el fenómeno jurídico de la actual protesta social. Se aplicó un método de investigación descriptivo con el propósito de cualificar y describir la existencia del derecho a la protesta social desde el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico colombiano. Por último, se efectuó una recolección de información por medio de la técnica de investigación documental y bibliográfica para la revisión y comprensión de los instrumentos internacionales como normativa interna.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este apartado se podrán evidenciar las generalidades del derecho a la protesta, las cuales se enlazan con el inicio de la misma, ya que esta palabra proviene del latín *protestari*, el cual originalmente representaba la legitimación de la inocencia de un sujeto, pero, con el pasar de los años, se logra establecer que su traducción o adecuación al español es *quien da testimonio de sus ideas ante los demás*, es decir, esto se deduce como el individuo razonable que realiza una protesta.

En consecuencia, el protestante vendría siendo aquella persona cuyo interés recae en exteriorizar sus ideas y/o reclamaciones frente a un tema de su interés mediante actos públicos, para así ser percibido por la sociedad o el Estado y obtener una respuesta o solución a su inconformidad.

La evolución de esta exteriorización ha venido aumentando con el pasar del tiempo; en la actualidad el significado se encuentra ligado con la manifestación de una problemática de un determinado grupo de personas ya sean mayorías

o minorías en contra del Estado para que éste les garantice unos mínimos legales; y es así como se ha llegado a materializar por medio de marchas, ocupación de espacios públicos y resistencia.

3.1. FUNDAMENTACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La protesta en el marco de su evolución generó la necesidad de regulación por parte de entidades internacionales, reforzando consigo la motivación a establecer una presión al Estado por medio de una protesta organizada y pacífica.

Ahora bien, este derecho puede ser individual o colectivo; el primero radica en que una persona determinada y con diferentes métodos exterioriza sus inconformidades frente a un tema; por ejemplo un padre al cual le han secuestrado a su hijo, inicia una protesta pacífica e individual en la cual decide recorrer toda Colombia a pie y descalzo; frente a la segunda se puede entender como colectiva porque dicha inconformidad no afecta a una sola persona sino a una población determinada; por ejemplo el Estado decidió congelar el salario de los Servidores Públicos por 6 meses; al no encontrarse satisfechos con esta noticia los servidores públicos deciden detener todas sus funciones hasta que se establezca una solución a dicha inconformidad.

Frente a la conceptualización doctrinante de derecho a la protesta según Batalla (2014) se trata de una unión que se deduce del derecho a la libre expresión, así como también el derecho de reunión, siendo estos examinados en simultáneos tratados internacionales de derechos humanos, pues son incluidos en un sistema tanto universal como interamericano de protección de los mismos.

La protesta como un derecho ha sido blanco de diferentes objetivos políticos, pues se ha encontrado con éste un propósito, el cual es la búsqueda de poder, por lo que últimamente los imaginarios globales han suscitado la participación de actores tales como la ONG y grupos de defensa de los derechos humanos. (Sassen, 2007, p. 235).

En consecuencia, el reconocimiento y legitimidad que se le otorga a una protesta se debe realizar bajo determinadas cuantificaciones constitucionales, legales y jurisdiccionales, dentro de las cuales se establece que dicha protesta se desarrolle dentro de un ámbito

pacífico que no incluya ni actos ni objetos que inciten a la violencia, odio y destrucción, es decir, un desarrollo autónomo y pasivo. Es importante enunciar lo anterior debido a que donde recae esta confrontación directamente es en la cotidianidad entre el derecho individual y los derechos colectivos como particularidad, toda vez que se origina el contraste entre el respeto por el derecho a la protesta y los demás derechos que pudieran verse afectados con la ejecución de la protesta en algunas ocasiones, por medio de la violencia, daños sociales y económicos, desestabilización del orden público tanto político, social como económico.

La protesta se entiende como el mecanismo de manifestación frente a un disenso entre el estado y la sociedad; se reconoce como Derecho Fundamental, desde el orden interno como internacional, según Vallejo y Parra (2000); resalta que Colombia se encuentra obligado debido a los diferentes instrumentos sobre derechos humanos, así como en el sistema universal ONU, como en el sistema Interamericano OEA.

La inclusión de los tratados y convenios internacionales generan una potencialidad normativa al ordenamiento interno colombiano, ya que estos se vinculan directamente a la Carta Magna a través del bloque de constitucionalidad, generando consigo unas obligaciones directas para el Estado, así como frente a otros Estados y frente a la sociedad misma. Respecto al derecho a la protesta se exponen 2 tipos de compromisos.

1. La obligación de abstención, es decir, la limitación del ejercicio estatal, tales como el uso de la fuerza y represión a la sociedad frente a las protestas pacíficas.
2. La obligación garantista, la cual exige al estado la ejecución de acciones suficientes para garantizar la protección de los bienes jurídicos para el ejercicio de otros derechos de la sociedad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986)

Estos compromisos internacionales se obtienen de los siguientes instrumentos que dan cuenta de la enunciación normativa del derecho a la protesta. Así:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 21 expone el derecho a la reunión pacífica, pues éste solamente puede estar sujeto a restricciones de ley que

sean útiles en una sociedad democrática, ya sea por la seguridad nacional o pública, el orden público y para garantizar los derechos y libertades de los demás (PIDCP, 1966), en otras palabras, este pacto reconoce el derecho a la protesta, pero también afirma que debe estar sometido a unas limitaciones, con el fin de preservar la seguridad pública.

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo 21 expresa que todas las personas pueden asociarse ya sea para manifestación pública o una asamblea transitoria que tenga relación con los intereses comunes (DADDH, 1948); esta declaración respalda que la manera correcta para defender los intereses comunes es por medio de manifestación pública dentro de unos parámetros y principios de soberanía.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 20 expresa que todos los individuos tienen derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, el cual se entiende como la legitimidad que tienen todos los ciudadanos para reunirse de forma intencional, temporal y pacífica en un espacio privado o público con un fin conjunto (OIDDH de la OSCE, 2007); en otras palabras se considera como derecho a la protesta aquel que garantice unos mínimos de armonía, concordancia y responsabilidad social, con aplicación clara de principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), comprometida con el sostenimiento de la paz y la seguridad internacional, así como el fomento de la fraternidad entre los Estados y promoción del progreso social, y la mejora del nivel de vida y los Derechos Humanos (ONU, 2000), ha establecido unos procedimientos o mandatos especiales para la protección de los derechos humanos, dentro de los que se podría resaltar el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, indicando que, para el año 2010, éste es un derecho que recae en cabeza de toda la ciudadanía, pero que tiene alta relevancia para algunos grupos poblacionales específicos. Así:

En todas las movilizaciones que se presenten, siempre habrá un grupo que se encuentra mucho más expuesto que los demás; ellos son los periodistas, los defensores de DDHH,

las personas en condiciones de discapacidad, las mujeres y niños, personas LGTBIQ+, los desplazados, trabajadores migrantes entre otros.

Igualmente, se pone de presente la resolución 25/38 del 11 de abril de 2014 de la ONU, que hace referencia a la garantía de protección de los derechos humanos en las manifestaciones pacíficas; esta resolución lo que pretende es resaltar la responsabilidad que tienen los Estados dentro de las manifestaciones pacíficas, en otras palabras, exige a los Estados cumplir en su totalidad obligación de la abstención y garantía, ya que las consecuencias derivadas de estas protestas han generado violaciones graves a los derechos humanos frente a temas tales como las desapariciones forzadas, las violaciones, los homicidios y feminicidios, detenciones arbitrarias, torturas y tratos crueles, y abuso de los procedimientos legales.

También se plantea en esta resolución la disolución de las manifestaciones, indicando que se han establecido que procedimientos legales y los usos excesivos de fuerza para este propósito sólo logran incrementar los riesgos a las violaciones de los derechos fundamentales; por ende, sólo debe recurrirse a esta disposición única y exclusivamente cuando sea estrictamente inevitable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del sistema regional de protección de Derechos Humanos, indica que solamente se pueden poner limitantes a las movilizaciones pacíficas de forma excepcional en los siguientes casos, so pena, como lo indica Huertas, Jiménez y Perdomo (2015), que se declare la responsabilidad del Estado:

En primer lugar, se deben adoptar todas las medidas necesarias para que se pueda realizar la reunión, sin que ocurra algún daño a los participantes tales como la violencia física e intelectual, siendo éstos retirados de la manifestación; en segundo lugar, cuando en la reunión se encuentre “el odio” por razones religiosas, de raza o de sexo, o se realice algún tipo de publicidad que motive a la violencia; en tercer lugar, encontramos la manifestación que dificulte completamente el paso a un servicio público básico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca que la protesta social es una herramienta de participación democrática y que por tal razón es primordial en las solicitudes de

garantías de los derechos fundamentales frente a una autoridad sociopolítica.

Las movilizaciones están íntegramente arraigadas a la promoción y defensa de la democracia; así la Corte Interamericana ha expuesto que la protesta debe ser entendida no sólo como un derecho sino un deber de defender la democracia (CIDH, 2019)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que es inadmisibles la penalización de las movilizaciones en vías públicas, siempre y cuando se hayan realizado dentro del derecho a la libre expresión y reunión (CIDH, 2016), pero señala que pueden interponerse algunas limitaciones razonables siempre y cuando, dicha limitación esté mediada por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por consiguiente y como conclusión de lo establecido por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe resaltar que frente al derecho a la protesta social:

- Se garantiza en su totalidad la protesta social y pacífica.
- Prohíbe limitaciones excesivas y abuso de la fuerza por parte de los Estados.
- Se elimina cualquier tipo de permiso para realizar estas protestas sociales, que ya son un derecho fundamental.
- La protección de la integridad física, psicológica y social de los manifestantes.

Ahora, como complemento de lo anterior, el derecho a la protesta social se encuentra fundamentado desde la perspectiva interna colombiana.

3.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Para iniciar la parte normativa de este apartado se establece que en Colombia la protesta está regulada por el artículo 37 de la Carta Política, el cual manifiesta que el pueblo tiene el poder de ser el primer constituyente ya que puede llevar a cabo manifestaciones públicas y pacíficas; pero en esta mención también otorga un poder regulado y limitado al Congreso de la República para que, en algunos casos, y mediante una ley pueda limitar el ejercicio de este derecho. (Constitución Política, 1991).

Este derecho ha sido entendido como el vínculo de varios derechos fundamentales como

lo son: la libre expresión, la huelga, la asociación pacífica entre otras garantías que se utilizan en circunstancias específicas de la movilización (FIP, 2018).

Así, el derecho a la protesta social se encuentra regulado desde los siguientes postulados constitucionales: el primero de ellos se encuentra en el artículo 20, el cual establece la libertad de expresión y difusión de pensamientos y opiniones; en segundo lugar se encuentra el artículo 38, el cual garantiza la libre asociación en cualquier actividad; en tercer lugar se encuentra el artículo 56, el cual es el derecho a la huelga, siempre y cuando no se encuentren inmiscuidos servicios públicos; en cuarto lugar se encuentra el artículo 107, el cual garantiza a todos los ciudadanos a fundar, y organizarse en partidos o movimientos políticos (FIP, 2018)

Para Salcedo (2009, p. 83), el derecho a la reunión es uno de los procedimientos directos para ejercer el derecho a la protesta, lo cual evidencia que este último derecho coexiste con los distintos derechos fundamentales de la sociedad, generando consigo un cimiento principal de su ejercicio, siendo así como se respalda el derecho a la libertad de expresión, de asociación, y de reunión.

El derecho a la protesta tuvo sus inicios en la Carta Magna de 1886 donde se consagraba que la autoridad competente podría deshacer toda reunión que pusiera en riesgo las vías públicas (Constitución política, 1886), lo que permitiría inferir que no se trató de una constitución garantista; por el contrario reflejaba cierto despotismo social, lo que cambió con la llegada del interés por la garantía de los derechos, los cuales, según Uprimny y Sánchez (2010, p. 47), se instauraron ascendentes términos y revisiones al dominio presidencial y por consiguiente se declaró el derecho a reunión y manifestación pública y pacífica como un derecho fundamental y por tal razón quien debía limitar este derecho única y exclusivamente debía ser el Estado por medio de ley.

La Constitución Política de 1991 no determinó taxativamente los parámetros y principios que se deben argumentar para que se genere una limitación al derecho de reunión y manifestación; por el contrario, le dio potestad total al legislador para que éste determine las razones por las cuales se debe limitar este derecho.

De otra manera, se encuentran restricciones que se asignan al ejercicio del derecho de reunión, puesto que se debe preservar el sostenimiento del orden público; así como las libertades y derechos individuales, se ha encontrado una tergiversación de lo que se denomina criminalización de la protesta social, la cual ha sido objeto de estudio en las ciencias sociales.

Por otro lado Uprimny y Sánchez (2010, p. 48) establece como la violencia en estas protestas se realiza con fines sociopolíticos, lo cual debe ser intolerable en el Estado Social de Derecho ya que no se estaría garantizando la participación popular, así como la posibilidad de solucionar o regular las peticiones de la sociedad. Pero también es claro que no todos los mecanismos de protesta están avalados por la ley, ya que la protesta debe ser pacífica como regla general, pero si por el comportamiento violento y excesivo, desencadenan un debate de quienes se sienten identificados y quienes no, ya sea por afectación económica, social o simplemente ideológica, no se encontrará avalada por el ordenamiento interno.

No se debe inmiscuir la violencia de la protesta, toda vez que, al ser un mecanismo de participación, pretende establecer inconformidades de la ciudadanía por medio de movilizaciones con estricto sentido pacífico. En este contexto Uprimny y Sánchez (2010), establece que esta protesta es fundamentalmente legítima cuando “la protesta social no se pone en riesgo ni la libertad, ni la vida de las personas”.

En este sentido el derecho a la protesta y la manifestación ciudadana se encuentran restringidas o condicionadas con los derechos fundamentales de demás ciudadanos que no ejercen la protesta, es decir, el derecho a la protesta no puede violentar los demás derechos fundamentales. Colombia, al ser un Estado democrático y participativo, busca darle prioridad al derecho de la mayoría sin vulnerar los derechos individuales.

Colombia por más de 50 años ha estado inmersa en un conflicto armado, lo cual ha generado un compromiso interno, toda vez que la protesta al representar beneficios ideológicos, sociales, económicos y políticos, generaba una mística frente a quienes ejercían el derecho a la protestas y manifestaciones, porque se les asociaba con grupos guerrilleros y paramilitares que existían en el país.

No existe excusa para realizar actos de represión en contra de los marchantes, aunque en algunos casos, como en los grupos guerrilleros, esto se usa de estrategia para combinar formas de lucha en contra del Estado. (Uprimny y Sánchez, 2010)

En consecuencia, se evidencia como Colombia tiene una historia marcada por incontables sucesos de violencia en contra de los manifestantes, por parte de los ciudadanos que no compartían la ideología y razones de la protesta misma, que por su historia ha ido evolucionando, lo cual ha generado que se realicen estudios en torno al desarrollo de ésta, realizándose de la siguiente manera:

- Para Marcela Velasco (2006), la protesta es consecuencia de la centralización política que excluye los derechos humanos (Ramírez 2002).
- Velasco (2006) afirma que los estudios establecen que las protestas tienen como propósito hacer valer políticas públicas para la materialización y concreción de derechos humanos que aún no son aplicados en la sociedad; razón por la cual se encuentran la pobreza, contradicciones de clase y de poder (2p.2).

Los promotores de la ejecución de actos de protesta en el país suelen ser personas que se han visto manguadas en las posibilidades de mejorar su calidad de vida, siempre y cuando éstas no se encuentren manipuladas por dirigentes políticos (Gargarella, 2007)

Lo que pretenden los manifestantes es evitar arrestos arbitrarios por ejercer un derecho fundamental (Benítez, C., Archila, J. & Bayona, L. (2020); ahora bien, la solución que proponen es de ser irreconocibles frente a la policía, pero al presentarse, esto se evidencia como el idealismo de los manifestantes a favor de grupos de interés, partidos políticos, etnias, corrupción y líderes, objetando consigo una idea de exigencia legal y justa para la sociedad.

Así, se organizan las fundamentaciones del derecho a la protesta desde una órbita de derecho interno colombiano:

3.3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

- Referente al *preámbulo y los principios constitucionales*, se puede evidenciar que la Carta Política de 1991 garantiza la libertad

de expresión, así como la difusión de los pensamientos y opiniones de la sociedad en general, esto con el fin de respetar el Estado Social de Derecho donde se garantizan todos los derechos vitales de la sociedad sin discriminar y que así se pueda acudir a la justicia de una manera más clara y transparente.

Por otro lado, el derecho a la protesta pacífica es de crucial importancia, ya que estas tendencias se generan gracias a los intereses particulares de un grupo social, puesto que estos van en contra del orden establecido por una clase dominante, de una manera pacífica, eficaz y contundente para evitar enfrentamientos políticos y sociales entre los colombianos.

- Siguiendo con el hilo Constitucional el *artículo 20 de la Carta Política* establece que todas las personas tienen derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento; en otras palabras, este artículo establece que el pensamiento y la expresión del ser humano son inherentes a la libertad. Por tal razón no se puede prohibir ya que sirve para enunciar una inconformidad o descontento frente a un tema de alto impacto en la sociedad. Es por esta razón que se debe limitar y controlar para que sólo se dé en escenarios pacíficos y controlados que lleven a las soluciones a través del diálogo.
- E *artículo 37 de la Carta Política* establece que todas las personas pueden reunirse y manifestarse de forma pública y pacífica, limitándose solamente por el ejercicio de la ley. En otras palabras se concluye el núcleo esencial del derecho a la protesta ya que se deriva del principio de la democracia participativa. Por otro lado, establece que existen unos casos según la ley en los cuales se podrá limitar dicho derecho.

En este sentido, se sobrentiende que el legislador es quien deberá constituir los casos en donde se pueda restringir el derecho a la reunión y manifestación pacífica, pero al no existir una claridad, este artículo deja un vicio frente a los casos en que se debe limitar el derecho a la protesta.

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Frente a los pronunciamientos establecidos por la Corte respecto al derecho a la protesta,

ésta recalca que se encuentra amparado constitucionalmente y por ende en reiteradas sentencias la institución ha señalado que los colombianos están autorizados para levantar la voz, reunirse pacíficamente pues el Estado debe garantizar y proteger el derecho en mención.

Igualmente se hace alusión a la Convención Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 13, que permite que se consagren las manifestaciones públicas y el ejercicio de la libertad de expresión como elementos centrales de las protestas, aclarando por su parte que, aunque es considerado un derecho fundamental, éste no es absoluto, toda vez que se objeta todo acto violento en las marchas, ya al tornarse violentos pierden el foco de lo que se pretende lograr; por consiguiente este derecho sólo se puede irrumpir al momento en que se presenten vulneraciones de otros derechos, pero esto no habilita a las autoridades competentes del orden a propasarse en el uso de la fuerza, así que frente a los marchantes pacíficos y no pacíficos no sólo se debe garantizar el derecho a la protesta, sino otros derechos fundamentales como son la vida, la integridad física y el derecho a la libertad.

En consecuencia, la Corte reitera en sus múltiples pronunciamientos que es intolerable toda acción conducente a la muerte, tortura, desaparición, abusos sexuales y privaciones injustas de la libertad por parte de la fuerza pública en el ámbito de la protesta.

En consecuencia, se evidencian a continuación el análisis de los diversos pronunciamientos de la corte constitucional. Así:

- La *Sentencia T- 456 / 92* establece que:

Las limitaciones del ejercicio del derecho de la reunión y manifestación, solamente las podrá hacer el legislador, pero la Constitución Política no determinó la forma en que los derecho y valores deben ser protegidos, al igual que la justificación de las restricciones. Simplemente se otorgó al legislador limitar el ejercicio, generándoles así a los jueces la tarea de estudiar las restricciones aceptables mediante fórmulas de ejercicio entre los derechos y los deberes de los manifestantes; así las limitaciones se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. (*Sentencia T-546 de 1992*)

Esta sentencia pretende nivelar el vicio que se ve reflejado en el artículo 37 de la

constitución, ya que indica el legislador que debe existir un límite al derecho a la protesta con el fin de armonizar los conflictos de las manifestaciones de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás, pues generalmente las limitaciones se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. Por otro lado, hay que resaltar que una democracia participativa no puede generarse sin este derecho de reunión, ya que es la manera de la sociedad de expresarse en contra del Estado.

En esta sentencia la corte hace un análisis sobre la forma en la cual se dan las disoluciones de las protestas violenta y aclara que éstas no pueden ser disueltas arbitrariamente toda vez que la Policía y el Esmad sólo pueden interponerse para aislar los focos de violencia y deben manifestarse de manera proporcional y racional.

En conclusión, el derecho de la libertad de expresión concuerda con la idea de la democracia participativa y no debe restringirse únicamente para la protesta ciudadana, sino por el contrario debe contemplarse de forma más amplia; por otro lado, también se establece que es el legislador es el único que puede limitar este derecho bajo sus propios criterios, sin vulnerar los derechos de los manifestantes.

- La *Sentencia T-219 / 93* establece que:

Es un derecho de carácter constitucional y fundamental la libertad de reunión, razón por la cual la vulneración de este derecho solamente se puede ver limitada cuando la ley lo impone de manera conveniente y razonable (*Sentencia T-219 de 1993*)

Establece la Corte que en el momento en que el legislador o la Corte Constitucional limitan el derecho a la protesta no incurren en una vulneración directamente, sino, por el contrario, lo que hacen es igualarlo con otro derecho para que ninguno sobrepase a otro.

Se entiende que la libertad de reunión es un derecho de carácter constitucional fundamental; no obstante, es objeto de limitaciones por parte de la ley que deberá estar ajustada a los preceptos constitucionales sin que se altere el núcleo esencial.

Las limitaciones que se generan frente al derecho a la protesta encuentran respaldo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que estos examinan el

derecho a la protesta pacífica con restricciones que salvaguardan la seguridad nacional y el orden público entre otros.

En conclusión, la Corte establece que cuando a través de una ley que cumple con las exigencias constitucionales, se limita el derecho a la protesta, ésta no vulnera su núcleo esencial presente en un Estado Social de Derecho.

- La Sentencia C-024 / 94 establece que “Colombia como Estado social de derecho, debe respetar el derecho a la protesta”. Describe la decisión que el uso del poder de policía administrativa y judicial se debe encontrar ajustado siguiendo los preceptos de la Constitución Política, pues de ésta se deriva la finalidad de la policía de mantener el orden público, siendo una condición inherente para el ejercicio de las libertades democráticas; de allí se desprenden varios criterios que limitan el uso de los poderes de la policía.

En el ejercicio de la coacción de policía que es usada para fines distintos a los presupuestados en el ordenamiento jurídico, constituye en sí problemas de desviación de poder, así como también el delito de abuso de autoridad por parte de las autoridades.

Por otro lado, esta sentencia evidencia que el derecho a la reunión es una libertad fundamental, que se genera por medio de una manifestación colectiva acompañada de la libertad de expresión, siendo utilizado como un medio de comunicación para ejercer derechos políticos y sociales de cada ciudadano; así pues este derecho es la base de las acciones políticas que se realizan en ámbitos de campañas electorales, así como también movimientos cívicos y manifestaciones legítimas que se deriven del apoyo y protesta

El derecho a la protesta se puede limitar, en varias situaciones según la Corte, pero que se pueda limitar no significa que la ley pueda restringir a su arbitrio un derecho fundamental como lo es el de reunión, sino que este debe revisar y respetar ciertos valores, principios y derechos que se encuentran en la Constitución Política. Es bajo estas condiciones que el legislador debe considerar si limita el derecho o no, todo dentro del marco del ejercicio del equilibrio que permita conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como concertar los apuros que se generan en el ejercicio de este derecho la protesta.

- La Sentencia C-075 / 97 establece que:

La huelga y la protesta social no siempre van de la mano, pero se debe tener en cuenta que la limitación al derecho de la huelga lleva consigo también la limitación del derecho de la protesta; aunque este último ha sido protegido por la Carta Magna, se pregona también que ninguna protección es absoluta, pues el interés general debe ser supremo.

Aquí la Corte se pronuncia frente a la limitación del derecho, ya que cuando no se realiza, suele obtenerse como consecuencia la ejecución de ambientes violentos y vulnerar los derechos de las otras personas, adicional a que debe la Corte regular la aplicación y garantía de todos los derechos, pues no existe un derecho absoluto.

- La Sentencia C-742 / 12 establece que

Se reconoce al legislador la competencia de determinar en cuáles casos se requiere informar la fecha, hora y lugar de la reunión de la manifestación; contrario sensu, el Congreso ha expuesto que no se puede crear una base para que una reunión sea prohibida, entendiéndose entonces el permiso como un aviso previo que no es para solicitar autorizaciones a fin de ejercer un derecho fundamental, sino simplemente un acto de información a las autoridades. (Sentencia C-742 de 2012)

Como bien se ha mencionado a lo largo del presente texto, se evidencia que no puede existir una prohibición del derecho a la protesta, y al momento en el que estas manifestaciones se tornan violentas, el Estado debe regular de manera proporcional para evitar la violación de otros derechos y a su vez permitir que las actividades propias del derecho a la protesta sigan su curso de manera pacífica.

- La Sentencia T – 366 / 13 establece que el pueblo puede reunirse y manifestarse de forma pacífica, y sólo la ley puede imponer restricciones en este derecho. Para el caso colombiano el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente está registrado en la Constitución Política y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Corte incorpora el derecho de manifestación al ordenamiento jurídico porque garantiza la libertad de expresión privilegiando la

participación democrática. Su función es lograr que el Estado o las autoridades tengan en cuenta la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades de ciertos sectores, en general minoritarios.

La Corte también establece que este derecho se da en dos dimensiones: la primera estática (reunión) y la segunda es la dinámica (movilización); éstas se pueden dar de forma individual como colectiva sin discriminación alguna, ya que es un derecho del y para el pueblo, todo dentro del marco de legalidad y neutralidad pacífica; en otras palabras, la única protesta que cuenta con el respaldo constitucional para su garantía es la protesta pacífica.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la protesta se encuentra consagrado por instrumentos internacionales que se originan en la organización de Naciones Unidas (ONU), como en el sistema interamericano de derechos humanos. Dentro de dichas regulaciones se describe el contenido, las obligaciones internacionales a cumplir por parte de los Estado, así como los casos de limitación del derecho, recordando la obligatoriedad de evitar el exceso de fuerza hacia los manifestantes.

En Colombia no se encuentra taxativamente regulado el derecho a la protesta, que por el

contrario se encuentra ligado con el derecho a la manifestación regulado desde el artículo 37 de la Constitución Política, con articulación al artículo 20.

Igualmente, el derecho a la protesta no es un derecho absoluto ya que, de acuerdo con la jurisprudencia estudiada, este derecho se puede limitar de acuerdo con cómo lo considere el legislador siempre y cuando se encuentre vinculada con la preservación del orden público.

Este derecho debe ejercerse dentro del marco normativo establecido en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, con el fin de atender la prevalencia del interés general que se encuentra inmerso en la Constitución política. Sin embargo, las limitaciones que imponga el legislador al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias ni tampoco desconocer su magnitud jurídica.

Frente a las decisiones de la Corte se puede concluir que el derecho a la protesta es fundamental puesto que se encuentra directamente relacionado con la democracia. por ende, su regulación se encuentra a cargo del Congreso de la República, teniendo los límites definidos por la Corte; sin embargo, éste no tiene carácter absoluto por lo que ha sido posible la restricción del mismo.

REFERENCIAS

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6 párr. 21.
- Constitución política de Colombia (1991).
- Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly de la OIDDH de la OSCE (2007). Varsovia pp.30-35.
- Batalla, A. Coord. (2014). *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales*. Chile. Tomado de http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2015/04/PROT_ESTA-SOCIAL.pdf
- Beale, A. (2012). De los medios de comunicación estatales a las redes mundiales. En Moragas, M. (Ed.), *La comunicación: De los orígenes a Internet*, pp. 157-178.
- Benjamin, W (1998). *Por una crítica de la violencia y otros ensayos*. Barcelona, Taurus.
- Benítez, C., Archila, J. & Bayona, L. (2020). Ius Comune Latinoamericano y la Figura del Estado de Cosas Inconstitucional como Acercamiento a la Justiciabilidad de los Derechos en Perspectiva Dialógica. En *Ius Commune en Perspectiva Sistémica Latinoamericana*. Bogotá, Editorial Ibáñez.
- Beck, U. (2002). Hijos de la libertad: contra las lamentaciones por el derrumbe de los valores. En Beck, U (Ed.), *Hijos de la Libertad* (pp. 7-32). V. Berlin, I. (2014).
- Bühler, J. (2005). *Las Ideas Políticas en la era Romántica*. Segunda Edición. México, Fondo de Cultura Económica.
- CIDH. (2016). *La Cultura en la Edad Media*. Barcelona: Reditar libros. VII. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Correa, N. (2014). *El costo presupuestal del paro judicial*. Bogotá, D.C.
- Consejo Superior de la Judicatura. Obtenido de https://www.ramajudicial.gov.co/portal/historico-de-noticias/-asset_publisher/tc8GIx9NJWBV/content/id/4456607 IX. Escobar, S.
- Gargarella, R. (2007). Un Dialogo sobre la ley y la Protesta. *Revista POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, 139-170, XI.
- Huertas Díaz, O., Jiménez Rodríguez, N. P., & Perdomo Mejía, M. F. (2015). La responsabilidad internacional del Estado Colombiano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2006–2013). *Revista Jurídica Piélagus*, 14(1), 217-224. <https://doi.org/10.25054/16576799.684>.
- OAS. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión. Documento disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf> VIII.
- ONU. (2014). El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, (4), XII, ONU.
- ONU. (2014). Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai (A/HRC/26/29). Documento disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/dpages.aspx?si=A/HRC/26/29,XIII>, ONU.
- ONU: Informe anual del Relator. Cuestiones relativas al ejercicio de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en el contexto de las instituciones multilaterales. (A/69/365). Documento disponible en: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/523/25/PDF/N1452325.pdf?OenElementXIV>.
- ONU. (2014). Resolución N° 25/38 para la promoción y protección de los derechos.
- ONU, (2016). Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones. (A/HRC/31/66). Documento disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/dpages.aspx?si=A/HRC/31/6>.

A SYSTEM AT THE VANGUARD: THE EVOLUTION OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM, 1948-PRESENT

Rebecca Smyth

Lecturer, Birmingham City University.

ABSTRACT

The inter-American human rights system (IAHRS) has made considerable contributions to advancing women's human rights in both conceptual and practical terms. This article will provide an overview of key developments in this area of IAHRS jurisprudence over the past seven decades. While attention to women's human rights was limited in the early years of the system's operation, since the 1990s it has arguably been at the vanguard of advancing an intersectional feminist approach to international human rights law (IHRL). It will be argued that the IAHRS has taken such an approach to women's human rights for three main, interrelated reasons: the presence of a dedicated women's rights body within the IAHRS; the particular socio-political context in which the IAHRS has evolved; and the system's responsiveness to Latin American feminist praxis.

Keywords

Women's human rights; feminist approaches to international human rights law; the inter-American human rights system.

1. INTRODUCTION

The inter-American human rights system (IAHRS) of the Organization of American States (OAS) is the world's oldest and arguably most progressive regional human rights system. Whether through adopting and developing concepts from civil society activism in its jurisprudence such as enforced disappearances¹ and femicide,² or through being the first human rights system to adopt conventions on disabled people's and older person's rights,³ the IAHRS has been described as taking an 'original, creative, avant-garde'⁴ approach to the interpretation and

application of international human rights law (IHRL).

Despite its considerable achievements in an often-challenging context, the IAHRS continues to attract limited attention in Anglophone, Global North literature.⁵ In addition, there would appear to be no comprehensive history of the evolution of the IAHRS's jurisprudence on women's human rights. In response, this article will serve as a starting point for further exploration of these lacunae.

The first part of this article will consider the period from 1948-1994. While women's human rights were largely absent from IAHRS jurisprudence during this period, there were some indications of a responsiveness to feminist thinking and activism, and individuals and organisations both within and outside of the IAHRS laid important groundwork for developments in subsequent decades.

Part two will consider the period from 1994-2012, when women's human rights became a major focus of the IAHRS. This period represented the IAHRS's first tentative steps on what Palacios Zuloaga has termed 'the path to gender justice':⁶ while the increased attention to women's human rights issues and attempts at "gender-sensitive reasoning" on the part of the Commission and Court were welcome, they were not without their conceptual limitations.

The third and final part of this article will consider the period from 2013 to the present. During this time, the IAHRS has paid increasing attention to sexual and reproductive health and rights (SRHRs), one of the most contested areas of women's and LGBTQI people's rights, and it has been increasingly willing to challenge states for violations of these rights. There have also been indications of a more coherent understanding of intersectionality and gender-

sensitive legal reasoning within the IAHS in recent years. As such, it will be illustrated that the IAHS has advanced considerably along the path to gender justice, even if conceptual and practical obstacles may remain strewn along the way.

Grounded in an intersectional feminist methodology, this article will argue that the IAHS must continue to develop a coherent, unified approach to the rights of women and gender-diverse people. Rather than their experiences being twisted to fit current understandings of IHRL, IHRL must be reshaped to represent and respond to their lived realities.

2. METHODOLOGY: INTERSECTIONAL FEMINIST APPROACHES TO IHRL

IHRL can be understood as a contested discourse which possesses the potential to oppress or liberate in equal measure.⁷ Feminist and TWAIL scholars have highlighted how the origins and evolution of IHRL throughout the 20th century perpetuated many of the exclusions and oppressions characterising domestic law by taking a 'white, Anglo-Western/European, Judeo-Christian, educated, propertied, heterosexual, able-bodied male' to be the normative standard.⁸ As a result of this conceptual basis, IHRL often fails to recognise the systems of oppression giving rise to harms against liberalism's "others" and does not recognise these harms as human rights violations. To address these major issues and realise the transformative, liberatory potential of IHRL, courts and quasi-judicial bodies should adopt an intersectional feminist approach to legal reasoning. Intersectionality is 'a method and a disposition, a heuristic and analytic tool' which names and makes visible the ways in which personal identities and power structures such as gender, race, and class overlap and interact to create differing forms of privilege and disadvantage.⁹ Courts and quasi-judicial bodies can adopt an intersectional feminist approach by identifying the power dynamics informing the facts of a case, naming the harms that arise from the intersecting systems of oppression at play as human rights violations, and calling upon states to implement systemic changes that address the root causes of these human rights violations and prevent their recurrence.

Throughout its history, there have been indications of the IAHS taking a feminist and indeed intersectional approach to the allegations

of human rights violations brought before it. As will be demonstrated, this approach is the result of a dedicated women's rights agency and the historical and political context in which the OAS evolved. Due to the legacy of colonialism and US interference, the majority of OAS Member States from its foundation in 1948 to the early 1990s experienced brutal authoritarian regimes or civil war; many OAS Member States continue to be affected by profound inequality, corruption, and instability.¹⁰ This challenging context has prompted the IAHS to articulate an understanding of human rights that responds to the systemic and widespread nature of violations occurring in the region, an understanding that requires a structural approach to intersecting forms of oppression. The next three sections will consider some of these developments from an intersectional feminist perspective.

3. PART ONE: 1948-1994

The IAHS comprises the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). This article will also consider the Comisión Interamericana de Mujeres (Inter-American Commission of Women, CIM) given the important role it has played in advancing women's human rights within the inter-American – and international – human right systems. Feminist activism meant that the IAHS and the inter-American organisations which preceded it adopted the first international treaty on women's human rights, created the first intergovernmental organisation dedicated to women's human rights, and laid the foundations for the principles of gender equality and non-discrimination in IHRL.

CIM predates the OAS, the Commission, and the Court, having been founded in 1928 by feminists from across the Americas to contest their exclusion from national and regional political fora.¹¹ From 1890 until the outbreak of the Second World War, states from across the Americas held a series of intergovernmental conferences from which women were largely excluded.¹² In response, and as part of the region's emerging transnational feminist movement, feminists convened their own series of conferences. In 1910 the International Feminist Congress met in Buenos Aires and called for women's suffrage, access to education, and improved labour rights.¹³ In 1922, the

first Pan-American Conference of Women met in Baltimore, at which the Pan-American Association for the Advancement of Women was founded with the purpose of influencing the fifth International Conference of American States to be held in 1923.¹⁴ As a result of the Pan-American Association's work, the 1923 Conference unanimously adopted a resolution mandating future conferences to identify and address legal discrimination against women, as well as a resolution calling for the inclusion of women as delegates at future conferences.¹⁵ Although states failed to make good on this second promise at the sixth International Conference of American States held in 1928, feminists from across the Americas lobbied at it for a right to participate and also for the ratification of an Equal Rights Treaty.¹⁶ Following a month of campaigning and protests, women officially spoke at a plenary and public session of a Pan-American conference for the first time; while the Treaty for Equal Rights was not ratified, the world's first official intergovernmental agency to ensure the recognition of women's civil and political rights, the Inter-American Commission for Women (CIM), was established.¹⁷

At the Seventh International Conference of American States held in Montevideo in 1933, the impact of CIM was already evident. Women were included in the official delegations for the first time, and the first CIM directors presented the study they had been commissioned to conduct at the previous Conference on the status of women in the Americas. In large part thanks to the evidence collected by CIM and campaigning by feminist delegates, the Conference adopted the Convention on Nationality of Women, which enabled women to retain their own nationality in the event of marriage to a man of a different nationality. This was the first international instrument concerning the rights of women.¹⁸ The 1933 Convention on the Nationality of Women was a 'pathbreaking' international human rights treaty 'written by women and aimed at taking women's rights to the international level.'¹⁹ While it may seem a modest achievement by contemporary standards, and while the limitations and exclusions arising from the feminist delegates' predominantly urban, middle-class standpoint must be acknowledged, the 1933 Convention was nevertheless an important milestone.

During the Second World War and post-war period, CIM continued to collect data on the status of women in the Americas and campaigned for the creation of a body dedicated to women's human rights within the newly established UN. As a result of their efforts – in collaboration with feminist from all over the world – the UN Commission on the Status of Women (UN CSW) was established in 1946.²⁰ The UN CSW, along with the Third Committee on Social, Humanitarian and Cultural Affairs, enabled feminist actors to influence the drafting of the UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights (UDHR).²¹ They campaigned for explicit commitments to women's rights in both documents, and as a result the Charter and UDHR contain references to the equal rights of men and women, and to non-discrimination on the basis of sex.²² By ensuring the establishment of the CSW and by influencing the drafting of the UN Charter and the UDHR, feminist activists (including CIM members) planted a seed for IHRL's growing responsiveness to feminist interpretations of human rights in subsequent decades.²³

CIM was incorporated into the OAS in 1948, and the Inter-American Convention on the Granting of Political Rights to Women and the Inter-American Convention on the Granting of Civil Rights to Women were both adopted that year; they served as an important source of pressure on OAS member states to extend the vote to women.²⁴ Women's suffrage was a priority focus of CIM from the 1920s to the 1960s, with Guatemala being the last country in the region to grant full suffrage to women in 1965.²⁵

Although the OAS adopted the first general international human rights instrument in the world when it was established in 1948,²⁶ human rights otherwise received little attention from the OAS during its first decades in operation. The IACHR only became fully operational in 1961, and it was only authorised to examine individual petitions in 1965.²⁷ In addition, during the 1950s and 1960s, the OAS was widely considered 'an instrument of US foreign policy', with the USA framing its interference in a host of Latin American and Caribbean states as interventions in the name of the regional organisation's collective security.²⁸ Both in spite of and because of these issues, the newly established IACHR took its mandate to report on human rights issues seriously. Its country visits to Cuba, the Dominican Republic, and

Haiti provided important information on some of the systemic human rights violations occurring in the region.²⁹ Given US hegemony and interference, it is perhaps unsurprising that a country report on the USA's systemic violations of Black Americans' human rights was not forthcoming.

This silence on the situation in the US was not the only oversight on the part of the IACHR during this period. Despite the emergence of a whole host of civil society movements across the region dedicated to disability rights, women's rights, indigenous people's rights, and the rights of Afro-descendant people (among many others), the issues these activists raised were not given substantive attention by the IACHR in its reports until the 1990s. In addition, it was only in 1972 that the IACHR appointed its first woman Commissioner, Costa Rican feminist Angela Acuña de Chacón, and it was only in 1986 that a Black Commissioner, Barbadian diplomat Oliver H Jackman, was appointed. However, as will be discussed in part three of this article, the IACHR has since then proven itself responsive to civil society actors, and it has become somewhat more diverse in its composition.

Despite the OAS's overall reputation for being under undue US influence, and extreme, systemic human rights violations, the IACHR 'established its credibility and prestige' during the 1970s as a human rights mechanism that could bear witness to human suffering and play a role in holding repressive regimes to account.³⁰ The 1970s also saw further development of Latin American and Caribbean feminist movements, in tandem with increasing attention to women's human rights issues within the UN human rights system; these two interrelated processes had important implications for the development of women's human rights protection in the IAHRS in subsequent decades.

The profoundly repressive and violent political climate in the region informed the growth and trajectory of the feminist movements there: many Latin American and Caribbean feminists challenged patriarchal state and military violence, and also allied with other opposition movements to contest deep-rooted inequality.³¹ The awareness of not just sexism but also of class-based oppression, racism, and (neo)imperialism/colonialism informed the development of an intersectional feminist

praxis.³² Latin American and Caribbean feminists brought this perspective to bear on the UN Decade for Women. In 1975, the first of four UN World Conferences on Women was held in Mexico City to mark the beginning of the UN Decade for Women.³³ The Mexico City Conference served as 'a massive global consciousness-raising movement' for the modern transnational feminist movement.³⁴ It also served as the starting point for feminist reshaping of IHRL, that would culminate in significant developments in IHRL in the 1990s. Joining CIM, the IACHR, and an active transnational civil society movement, the third and final key actor within the IAHRS, the Inter-American Court of Human Rights, was established at the end of this tumultuous decade.

Much like the IACHR, the IACtHR was more limited in its approach to women's human rights protection in its early years than it is today. Established by the American Convention on Human Rights and becoming operational in 1980,³⁵ early IACtHR jurisprudence was largely lacking a gendered lens, and the IACtHR did not appoint its first woman judge, Sonia Picado Sotela, until 1989. As of 2022, the Court has still only had two women presidents. The Court's first case, *Viviana Gallardo et al v Costa Rica*, concerned the death of one young woman in police custody and the wounding of two others; the petition was found to be inadmissible, and the Court did not undertake any kind of gender-sensitive legal reasoning, instead focusing on procedural issues.³⁶

However, the Court's second advisory opinion, concerning the human rights implications of proposed amendments to the Costa Rican Constitution's naturalization provisions, did apply some feminist legal reasoning.³⁷ Referring to ACHR article 17 on the right of the family, article 20 on the right to nationality and article 24 on the right to equal protection, as well as the 1933 Convention on the Nationality of Married Women and CEDAW,³⁸ the Court concluded that the proposed amendments could indirectly result in the deprivation of a foreign woman's nationality upon her marriage to a Costa Rican man.³⁹ In its reasoning, the Court critiqued the 'notions about paternal authority' and the husband's 'privileged status of power' that underpin 'the right accorded to women to acquire the nationality of their husbands': rather than the ability to

acquire Costa Rican nationality upon marriage being a benefit (as it might appear *prima facie*), the Court instead identified the problematic conceptual bases underpinning this proposed naturalization provision.⁴⁰ The Court undertook a historical analysis of the relationship between the concepts of naturalization and marriage, emphasising the role of the transnational feminist movement in ensuring that IHRL recognised the right to a nationality without distinction based on sex or marital status.⁴¹ In doing so, the Court recognised the law's role in perpetuating systemic inequality, and of women's rights activists' efforts to challenge this inequality through IHRL. Even if such reasoning is still not consistently applied by the Court, its potential to undertake a feminist approach to legal reasoning has been apparent in some form since its early days.

During the first forty or so years of its existence, then, the IAHRs indicated a certain nascent receptiveness to feminist engagement with IHRL. From the late 1980s into the 2010s, the IAHRs paid ever-increasing attention to women's human rights issues, engaged with and provided more of a platform for feminist and human rights activists in the region, and began to shape a more coherent and intersectional approach to women's human rights issues in its jurisprudence.

4. PART TWO: 1994-2012

The influence of the region's feminist activists on the UN human rights conferences, and the influence of these activists and conferences on the inter-American system, contributed to a growing awareness of and commitment to women's human rights in the IAHRs in this period.

In the 1980s and 1990s, Latin American and Caribbean feminists used the *encuentros*, the UN World Conferences on Women in Copenhagen and Nairobi, and regional forums held in preparation for the UN human rights conferences of the 1990s to advance women's human rights issues within IHRL. Beginning in 1981 and continuing until the present day, the *encuentros feministas* take place in different Latin American and Caribbean locations approximately every two years. In bringing together activists from across the region to share knowledge and experience, the *encuentros* help build a transnational feminist

movement grounded in solidarity and a sense of collective struggle against intersecting forms of oppression.⁴²

The work of transnational feminist coalitions such as those gathered at the *encuentros* was instrumental in ensuring that women's rights were given particular attention at three of the major UN conferences of the 1990s: the 1993 Vienna World Conference on Human Rights, the 1994 International Conference on Population and Development (ICPD), and the 1995 Fourth World Conference on Women in Beijing.⁴³ The final documents of these three conferences are testament to the ability of transnational feminist activists to reshape the language and mechanisms of human rights to represent and respond to women's realities. As a direct result of transnational feminist activism at the conference and parallel NGO forum, the Vienna Declaration and Programme of Action (VDPA) reflected their slogan, 'women's rights are human rights.'⁴⁴ The ICPD's Programme of Action (ICPD PFA) represented the result of 'years of concerted effort by women's health movements around the world to gain recognition of women's reproductive and sexual self-determination as a basic health need and human right.'⁴⁵ The ICPD PFA also adopted an intersectional approach to a certain extent by recognising the differential impact of not just gender but also age, race, and socioeconomic background on access to reproductive healthcare, and by recognising that a transformative approach to law, politics, and economics was required to address these issues and so realise reproductive rights.⁴⁶ The inclusion of paragraph 96 in the Beijing Conference's final document, which refers to the human rights of women 'to have control over and decide freely and responsibly on matters related to their sexuality...free of coercion, discrimination and violence' paved the way for the advancement of LGBTIQ rights in IHRL in later years. Feminist achievements at the Vienna, Cairo and Beijing Conferences therefore served as an important starting point for further evolution in women and LGBTIQ people's rights within IHRL from the late 1990s to the present, often in the face of concerted resistance and opposition.⁴⁷

These developments also influenced the IAHRs, as evidenced by a review of its annual, country, and thematic reports; jurisprudence; and important legislative and policy developments from this period. It is not only

The IACHR's 1995 report on Haiti was the first country report to dedicate particular attention to women's human rights.⁵² In this report and several others from this period the influence of a feminist approach to IHRL and the IACHR's support for feminist civil society activists' efforts to advance women's emancipation through IHRL is evident. For example, the 1995 Haiti report asserted that 'rape represents not only inhumane treatment... but also a form of torture', in line with growing consensus in international law on the severity of rape as a human rights violation and weapon of war.⁵³ The 1997 Brazil report emphasised the importance of women's rights organisations in achieving 'an increasingly effective, meaningful, and inclusive exercise of democracy' in the country.⁵⁴ Echoing the 1994 ICPD and 1995 Beijing PFA, the 1999 Colombia report framed the criminalisation of abortion as 'a very serious problem for Colombian women, not only from a health perspective, but also considering their rights as women, which include the rights to

personal integrity and to privacy.⁵⁵ The 2001 Paraguay report explicitly refers to the Vienna World Conference and Beijing Conference and the consequent 'special importance' of women's human rights in the IAHRs.⁵⁶ Throughout the 2000s, country reports refer increasingly to issues impeding the full realisation of women's human rights and SRHRs such as forced sterilisation and the criminalisation of abortion;⁵⁷ various manifestations of gender-based violence including forms of violence directed at feminist activists and women human rights defenders;⁵⁸ and the structural and intersectional nature of discrimination against women.⁵⁹

In terms of positive developments, the 2001 IACHR petitions *Ana, Beatriz and Celia Gonzalez Perez v Mexico* and *Maria da Penha Maia Fernandes v Brazil* are significant for their development of the IAHRS's jurisprudence on gender-based violence. In *Ana, Beatriz and Celia*, the IACHR found Mexico responsible for multiple violations of the ACHR as well as article 8 of the Inter-American Convention on Torture.⁶⁵ The Commission reiterated its previous finding that rape can amount to torture, emphasised the importance of not revictimizing rape victims through inadequate and insensitive criminal investigations, and for recognising the intersectional nature of the human rights violations they experienced as women members of the Tzeltal indigenous community.⁶⁶ *Maria da Penha* is significant for being the first time that the Belém do Pará Convention was invoked by either the IACHR or the IACtHR: the Commission found Brazil responsible for violations of article 7 of this Convention, as well as articles 1(1), 8 and 25 of the ACHR, due to the state's failure to bring Maria da Penha's husband to justice and adequately punish him

for his vicious abuse of her, including two murder attempts.⁶⁷

The 2002 friendly settlement *Mónica Carabantes Galleguillos (Chile)* concerned the state's responsibility for violations Galleguillos's rights due to being expelled from a private school for having become pregnant. The facts of the case and the Commission's analysis of them illustrated a commitment to gender-sensitive approaches to legal reasoning that identified sexist assumptions about the inextricable link between women's and girl's sexual propriety and their worthiness of protection, or access to resources and public spheres such as education and schools.⁶⁸

In 2003, the IACHR heard its first friendly settlement relating to SRHRs. *María Mamérita Mestanza Chávez (Peru)* concerned the multiple human rights violations arising from the forced sterilization of Mestanza Chávez, a poor *campesina* woman, that resulted in medical complications leading to her death.⁶⁹ The Commission took something of a feminist approach by framing forced sterilization as a violation of the right to personal integrity and as violence against women; it also included the petitioners' assertion that the botched forced sterilization took place in the context of a 'massive, compulsory, and systematic government policy that emphasized sterilization as a method for quickly modifying the reproductive behaviour of the population, especially of poor, indigenous, and rural women', perhaps indicating tacit endorsement of this intersectional feminist understanding of the causes and impact of this systemic human rights abuse.⁷⁰ These indications of an intersectional feminist approach to legal reasoning were not quite as discernible in the jurisprudence of the IACtHR during this period, however.

In her 2008 article, Palacios Zuloaga provides an in-depth critique of the limitations to the Court's gender-sensitive reasoning in this period.⁷¹ While cases concerning women's human rights issues and/or that should have been viewed through a gendered lens were increasingly present on the IAHRs docket at this time, and while on occasion the IAHRs found in favour of applicants who had experienced gendered human rights violations, Palacios Zuloaga argues the Court too often employed problematic reasoning that perpetuates rather than challenges essentialist stereotypes about

womanhood in general and motherhood in particular.⁷² Some of the tensions between the Court's increasing willingness to employ a gender-sensitive analysis and the limitations of its approach are also apparent in the 2009 *Cotton Fields* case.

Cotton Fields concerned the disappearance and murder of two teenagers and one young woman in Ciudad Juárez, crimes which the state failed to investigate.⁷³ In terms of advancements in gender-sensitive/feminist legal reasoning and responsiveness to feminist praxis, this case reiterated the justiciability of the Belém do Pará Convention, made use of the term 'femicide', and conceptualised violence against women as a systemic, structural phenomenon which requires extensive, interlinked transformation of attitudes, the legal system, and wider society to be eradicated.⁷⁴ The Court also drew upon the work of Amnesty, UN human rights special procedures, and the IACHR on the situation of women in Ciudad Juárez, indicating the Court's openness to civil society and the international human rights system, as well as the influence of the Commission's work on women's human rights.⁷⁵ The Court also demonstrated some awareness of intersectionality, acknowledging the particular vulnerability of the victims, who were not just women, but young women of 'humble background' living in a context of widespread violence against women and girls.⁷⁶ However, the Court did not provide a coherent conceptualisation of femicide,⁷⁷ nor did it find that the acts perpetrated against the victims amounted to torture, a decision which Judge Cecilia Medina Quiroga criticised in her concurring opinion.⁷⁸

Although it is important to acknowledge these limitations and advocate for a more effective, coherent employment of intersectional feminist legal reasoning, it could be argued that IAHRs jurisprudence needs to be situated in a wider "ecosystem" of reports, legislative and policy developments, and engagement with civil society actors to be understood fully. When considered in this context, a more complex, nuanced picture of a system that is often quite adept at employing intersectional feminist legal reasoning to advance women's human rights emerges. Additionally, the IAHRs deserves considerable credit for being the first regional human rights system to develop an international treaty on ending violence against women, a treaty

which is framed in feminist terms and takes an expansive, systemic approach to eradicating gender-based violence.

Perhaps the most important milestone in the IAHR's work on women's human rights during the 1990s, 2000s, and 2010s was the drawing up and implementation of the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women (Belém do Pará Convention). Adopted on 9 June 1994 and entering into force on 5 March 1995, the Convention's preamble states that violence against women is 'a manifestation of the historically unequal power relations between men and women' and that it 'pervades every sector of society regardless of class, race or ethnic group, income, culture, level of education, age or religion.'⁷⁹ The references to historically unequal power relations between men and women, subordination, and the obligations placed on states parties to engage in systemic social change throughout the text of the Convention all exemplify the influence of feminist legal thinking and activism on this treaty. Article 9 suggests some awareness of the need for an intersectional approach by highlighting 'the vulnerability of women to violence' due to race, disability, age, and other factors.⁸⁰ However, the wording of this article implies a more "additive" than intersectional understanding of discrimination and oppression, implying that women are inherently more vulnerable due to additional identities rather than reflecting on how different identity categories and systems of power interact to create particular forms and experiences of oppression. Notwithstanding this limitation and legitimate concerns that the creation of a specialised treaty can result in women's human rights issues being seen as an add-on rather than integral to existing human rights treaties,⁸¹ the IAHR has since made innovative use of new and existing mechanisms to have the Belém do Pará Convention reinforce rather than silo the protection of women's human rights. In 2004, the Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI) was established to monitor state implementation of the Convention and identify impediments to its full realisation.⁸² This and other key developments indicating the IAHR's move to the vanguard among regional human rights systems for advancing women's human rights is the subject of the third and final section of this article.

5. PART THREE: 2013-PRESENT

Despite considerable challenges including restructuring and financial crises that affected the OAS in general and its human rights organs in particular,⁸³ as well as ongoing violence, inequality, political instability and corruption, in many respects the IAHR's intersectional feminist approach to IHRL came into its own in this period. Representation of women on both the Commission and Court also improved considerably in this period: in 2012, the IACHR convened with a majority of women members,⁸⁴ and in 2016 the Court appointed its second ever woman president, Elizabeth Odio Benito.

Building upon the important developments of the preceding decades discussed above, since 2013 the IAHR has demonstrated an increasing confidence and coherence in defending SRHRs. As arguably the most contested and controversial area of IHRL pertaining to women's and LGBTQI people's human rights, for the IAHR to come out strongly in favour of SRHRs is indicative of a firm commitment to the human rights of women and LGBTQI people. Although conceptual and practical limitations still characterise the IAHR's approach to SRHRs, that broad support for human rights issues such as abortion access and marriage equality is discernible within the IAHR places this human rights system at the forefront of progressive, intersectional feminist approaches to IHRL.

SRHRs combine four distinct but interrelated fields: sexual health, sexual rights, reproductive health and reproductive rights. They affirm the rights and freedoms of people of all sexual orientations and gender identities to enjoy safe, satisfying sexual relations free of coercion, discrimination and violence, and to have the freedom to make informed decisions about their sexual and reproductive health, including if or when to have children.⁸⁵ In the past decade, the Commission 'has consistently reaffirmed the sexual and reproductive rights of women, noting that such issues also implicate the exercise of women's rights to life, integrity, dignity, and freedom, among other rights.'⁸⁶

A survey of the IACHR's annual, country, and thematic reports demonstrates a growing awareness of and commitment to intersectionality and SRHRs.⁸⁷ In its country reports during this period, the IACHR has continued to dedicate specific sections to women's human rights; it

has also begun to focus more on LGBTI rights, and has made use of the concept 'intersectional' to describe both forms of discrimination experienced by women and the ways in which states should address it.⁸⁸ The 2017 El Salvador report and 2018 Honduras report both specifically mention the negative human rights impact of the complete criminalisation of abortion, and state that abortion should be legal at a minimum where there is a risk to the pregnant person's life or health, in the case of rape, and in the case of fatal foetal abnormality.⁸⁹ This awareness of and commitment to engaging with crucial human rights issues in the region speaks to the IACHR's responsiveness to civil society actors. Along with these reports, the IACHR's ordinary and periodic sessions provide an important space for civil society activists to raise these issues directly before the IACHR. In many instances, this engagement with the regional human rights system by feminist activists seems to have influenced the work of the Commission, for example with the IACHR's increasing attention to the negative human rights impact of El Salvador's complete criminalisation of abortion. In October 2015, there was a hearing on the human rights situation of women deprived of liberty due to obstetric emergencies during pregnancy in El Salvador.⁹⁰ Since then, the IACHR has carried out two country visits and issued two decisions on the merits regarding this situation.

A review of the IACHR's petitions, friendly settlements, and precautionary measures further substantiates the IACHR's assertion that it is committed to women's human rights and SRHRs. In 2013, the first precautionary measures relating to SRHRs were issued.⁹¹ The IACHR called on El Salvador to permit an abortion to safeguard the rights to life, personal integrity and health of 'Beatriz', a 22-year-old woman who was unable to access an abortion due to its complete criminalisation in El Salvador despite her being pregnant with a non-viable foetus and the pregnancy jeopardising her life and health.⁹² Since El Salvador ignored these precautionary measures, the IACtHR issued provisional measures shortly after that required El Salvador to permit medical treatment necessary to safeguard her rights to life, health, and physical, mental, and moral integrity.⁹³

The following year, the IACHR facilitated the friendly settlement *Alba Lucía Rodríguez Cardona (Colombia)*, which also concerned the

multiple human rights violations arising from the complete criminalisation of abortion and the prosecution of those suspected of having had the procedure.⁹⁴ The IACHR framed Cardona's experiences as violations of human rights with their origins in deep-rooted patriarchal, misogynistic assumptions about women's reproduction and sexuality.⁹⁵ Its reasoning also represents an awareness of the ways in which these misogynistic assumptions interact with the discourses of race and class to result in disproportionate surveillance and punishment of poor, indigenous, *mestiza*, *campesina* women.⁹⁶ In naming and challenging these issues, and in requiring the Colombian government to undertake extensive reparations measures to provide redress and prevent repeat violations,⁹⁷ the *Cardona* friendly settlement illustrates the IACHR's awareness of structural, intersecting inequalities and the systemic change required to address them. Since 2013, the IACHR has also referred two Ecuadoran and two Salvadoran cases concerning women and girls' human rights and SRHRs to the Court. These and other landmark IACtHR cases will now be considered.

In recent years the IACtHR has indicated a greater awareness of and commitment to women's human rights and SRHRs, albeit with less coherence than the IACHR.⁹⁸ In its 2012 *Artavia Murillo et al v Costa Rica* judgment, the IACtHR ruled that the state's de facto IVF ban violated the 18 complainants' rights to personal integrity, personal freedom, privacy, and rights of the family, read in conjunction with the equality and non-discrimination provision of the ACHR.⁹⁹ While not without its limitations from an intersectional feminist perspective,¹⁰⁰ the case nevertheless represents the Court's conscious effort to develop its jurisprudence on reproductive rights.¹⁰¹ This conscious effort is also apparent in its 2016 annual report: in its discussion of *IV v Bolivia*, the IACtHR states that this case represented the Court's recognition of how 'historically, a woman's liberty and autonomy as regards her sexual and reproductive health had been limited, restricted or annulled based on negative and prejudicial gender stereotypes...women have been seen, above all, as a reproductive entity.'¹⁰² Such language is very much in keeping with intersectional feminist approaches to legal reasoning.

The Court has also developed a body of jurisprudence indicating its commitment to

However, as this article has also highlighted, there is still considerable work to be done to realise women and LGBTQI people's rights in the region, and to ensure that IHRL truly represents and responds to their needs. Given the Commission and Court's longstanding receptiveness to intersectional feminist research and activism, it would seem there are reasons to be optimistic about – and somewhat patient with – this human rights system as it develops a more coherent approach

to realising gender justice. In many respects it encapsulates Menon's assertion that the law is 'a transformative and emancipatory instrument, flawed and recalcitrant though it may be.'¹¹³ While progress may be slow, uneven and on occasion reversed, intersectional feminist engagement with the language and mechanisms of IHRL remains a vital endeavour. The IAHRs has played and no doubt will continue to play an important role in this process.

NOTES

1. See for example IACtHR, *Gelman v Uruguay*, Merits and Reparations. Judgment of 24 February 2011, Series C, N°. 221
2. IACtHR, *González et al. ("Cotton Field") v. Mexico*, Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 16 November 2009, Series C, N°. 205
3. Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, adopted 8/6/1999, entered into force 14/9/2001; Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, adopted 15/6/2015, entered into force 11/1/2017
4. Ludovic Hennebel, 'The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism' [2011] *Quebec Journal of International Law*, 60
5. Some notable exceptions from recent years include Patricia Palacio Zuloaga's work, and Isaac de Paz González, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights: Shadow and Light in International Human Rights* (Cheltenham, Elgar 2018); Mônica Herz, *The Organization of American States (OAS)* (London, Routledge 2011); Cecilia Medina Quiroga, *The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and their Theory and Practice* (2nd edn, Cambridge University Press/Intersentia 2016)
6. Patricia Palacios Zuloaga, 'The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights' (2008) 17(2) *Texas Journal of Women and the Law* 227
7. Rebecca Smyth, 'Gender and Justice in International Human Rights Law: The need for an intersectional feminist approach to advance sexual and reproductive health and rights' in Elaine Wood (ed) *Gender Justice: Theoretical Practices of Intersectional Identity* (Vancouver, Fairleigh Dickinson University Press 2020) 115-142
8. Berta Esperanza Hernández-Truyol, 'Human Rights Through a Gendered Lens Emergence, Evolution, Revolution' in Kelly D Askin and Doreen M Koenig (eds) *Women and International Human Rights Law Volume 1* (New York, Transnational Publishers 1999) 31. See also BS Chimni, 'Third World Approaches to International Law: A Manifesto' (2006) 8 *International Community Law Review* 3; Makau W Mutua, 'What is TWAIL?' (2000) 94 *American Society of International Law Proceedings* 31
9. Devon W Carbado, Kimberlé Williams Crenshaw, Vicki M Mays, Barbara Tomlinson, 'Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory' (2013) 10(2) *DuBois Review*, 303
10. David Forsythe, 'Human Rights, the United States and the Organization of American States' (1991) *HRQ*, 80-83, 86-7; Herz, *The Organization of American States (OAS)* 63; Hennebel, 'The Inter-American Court of Human Rights', 60; IACHR '2012 Annual Report' (OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1 5 March 2013) paras 6-7; Kathryn Sikkink, 'Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America' (1993) 47 *International Organization*, 427-8. Nancy Thède, Hughes Brisson, 'International Relations and the Inter-American System for Human Rights Promotion and Protection: Strategic Exploitation of Windows of Opportunity' [2011] *Quebec Journal of International Law*, 13, 15-6; David Weissbrodt, Maria Luisa Bartolomei, 'The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983' (1991) 75 *Minnesota Law Review*, 1019-1025, 1032-3.
11. CIM, 'A Brief History of the Inter-American Commission of Women' (Washington DC, CIM, 2001) <[https://oas.org/en/cim/docs/Brief-History\[EN\].pdf](https://oas.org/en/cim/docs/Brief-History[EN].pdf)> accessed 1 May 2022, 7; Ellen DuBois, Lauren Derby, 'The Strange Case of Minerva Bernardino: Pan American and United Nations women's right activist' (2009) 32 *Women's Studies International Forum*, 45.
12. Herz, *The Organization of American States*, 8-9.
13. CIM 'A Brief History of the Inter-American Commission of Women' 1-3; Mary K Meyer, 'Negotiating International Norms: The Inter-American Commission of Women and the Convention on Violence against Women' (1998) 24 *Aggressive Behaviour*, 136-139; Stephanie Rivera Berruz, 'Latin American Feminism' in Edward N Zalta (ed) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (summer 2021 edition) <<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-latin-america/>> accessed 1 May 2022.

14. Herz, *The Organization of American States*, 10; CIM, 'Brief History', 2-3.
15. *ibid.*
16. *ibid.*
17. *ibid.*
18. CIM, 'Brief History' 3; Convention on the Nationality of Women (signed at the Seventh International Conference of American States, 26 December 1933). For a detailed account of the contested process leading to the ratification of the 1933 Treaty (with a focus on US delegates), see Paolo Amorosa, 'Pioneering International Women's Rights? The US National Woman's Party and the 1933 Montevideo Equal Rights Treaties' (2019) 30:2 EJIL 415-437.
19. Meyer, 'Negotiating International Norms' 138.
20. DuBois, Derby 'The Strange Case of Minerva Bernardino', 47; ECOSOC Resolution 11(II) 'Commission on the Status of Women, Resolution adopted 21 June 1946 (document E/90 and document E/84) para 6.
21. Rebecca Adami, 'Intersectional Dialogue: Analyzing Power in Reaching a Universal Declaration of Human Rights in 1948 on Conflicting Grounds' (2018) 17 Journal of Human Rights 359.
22. *ibid.*, 359, 361; E DuBois, L Derby, 'The Strange Case of Minerva Bernardino', 48.
23. Felice Gaer, 'Women, International Law and International Institutions' (2009) 32:1 Women's Studies International Forum, 61
24. Meyer, 'Negotiating International Norms' 139.
25. CIM, 'Brief History', 5.
26. The American Declaration of the Rights and Duties of Man was adopted at the Ninth International Conference of American States and became effective in May 1948, making it the first general international human rights instrument in the world as it predated the UDHR by seven months.
27. Final Act of the Fifth Meeting of the Consultation of Ministers of Foreign Affairs, Santiago, Chile, 12-18 August, 1959, Resolution VII para II <<https://www.oas.org/consejo/MEETINGS%20OF%20CONSULTATION/minutes.asp>> accessed 21 June 2019; IACHR, 'Brief History' <<https://www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp>> accessed 21 June 2019; Resolution XXII of the Second Special Inter-American Conference, Rio de Janeiro, Brazil, November 17-30, 1965 'Expanded Functions of the Inter-American Commission on Human Rights'
28. Herz, *The Organization of American States*, 12-14; Betty Horwitz, *The Transformation of the Organization of American States: A Multilateral Framework for Regional Governance* (New York, Anthem Press 2011) 32, 23-25.
29. Forsythe, 'Human Rights, the United States and the Organization of American States' 80-83; IACHR, 'Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba' OEA/Ser.L/V/II.4 doc. 2, 20 marzo 1962; IACHR, 'Informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba' OEA/Ser.L/V/II. Doc. 4, 17 mayo 1963; IACHR, 'Informe sobre la actuación de la Comisión interamericana de derechos humanos en la República Dominicana' OEA/Ser.L/V/II.3 doc. 14 Rev., 15 octubre 1965; IACHR, 'Report of the Inter-American Commission on Human Rights on its Activities in the Dominican Republic' OEA/Ser.L/V/II.15 doc. 6 Rev., 28 October 1966; IACHR, 'Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba' OEA/Ser.L/V/II.17 Doc. 4, 7 abril 1967; IACHR, 'Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití' OEA/Ser.L/V/II.21 doc. 6 Rev., 21 may 1969.
30. Thede, Brisson, 'International Relations and the Inter-American System for Human Rights Promotion and Protection' 15-6.
31. Nancy Saporta Sternbach, Marysa Navarro-Aranguren, Patricia Chuchryk, Sonia E Alvarez, 'Feminisms in Latin America: From Bogotá to San Bernardo' (1992) 17:2 Signs, 397.
32. *ibid.*, 401-3.
33. Arvonne S Fraser, 'Becoming Human: The Origins and Development of Women's Human Rights' (1991) 21:4 HRQ, 894; UNGA Resolution 3520 (XXX), 15 December 1975.
34. Peggy Antrobus, *The Global Women's Movement: Origins, Issues and Strategies* (London, Zed Books 2004), 33; Charlotte Bunch, 'Opening Doors for Feminism: UN World Conferences on Women' (2012) 24 Journal of Women's History, 213-4; Raewyn Connell 'Rethinking Gender from the South' (2014) 40 Feminist Studies 518; Fraser, 'Becoming Human' 895.
35. American Convention on Human Rights (Pact of San José) arts 33, 52
36. IACtHR, '1982 Annual report' (OEA/Ser. LII II.7 doc. 13, 23 September 1982) page 9;

- IACtHR, '1984 Annual Report' (OEA/Ser.L/V/II.10 doc.13, 15 August 1984) para 3; IACtHR, '1990 Annual Report' (OAS/Ser.L/V/II.23 doc. 12, 16 January 1991).
37. Palacios Zuloaga, 'The Path to Gender Justice' 246.
38. IACtHR, *Advisory Opinion OC-4/84 of January 19 1984, proposed amendments to the naturalization provisions of the Constitution of Costa Rica*, paras 50, 51.
39. *ibid*, para 67.
40. *ibid*, para 64.
41. Para 65.
42. Sternbach et al, 'Feminisms in Latin America' 405-426.
43. Rosalind Petchesky, *Global Prescriptions: Gendering Health and Human Rights* (London: Zed Books 2003) 35.
44. Kevin Boyle, 'Stock-Taking on Human Rights: The World Conference on Human Rights, Vienna 1993' (1995) 43 *Political Studies*, 82, 91; UNGA, 'Vienna Declaration and Programme of Action' (A/CONF.157/23, 25 June 1993) section 3 'the equal status and human rights of women', sec 1 para 18
45. Rosalind Petchesky 'From Population Control to Reproductive Rights: Feminist Fault Lines' (1995) 3 *Reproductive Health Matters*, 152
46. Wendy Harcourt, 'Body Politics: Revisiting the Population Question' in K Saunders (ed), *Feminist Post-Development Thought: Rethinking Modernity, Post-Colonialism and Representation* (London, Zed Books 2002), 283, 288, 296; Barbara Osotiehin, 'Introduction' in UNFPA, *Programme of Action of the International Conference on Population Development: 20th Anniversary Edition* (New York, UNFPA 2014), x, xi; UNGA, 'Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994' (A/CONF.171/13, 13 September 1994) paras 1.5, 1.6, Principles 4, 8, 10, 14, paras 4.1, 4.12, 4.24, 4.25, 7.7, 7.8, 7.9, 7.11, 7.12, 7.13, 7.34, 7.36, 15.1-15.4; Chapters XIII, XIC (ICPD PFA). Beijing PFA, para 96; Alexandra Garita, 'Moving toward Sexual and Reproductive Justice: A Transnational and Multigenerational Feminist Remix' in Rawwida Baksh, Wendy Harcourt (eds), *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements* (OUP 2015) 271.
47. Garita, 'Moving toward Sexual and Reproductive Justice' 271.
48. See for example IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in Haiti 1995' (OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 10 rev. 9 February 1995) para 130, 133.
49. IACHR, '1992-1993 Annual Report' (OEA/Ser./L/V/II.83 doc. 14 corr. 1 March 12, 1993) Ch V
50. IACHR, '1993 Annual Report' (OEA/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev. 11 February 1994).
51. IACHR, 'Report of the Inter-American Commission on Human Rights on the Status of Women in the Americas' (OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 October 1998)
52. IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in Haiti 1995' .
53. *ibid*, paras 133, 136.
54. IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in Brazil' (OEA/Ser.L/V/II. 97 Doc. 29 rev. 1, 29 September 1997) Ch VI.
55. IACHR, 'Report on the Human Rights Situation in Colombia' (OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999) para 49.
56. Country Report: IACHR, 'Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay' (OEA/Ser.L/V/II.110 Doc. 52, 9 March 2001).
57. Country Report: IACHR, 'Second Report on the Situation of Human Rights in Peru' (OEA/Ser.L/V/II. 105 Doc. 59 rev. 2 June 2000) paras 22-6; IACHR, 'Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay' (OEA/Ser.L/V/II.110 Doc. 52, 9 March 2001).
58. IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic' (OEA/Ser.L/V/II.104 Doc. 49 rev. 1 7 October 1999) Ch X; IACHR, 'Human Rights and the Coup d'état in Honduras' (OEA/Ser.L/V/II Doc 55 30 December 2009) paras 514-529.
59. IACHR, 'Preliminary observations of the Inter-American Commission on Human Rights on its Visit to Honduras, May 15 to 18, 2010' (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 3 June 2010) section E; IACHR, 'Observations of the Inter-American Commission on Human Rights upon Conclusion of its April 2007 Visit to Haiti' (OEA/Ser.L/V/II.131 doc 36 2 March 2008) para 40.
60. IACHR, 'Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective' (OEA/Ser.L/V/II Doc. 69, 7 June 2010); IACHR 'Access to information on reproductive health from a human rights perspective' (OEA/Ser.L/V/II Doc. 61 22 November 2011).

61. IACHR 'The Road to Substantive Democracy: Women's Political Participation in the Americas' (OEA/Ser.L/V/II Doc. 79, 18 April 2011).
62. IACHR, 'The work, education and resources of women: the road to equality in guaranteeing economic, social and cultural rights' (OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 November 2011).
63. IACHR, 'Access to justice for women victims of violence in the Americas' (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 January 2007); IACHR, 'Access to Justice for Women Victims of Sexual Violence in Mesoamerica' (OEA/Ser.L/V/II Doc. 63 9 December 2011); IACHR, 'Access to Justice for Women Victims of Sexual Violence: Education and Health' (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 28 December 2011).
64. IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas' (OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, 7 March 2006) Ch VI Part E; IACHR, 'Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas' (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66 31 December 2011).
65. IACHR, *Ana, Beatriz and Celia González Pérez v Mexico* (Informe No 53/01, Caso 11565, 4 April 2001) paras 45-52, 94.
66. *ibid*, paras 52, 75, 95.
67. IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes v Brazil* (Report No 54/01 Case 12.051, 16 April 2001).
68. IACHR, *Mónica Carabantes Galleguillos (Chile). Friendly Settlement*. (Report No 33/02. Petition 12046. 12 March 2002).
69. IACHR, *María Mamérita Mestanza Chávez (Peru). Friendly Settlement*. (Report No 71/03. Petition 12.191. 22 October 2003) paras 10, 12-14.
70. *ibid*, para 9.
71. Palacios Zuloaga, 'The Path to Gender Justice' 245, 275.
72. *ibid*.
73. IACtHR, *Cotton Fields*, para 2
74. Juana I Acosta López, 'The Cotton Field Case: Gender Perspective and Feminist Theories in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence' (2012) 21 *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24-37; IACtHR, *Cotton Fields*, paras 113-121, 122, 128, 132, 143, 153-4, 164, Concurring Opinion of Judge Diego García-Sayan.
75. IACtHR, *Cotton Fields*, paras 117, 119.
76. *ibid*, paras 277-8.
77. Acosta López, 'The Cotton Field Case', 32.
78. IACtHR, *Cotton Fields*, Concurring Opinion of Judge Cecilia Medina Quiroga.
79. The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women preamble.
80. *ibid*, art 9.
81. Palacios Zuloaga, 'The Path to Gender Justice' 255-7.
82. MESECVI, 'What is MESECVI?' <<https://www.oas.org/en/mesecvi/about.asp>>.
83. Diane Shelton, 'The Rules and the Reality of Petitions Procedure in the Inter-American Human Rights System' (2015) 5 *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 3-4; Diane Shelton 'Performance of Regional Human Rights Courts' in Theresa Squatrito, Oran R Young, Andreas Follesdal, Geir Ulfstein (eds) *The Performance of International Courts and Tribunals* (CUP 2018), 119-20, 128, 141.
84. IACHR, '2012 Annual Report' (OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1, 5 March 2013) para 11.
85. Smyth 'Gender and Justice in International Human Rights Law' 120.
86. IACHR, 'Legal Standards related to Gender Equality and Women's Rights in the Inter-American Human Rights System: Development and Application Updates from 2011 to 2014' (OEA/Ser.L/V/II. 143Doc. 60 3 November 2011) para 53.
87. See for example IACHR, '2014 Annual Report', '2016 Annual Report', '2017 Annual Report', available at <https://www.oas.org/en/iachr/reports/IA.asp>.
88. See for example IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in Jamaica' (OEA/Ser.L/V/II.144 Doc. 12, 10 August 2012); IACHR, 'Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic' (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31 December 2015) para 395.
89. IACHR, 'Conclusions and Observations on the IACHR's working Visit to El Salvador – Voluntary Interruption of Pregnancy under Certain Circumstances' N°. 011A/18, 29 January 2018; IACHR, 'Preliminary Observations on the visit of the IACHR to Honduras' 3 August 2018, N°. 171A/18.
90. IACHR, '156 period of sessions' available at <<https://www.oas.org/en/iachr/sessions/>>.

91. IACHR, Legal Standards', paras 42-3.
92. IACHR, *PM-114/13 – B, El Salvador* in IACHR 'Annual Report 2013: Precautionary Measures granted in 2013', para 19, available at <<https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2013/TOC.asp>> (accessed 24 November 2020).
93. IACtHR, *Provisional Measures with regard to El Salvador: Matter of B*, 29 May 2013, para 17
94. IACHR, *Alba Lucía Rodríguez Cardona (Colombia). Friendly Settlement* (Report N°. 59/14, Case 12.376, 24 July 2014) para 2, 18-25.
95. *ibid.*
96. *ibid.*
97. *ibid.*, para 3, Measures of Reparation, paras 4-6.
98. See for example IACtHR, *Atala Riffo and Daughters v Chile*, Merits, reparations and costs. Judgment of 24 February 2012. Series C N°. 239; IACtHR, *Gonzáles Lluy et al v Ecuador*, Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 1 September 2015. Series C N°. 298; IACtHR, *IV vs Bolivia*, Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 30 November 2016. Series C N°. 329; IACtHR, *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 November 2017 Series A N°. 24.
99. IACtHR, *Artavia Murillo et al ('In Vitro Fertilization') v Costa Rica*, Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 28 November 2012, Series C N°. 257, para 181
100. Smyth, 'Gender and Justice in International Human Rights Law' 144-7.
101. IACtHR, '2012 Annual Report' (San José, IACtHR 2013) 65.
102. IACtHR, '2016 Annual Report' (San José, IACtHR 2017) 148-55.
103. See for example IACtHR, *Atala Riffo and Daughters v Chile*; IACtHR, *Duque v. Colombia*, Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 26 February 2016. Series C N°. 310; IACtHR, *Flor Freire v Ecuador*, Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of 31 August 2016. Series C N°. 315.
104. IACtHR, *Opinión Consultiva OC-24/17*.
105. See for example ECtHR, *Schalk and Kopf v Austria* (Application N°. 30141/04) 24 June 2010.
106. IACtHR, *Guzmán Albarracín et al v Ecuador*, Merits, reparations and costs. Judgment of 24 June 2020, Series C N°. 405, para 143; IACtHR, *Gonzáles Lluy et al v Ecuador* paras 212, 216.
107. IACtHR, *Gonzáles Lluy et al v Ecuador*, Concurring Opinion of Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, paras 8-12.
108. IACtHR, *Caso Manuela y otros v El Salvador*, sentencia de 2 de noviembre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Series C N°. 441., para 326.
109. *ibid.*
110. Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico (Agrupación Ciudadana), *Del hospital a la cárcel: consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones de la interrupción del embarazo en El Salvador* (San Salvador, Agrupación Ciudadana 2019); Asamblea Legislativa de El Salvador, Código Penal, Decreto Legislativo N°. 1030, Diario Oficial N°. 105, Tomo 335, 10 junio 1997, paras 129, 133; Asamblea Legislativa de El Salvador, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N°. 733, Diario Oficial N°. 20, Tomo 382, 30 enero 2009, art 331.
111. Rebecca Smyth, 'Manuela v El Salvador: A missed opportunity for advancing sexual and reproductive health and rights' (Oxford Human Rights Hub Blog, 14 February 2022) <<https://ohrh.law.ox.ac.uk/manuela-v-el-salvador-a-missed-opportunity-for-advancing-sexual-and-reproductive-health-and-rights/>> accessed 1 May 2022; *Manuela*, Voto Razonado Concurrente del Juez Ricardo C. Pérez Manrique.
112. IACHR, 'IACHR Takes Case Involving El Salvador's Absolute Ban on Abortion to the Inter-American Court of Human Rights' <https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/media_center/PReleases/2022/011.asp> accessed 20 January 2022..
113. Nivedita Menon, *Feminist Politics Beyond the Law* (Chicago IL, University of Illinois Press 2004) 6.

DIREITOS HUMANOS E UMA GESTÃO EMPRESARIAL SOCIALMENTE RESPONSÁVEL PARA OS DESAMPARADOS

.....

Renato Alves Vieira de Melo

Doutor em Ciências Sociais (USAL); Pesquisador em Educação e Cultura Sustentável;
Mestre em Antropologia (USAL); Contador e Professor da área tributária.

RESUMO

As necessidades da sociedade e as oportunidades organizacionais se unem para transformar as empresas utilizando estratégias no sentido de impulsionar o seu desempenho e melhorar os seus resultados. Os Direitos Humanos são relevantes para os negócios empresariais com práticas ESG, a fim de proteger a vida dos necessitados; para isso, se exige que os atores sociais e principalmente os desamparados sejam incluídos de modo a que se possa subsistir socialmente, qualificando as empresas em sua gestão socialmente responsável em relação aos mais necessitados.

A gama complexa e ampla de questões, em que a maioria está relacionada aos direitos humanos e à devastação socioeconômica, recebe menos atenção do que a dimensão ambiental; com isso, a estratégia ESG aparece como um componente de transformação para as empresas e a sociedade; no entanto, a má qualidade dos dados disponíveis e a falta de conhecimento são as razões frequentemente citadas para que os compromissos atentem para os riscos sociais e ambientais, fazendo com que as metas ESG sejam um impulso significativo para as transformações.

Infelizmente, o “social” fica atrás de outros elementos do ESG no desenvolvimento de estratégias consistentes e eficientes para medir o desempenho da empresa de uma forma que seja útil para os investidores.

A pandemia de corona vírus e a devastação socioeconômica deixada em seu rastro também reforçaram a importância do componente social da estratégia ESG.

Palavra-chave

Estratégia ESG; educação em direitos humanos; sustentabilidade.

ABSTRACT

The needs of society and organizational opportunities come together to transform companies using strategies to boost their performance and improve their results. Human Rights are relevant for business with ESG practices, to protect the lives of the needy, for this, it is required that social actors and especially the helpless are included so that they can subsist socially, qualifying companies in their management, socially responsible to those most in need.

The complex and wide range of issues, where most are related to human rights and socioeconomic devastation, receives less attention than the environmental dimension, with this, the ESG strategy appears as a component of transformation for companies and society, however, the poor quality of available data and lack of knowledge are often cited reasons for commitments to address social and environmental risks, and make ESG targets a significant impetus for change.

Unfortunately, “social” lags behind other ESG elements in developing consistent and efficient strategies for measuring company performance in a way that is useful to investors.

The corona virus pandemic and the socio-economic devastation left in its wake have also reinforced the importance of the social component of the ESG strategy.

Keywords

ESG strategy; human rights education; sustainability.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos as empresas tiveram a necessidade de se adaptarem e respeitar as normas dos Direitos Humanos. A pandemia do coronavírus e a devastação socioeconômica deixaram um grande impacto negativo para sociedade. Os danos para as atividades humanas com a destruição ambiental vêm prejudicando o planeta e a nossa saúde, fazendo com que tenhamos o compromisso de ajustar nossas ações com o meio ambiente, como também, as empresas e a sociedade, e assim, algumas empresas começaram a reorientar seus negócios em diversas dimensões, agregando a sustentabilidade empresarial juntamente com parcerias externas ampliadas com a utilização do fator social, envolvendo os fatores financeiros como medida de sucesso.

Desde 2011, os princípios orientadores das Nações Unidas sobre as Empresas e Direitos Humanos foram adaptados nos contextos Regional e Internacional, e serviram para materializar o Plano Nacional de Negócios e Direitos Humanos (PAN), tendo sua origem em 2013, no Primeiro Fórum Regional de Empresas e Direitos Humanos para América e o Caribe, que sentiram os efeitos da crise climática.

No entanto, foi na Rio 92 (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento) que se consolidou internacionalmente a proteção ao meio ambiente. Com isso, em 2009, ganhou força a relação entre o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o meio ambiente) e o OHCHR (Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos), que permitiu que a sociedade civil tivesse um ambiente seguro e saudável com pleno gozo dos direitos humanos.

Iniciaram-se, então, estratégias empresariais operacionais, com o intuito de se adaptarem para manter um ambiente mais saudável; no entanto, a nível organizacional, as tarefas são difíceis, devido à intensa diversidade de normas para sua implantação, principalmente no campo da Responsabilidade Social Empresarial (RSE). Com isso, os aspectos sobre meio ambiente, efeitos climáticos, os direitos trabalhistas, políticas de igualdade, transparência empresarial fizeram

que as empresas implantassem ações com foco na estratégia ESG, que envolve ambiente, a parte social e a governança corporativa, para conseguir os benefícios da sustentabilidade para os negócios.

Deste modo, a realidade do contexto organizacional é de buscar a melhoria da qualidade de vida das pessoas, redução do desperdício e dos custos, e simultaneamente reduzir os impactos ambientais negativos, impulsionando o desenvolvimento sustentável, parte integrante de uma estratégia de gestão empresarial socialmente responsável para obtenção de uma significativa mudança para o mundo; assim fica evidente que os investidores não podem deixar de se envolver em questões relacionadas com direitos humanos, sustentabilidade, educação e cultura sustentável.

2. OS DIREITOS DO HOMEM E DO SEU MEIO AMBIENTE

Para nosso entendimento, os direitos fundamentais relativizam o meio ambiente focado no homem, onde a pretensão é obter um habitat seguro e ecologicamente equilibrado para uma vida em sociedade, onde se estabelecem os direitos que são próprios do homem e do seu ambiente, e assim, conquistarmos um bem-estar coletivo, sem comprometer a qualidade de vida do ser humano.

Verifica-se por parte do governo, da iniciativa privada, da classe política uma descompromisso para melhorar a vida da coletividade; no entanto, devemos exigir das empresas uma gestão empresarial socialmente responsável, e com isso, adotar a prática ESG integrada à sustentabilidade empresarial a fim de conquistarmos um ambiente para eficiência econômica, equilíbrio ambiental, aspectos sociais e governança corporativa, com habilidades reais e viáveis para a organização, sem deixar de integrar a matéria de direitos humanos e os objetivos do desenvolvimento sustentável, com vistas a contribuir com a competitividade dos negócios, fazendo uma análise comparativa das organizações através do índice de sustentabilidade empresarial (ISE), o que faz com que o valor sustentável seja relevante para o desenvolvimento organizacional.

Com base neste cenário se considera que devemos almejar esse desenvolvimento gerando valores individuais e coletivos fundamentais, com apoio da cultura e criatividade, com evidência da

parte econômica, e assim, podemos dizer que as pessoas que almejam um desenvolvimento devem ter uma maior vinculação com a cultura, visando uma melhor qualidade de vida.

Devemos ter consciência, quando se acumulam riquezas vinculadas ao bem-estar de uma sociedade; com a destruição dos recursos naturais do Planeta, não podemos considerar que temos um desenvolvimento e nem um ambiente sustentável. Assim, nesse artigo, utilizamos uma metodologia qualitativa descritiva com foco na prática empresarial, integrando o meio ambiente, social e a governança, a qual denominamos ESG nas empresas, que leva em conta fatores além dos citados, o de sustentabilidade e dos direitos humanos.

Deste modo, para considerar que o ser humano consiga um desenvolvimento, devemos destacar a necessidade de um entendimento sobre os componentes citados, e, com isso, garantir o direito fundamental de terceira geração, para que a força do poder econômico proveniente do comportamento humano faça com que as pessoas que desrespeitem os direitos de uma sociedade ou da coletividade, tendo como consequência danos ao meio ambiente tenham uma educação sustentável e em direitos humanos, entendendo esses a partir do descrito no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal (CF) e permitindo-nos reconhecer uma Constituição de vanguarda, com uma lista completa do rol dos direitos fundamentais, num contexto onde os direitos e garantias expressos na CF não excluam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3. UMA GESTÃO EMPRESARIAL COM RESPONSABILIDADE SOCIAL

Atualmente, a responsabilidade social é uma tarefa que cabe sobretudo às empresas privadas, tendo como requisito uma gestão socialmente responsável, em que se adotam os critérios da agenda ESG, a qual tem crescido nos últimos tempos, possibilitando diversos benefícios para essas empresas com vantagens competitivas e uma maior lucratividade. O foco nos critérios ESG consiste em um novo paradigma empresarial integrando as suas atividades com o compromisso de construir um mundo mais equitativo e com políticas de respeito aos direitos humanos.

Ao nos referirmos aos direitos humanos, não podemos ter uma análise genérica em relação à sustentabilidade e, sim, devemos compatibilizar com o meio ambiente e os fatores sociais; só então poderemos analisar a qualidade de vida da sociedade, para saber e entender como o homem atual se utiliza de seus recursos naturais, com vistas a satisfazer seus anseios, sem prejudicar a qualidade de vida do cidadão.

A transformação necessária na sociedade atual para atingir mudanças sociais nas atividades humanas tem como ponto fundamental a cultura, e envolve a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Trata-se de um plano de ação para o mundo, visando a fortalecer a prosperidade e a paz universal. A relação entre o homem e o ambiente natural faz com que ele consiga se adaptar ao seu ambiente e modifica-lo conforme sua satisfação e necessidades.

Podemos dizer que as adaptações encontradas no ser humano estão atreladas à sua aprendizagem diária, ou seja, cada indivíduo com o tempo e de acordo com o ambiente aprende a ser homem; não basta viver e sim adquirir experiências no decurso do seu desenvolvimento e das suas necessidades. O potencial que o homem vem adquirindo através do seu conhecimento evidencia um envolvimento cultural, e assim, temos uma sociedade contemporânea com mudanças no comportamento do homem, e na sua relação social, em que devemos utilizar uma educação apropriada, visando a formar futuros cidadãos. A educação é fundamental no sentido orientar o cidadão para que dê um passo importante na obtenção de uma sociedade mais igualitária e envolvida com as questões humanas.

Em face da crescente desigualdade econômica e das evidências das externalidades negativas das práticas de negócios, as empresas financeiras estão sob pressão para demonstrar que podem agregar valor na economia global de hoje de maneira que funcionem para pessoas e comunidades em todo o mundo.

No cerne dessa questão está o reconhecimento de que a escala e a complexidade de uma transição célere exigem a “construção de pontes” entre as várias partes interessadas na prosperidade social e nas relações humanas com seus territórios.

O cumprimento dessa agenda socialmente responsável não é uma mera faculdade, mas uma prioridade a ser alcançada por todas

as organizações, inclusive as privadas, que possuem a responsabilidade de empreender esforços preventivos e reparatórios capazes de mitigar os danos envolvendo a violação de direitos humanos no âmbito das empresas. Essas devem promover a sua função social e econômica de modo inclusivo, alinhando-se com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, estabelecidos em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, dentre os quais destacam-se os seguintes:

- a) As empresas devem respeitar os direitos humanos. Isso significa que elas devem se abster de violar os direitos humanos e devem enfrentar os impactos adversos nos direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento. [...]
- b) A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, entendidos, no mínimo, como aqueles expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. [...]
- c) A responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas:
 - (a) Evitem causar ou contribuir para impactos adversos nos direitos humanos por meio de suas próprias atividades e enfrentem esses impactos quando eles vierem a ocorrer;
 - (b) Busquem prevenir ou mitigar impactos adversos nos direitos humanos que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços prestados em suas relações comerciais, mesmo se elas não tiverem contribuído para esses impactos. [...]
 (ORGANIZAÇÃO, 2011).

Assim, cumprir com a agenda de proteção dos direitos humanos é um fator não só opcional que culmine com a geração de valor econômico, mas, antes de tudo, um dever de promover e agregar valor social por meio das práticas das empresas, o que tem sido um aspecto cada vez mais considerado pelos indivíduos não só na

posição de trabalhadores, mas também como consumidores de produtos e marcas que sejam mais inclusivas, sustentáveis e socialmente responsáveis (BREMEN; GANU; SUNG; WURTZEL, 2021).

4. A VISIBILIDADE DO TERMO ESG EM RELAÇÃO À SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

O comprometimento com a sustentabilidade nas organizações tem como foco vantagens competitivas; melhor reputação; e maior lucratividade. As tendências empresariais seguem uma gestão mais sustentável e, com isso, adquirem índices econômico-financeiros melhores, adotando as regras da sigla internacional ESG. Nas empresas que seguem o caminho da qualidade, equidade, transparência, bem como um melhor desempenho empresarial na dimensão social, ambiental, econômica e de mudanças climáticas, envolvendo fatores de transformação com práticas internacionais de governança, essenciais para análise dos riscos com acentuada pressão nas atividades empresariais, permitem que o desenvolvimento dessas atividades esteja vinculado a fatores ligados a biodiversidade, inovação, transparência, solidariedade, educação, cultura e direitos humanos.

O entender sobre o termo ESG, ainda que precário nas organizações, necessita de adaptações para conseguir evoluir em um ambiente sustentável. No mercado existem os fundos ESG, que no Brasil atingiram uma cifra de 2,5 bilhões em 2020, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável constituindo o caminho ao qual as empresas necessitam adequar suas operações em boas práticas ESG.

O programa de aceleração do Pacto Global auxilia as empresas a estabelecer metas dos ODS e integrar suas estratégias ao termo “ESG”, sendo um dos principais objetivos do Pacto Global juntamente com o respeito e a proteção dos Direitos Humanos.

As metas dos ODS visam identificar nos negócios pontos importantes para obter objetivos globais como:

- Equidade de gênero;
- Redução da emissão de gases;
- Salário digno;

- Recuperação de 100% dos recursos contidos em materiais e produtos recuperados, reutilizados e reciclados;
- Garantia que as empresas não participam da violação dos Direitos Humanos;
- Apoio e liberdade ao reconhecimento a negociação coletiva;
- Eliminação completa do trabalho forçado ou compulsório;
- Apoio aos desafios ambientais;
- Promoção de maior responsabilidade social;
- Incentivos às tecnologias ambientais.

As necessidades da sociedade e oportunidades organizacionais se unem para transformar as empresas com estratégias que impulsionem o seu desempenho e melhorem os seus resultados.

Nos últimos tempos, as Empresas tiveram a necessidade de se adaptarem e respeitar as normas dos Direitos Humanos. A pandemia do coronavírus e a devastação socioeconômica deixaram um grande impacto negativo na sociedade e os danos para as atividades humanas com a destruição ambiental vêm prejudicando o planeta e a nossa saúde, fazendo com que tenhamos o compromisso de ajustar nossas ações ao meio ambiente. Assim também as empresas e a sociedade. Algumas empresas começaram a reorientar seus negócios em diversas dimensões, agregando a sustentabilidade empresarial juntamente com parcerias externas, ampliada com a utilização do fator social, envolvendo os fatores financeiros como medida de sucesso.

Uma gama complexa e ampla de questões, a maioria relacionada aos direitos humanos e à devastação socioeconômica, recebe menos atenção do que a dimensão ambiental; com isso, a estratégia ESG aparece como um componente de transformação para as empresas e a sociedade; no entanto, a má qualidade dos dados disponíveis e a falta de conhecimento são as razões frequentemente citadas para que os compromissos atentem para os riscos sociais e ambientais. Isso faz com que as metas ESG sejam um impulso significativo para as transformações.

Infelizmente, o “social” fica atrás de outros elementos do ESG no desenvolvimento de estratégias consistentes e eficientes para medir o

desempenho da empresa de uma forma que seja útil aos investidores.

5. DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DE UM AMBIENTE SUSTENTÁVEL PARA OS DESAMPARADOS

Os Direitos Humanos são relevantes para os negócios empresariais com a implementação das práticas ESG a fim de manter uma sociedade com valores e critérios de justiça, considerando o seu caráter para a proteção da vida humana. Para isso, se exige que os atores sociais e principalmente os desamparados sejam incluídos neste contexto. Assim, poderão subsistir socialmente, qualificando-se as empresas em sua gestão como responsáveis socialmente em relação ao mais necessitados. Atualmente as empresas possuem políticas com poucos recursos para cumprir uma pauta social da agenda ESG, e também incluem os critérios de governança para a mesma agenda.

Em matéria de gestão empresarial socialmente responsável, os direitos humanos têm uma relação direta com o ambiente sustentável, e não podem ser uma análise genérica em relação à sustentabilidade empresarial. Devemos compatibilizar com o meio ambiente e o social, e assim, poderemos analisar a qualidade de vida dos cidadãos desprovidos de atenção, para que consigamos entender como o homem atual pode se utilizar do seu meio, com vistas a satisfazer seus anseios, sem prejudicar a qualidade de vida do cidadão.

Os direitos humanos atualmente são uma trajetória longa, e com uma perspectiva em que as empresas tem se aprimorado ao longo do tempo até os dias atuais, onde os direitos sobre a pessoa humana justificam a sua individualidade e universalidade (CASTILHO, 2018, p 297-308).

Os direitos adotados por práticas socioeconômicas e socioambientais fazem com que as empresas fiquem alinhadas com as práticas dos direitos humanos, na medida em que se tornam socialmente responsáveis e buscam agregar valor e oportunidades com maior equidade, oferecendo condições de desenvolvimento, reconhecendo as pessoas e as suas escolhas, na tomada de decisões com respeito a todos os seus públicos e atividades (SILVEIRA, 2014).

Os Direitos Humanos e os desafios para alcançar um ambiente sustentável consistem

em: apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos proclamados internacionalmente aos necessitados, e evitar a cumplicidade nos abusos aos direitos humanos. Assim sendo, a parceria internacional no cumprimento dos princípios da ONU (Organização das Nações Unidas) (ORGANIZAÇÃO, 2021) tem o intuito de reunir as empresas, organizações da sociedade civil e o setor público de diferentes países, conforme anunciado em 1999 no Fórum Econômico Mundial, em Davos, Suíça, oficialmente lançado em 2000, na ONU em Nova York, a evidenciar a relação do setor privado com a sociedade.

Essas propostas são orientadas pelos princípios empresariais e pelos direitos humanos da ONU, devido à relevância para os cumprimentos dos ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável), da Agenda 2030, objetivando um crescimento econômico para se ter um trabalho decente no mundo e também para que atenda os mais carentes e desamparados. Esses princípios são fundamentais para o Direito do Trabalho, e surgiu na Declaração do Rio sobre meio ambiente e nas convenções das Nações Unidas contra a corrupção. Esses acordos incluem estratégias empresariais para o comprometimento claro dos princípios empresariais envolvendo direitos humanos, trabalho, meio ambiente, corrupção, social e governança corporativa.

As políticas globais estabelecidas pela *Global Compact* para facilitar o diálogo, a aprendizagem e parcerias, facilitam a interação multisetorial, em relação ao meio ambiente, o social e a governança empresarial global. Em 2006 se evidenciou que a prática ESG era adotada por 3.200 empresas, sendo 92 brasileiras, possibilitando avanços empresariais com o termo ESG.

6. REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA AMPARAR OS VULNERÁVEIS E DESAMPARADOS

Reconhecemos que atualmente a erradicação da pobreza e o atendimento aos necessitados em todas as suas dimensões é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Para essas necessidades devemos ter um processo educacional voltado aos direitos humanos. Todos os países e todos os grupos interessados devem atuar em parceria colaborativa, a fim de

implementar este plano. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as 169 metas são uma ambição universal de seus recursos naturais e de medidas urgentes para combater a mudança do clima, atendendo as necessidades das gerações presentes e futuras.

Tudo isso é determinante para se assegurar que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de plena realização pessoal, e que o progresso econômico, social e tecnológico ocorra em harmonia com a natureza, promovendo sociedades pacíficas, justas e inclusivas, livres do medo e da violência. Não pode haver desenvolvimento sustentável sem paz, e não há paz sem desenvolvimento sustentável. Quando falamos de Parceria, os ODS buscam mobilizar os meios necessários para implementar esta Agenda por meio de uma Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável revitalizada, com base no espírito de solidariedade global fortalecida, com ênfase especial nas necessidades dos mais pobres e mais vulneráveis e com a participação de todos os países, todas os grupos interessados e todas as pessoas. As interconexões e a natureza integrada dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são de importância crucial para assegurar que o propósito da nova Agenda se concretize. Se realizarmos as nossas ambições em toda a amplitude da Agenda, todos sentirão melhoras sensíveis em suas vidas e nosso mundo será melhor.

De acordo com alguns autores, a exploração do ambiente natural pelo ser humano vem comprometendo o meio ambiente de maneira brutal contínua e irracional (Vieira de Melo, R.A, Valério Martins, R., Silva, K.C., 2002, p 103). A sobrecarga das funções da natureza pelo homem faz com que a sustentabilidade seja uma necessidade para que possamos viver em um ambiente equilibrado, reduzindo o ritmo de degradação que nos permita sobreviver. Este é o grande desafio da contemporaneidade. Novo (2006) aborda que a sociedade não pode crescer e ter um consumo indefinido; isso torna inviável sustentar uma necessidade, devido à má utilização dos recursos naturais. A sustentabilidade empresarial com aplicabilidade ESG vem a ser uma política de desenvolvimento social atual pelo Estado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente para que as empresas tenham como requisito uma gestão socialmente

responsável e estejam envolvidas com um novo tipo de gestão denominada ESG se impõe um novo paradigma empresarial integrado em áreas corporativas com significativo compromisso de construir um mundo mais equitativo e com políticas de respeito aos direitos humanos, tendo como fator fundamental a gestão socialmente responsável.

Em matéria de direitos humanos não podemos ter uma análise genérica em relação à sustentabilidade e, sim, devemos compatibilizar com o meio ambiente, e dessa forma, poderemos analisar a qualidade de vida da sociedade, a fim de saber e entender como o homem atual se utiliza dos seus recursos naturais, com vistas

a satisfazer seus anseios, sem prejudicar a qualidade de vida do cidadão.

Entender os direitos humanos a partir do descrito no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil permite ter uma lista completa do rol dos direitos fundamentais, abrindo a possibilidade para outros direitos fundamentais, tornando-a uma constituição de vanguarda. Os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

REFERÊNCIAS

- Ebook - Interdisciplinaridade, Trabalho Investigativo e Educação. Organizadores: Robert Kennedy G. Franco; Tania Sena A.M. Bezerra; Francisco G. Salvador. - Ed. Realize Eventos 2020 – 335p; Autores: Vieira de Melo, R.A., Valério Martins, Racquel, Silva, Kelly Cristina – As estratégias sustentáveis para alcançar um desenvolvimento social – pp. 100-135 – ISBN – 978658690100-9v.
- ALECRIM, Renata Gondim. A conciliação entre trabalho decente e crescimento econômico na agenda 2030 da ONU: a responsabilidade das empresas privadas em tempos de modernidade líquida. *Revista FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 11, n. 1, 16 jul.
2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/469>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- AZEVEDO, Flávia; SANT'ANNA, Mayara. O lugar da diversidade no “s” do esg. *Jota*, São Paulo, 14 jul. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/vozes-negrasno-direito/o-lugar-da-diversidade-no-s-do-esg-14072021?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destaque_14072021&utm_medium=email&utm_source=RD+Statio. Acesso em: 12 ago. 2021.
- BETHÔNICO, Thiago. Entenda o que é ESG e por que a sigla virou febre no mundo dos negócios. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-virou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- BIRSHAN, Michael; GOERG, Madeleine; MOORE, Anna; PAREKH, Ellora-Julie. Investors remind business leaders: Governance matters. *McKinsey & Company*, 2 out. 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/investors-remind-business-leaders-governance-matters>. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementado os parâmetros “proteger, respeitar e reparar” das Nações Unidas*. Brasília, DF: MMFDH, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.
- BREMEN, John M.; GANU, Shai; SUNG, Amy; WURTZEL, Matt. Human capital is the key to a successful ESG strategy. *World Economic Forum*, Geneva, 02 set. 2021. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2021/09/human-capital-is-the-key-to-a-successful-esg-strategy/>. Acesso em: 12 out. 2021.
- BUENO, Luciana Procópio. *Gestão do risco jurídico: estratégia para a sustentabilidade empresarial*. São Paulo: Editora Dialética, 2021. E-book (não paginado). Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=xCG7EAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 22 de nov. 2021.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRUZ, André Santa. *Função social da empresa*. GenJurídico, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/10/24/funcao-social-da-empresa/#_ftn1. Acesso em: 08.ago. 2021.
- DELOITTE. *The Deloitte global millennial survey 2020: resilient generations hold the key to creating a “better normal”*. Deloitte, Nova Iorque, 2020. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/deloitte-2020-millennial-survey.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.
- ENGELMANN, Wilson. *The Natural Human Rights Origin: the historical horizon of 1948 Human Rights Universal*.
- ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Genebra: ONU, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao->

universal- dos- direitos- humanos. Acesso em: 13 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Guiding principles on business and human rights*. Genebra: ONU, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Princípios da ONU para empresas e direitos humanos atingem o marco histórico de dez anos*. Brasília, DF: ONU, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/132461-principios-da-onu-para-empresas-e-direitos-humanos-atingem-o-marco-historico-de-dez-anos>. Acesso em: 12 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Nova Iorque: ONU, 2016. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

PACTO GLOBAL. *Implementação dos princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos*. São Paulo: Pacto Global, 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/19KRDRFrkWFY2gPxTi-jCcKljKv1CU9vt/view>. Acesso em 11 out. 2021.

O ENFRENTAMENTO À COVID-19 PELO COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS

.....

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais; Membro desde 2011 e Presidente (2019-2020) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Professor Titular do CEUB.

RESUMO

O presente artigo desnuda o regime de enfrentamento à pandemia de Covid-19 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) edificado a partir das decisões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), o seu órgão de interpretação e supervisão. Para tanto, além da ilustração com preocupações e recomendações oriundas de suas recentes observações conclusivas, apresenta e analisa três importantes documentos aprovados pelo Comitê sobre o assunto: a Observação Geral número 25 de 2020, relativa à ciência e os DESC; bem como a Declaração da pandemia por Coronavírus (Covid-19) e os DESC de 17 de abril de 2020; a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19 de 27 de novembro de 2020; e a Declaração sobre vacinação universal acessível para Covid-19, cooperação internacional e propriedade intelectual de 12 de março de 2021.

Palavras-chave

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; enfrentamento; pandemia; direitos humanos.

ABSTRACT

The present article lays bare the regime of confronting the Covid-19 pandemic of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) built upon the decisions of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), its organ of interpretation and supervision. To this end, in addition to illustrating concerns and recommendations arising from its recent

concluding observations, it presents and analyzes three important documents approved by the Committee on the subject: the General Observation number 25 of 2020, concerning science and ESCR; as well as the Declaration on Coronavirus pandemic (Covid-19) and ESCR of April 17, 2020; the Declaration on universal and equitable access to Covid-19 vaccines of November 27, 2020; and the Declaration on affordable universal vaccination for Covid-19, international cooperation and intellectual property of March 12, 2021.

Keywords

Committee on Economic, Social and Cultural Rights; confrontation; pandemic; human rights.

1. INTRODUÇÃO

Em 2020 a humanidade conheceu uma pandemia atroz. A Covid-19 ameaça e ceifa vidas incessantemente. A atual geração jamais enfrentou uma situação sanitária dessa magnitude. Transcorridos mais de dois anos, agora em maio de 2022, o cenário ainda é muito preocupante apesar das vacinas existentes e das medidas de contenção adotadas em todo o planeta. O anseio pela “volta a uma suposta normalidade” vem acompanhado de uma repetição de contágios, o qual atinge inclusive pessoas vacinadas, especialmente as crianças e jovens que retomam as suas atividades nas escolas e centros universitários.

A pandemia da Covid-19, ao desbordar os sistemas públicos de saúde e devastar diferentes setores da vida – como a economia, a educação, a produção de alimentos, a segurança social, dentre outros – é uma clara ameaça aos direitos humanos. Estes, para um enfrentamento exitoso

do vírus, devem ser observados a partir de suas perspectivas indivisível e interdependente. Se os governos dos países não atuarem em consonância com os direitos humanos, o risco de que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam menoscabados, com isso aumentando o sofrimento dos grupos mais excluídos, marginalizados e vulneráveis, recrudesce significativamente.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC ou Pacto) proporciona um regime consolidado de afirmação e proteção desses direitos, notadamente quanto ao direito à saúde. Este consta de instituições como o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), de normas (PIDESC e seu Protocolo), princípios (boa-fé; igualdade e não discriminação; *pro homine*; complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos), de documentos (Declaração do CDESC para não deixar ninguém para trás à luz da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável; Observações Gerais nº 14 e nº 25; a Declaração da pandemia da Covid-19; e, a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19) e de regras (*Pacta Sunt Servanda*; regra da norma mais favorável e regra do esgotamento dos recursos internos) que consagram a existência de um verdadeiro regime de proteção à saúde oriundo do PIDESC.

Sendo um regime um conjunto de instituições, de normas, de princípios e de regras capazes de influenciar, gerando-lhes um padrão de conduta, os países, as organizações internacionais e os indivíduos em uma determinada agenda ou tema¹, o CDESC é o órgão central do robusto regime de proteção ao direito à saúde, edificado a partir do PIDESC e amalgamado pelos princípios da complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos. Eis que estes são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos². Para contribuir para esse esforço conjunto de combate à Covid-19, o CDESC ilumina os pilares desse regime capazes de somarem à mobilização global contra o impiedoso Coronavírus, indicando, ademais, que as respostas à pandemia devem estar embasadas nos melhores conhecimentos científicos disponíveis em benefício da proteção da saúde pública, conforme o direito de toda pessoa de gozar das vantagens do progresso

científico e de suas aplicações explícito no artigo 15, parágrafo 1, alínea b do Pacto.

O PIDESC é juridicamente vinculante. Seus Estados partes têm a obrigação de adotar medidas para se não evitar mitigar os efeitos derivados dos impactos da pandemia. Estas devem ser edificadas a partir dos melhores conhecimentos científicos em prol da proteção eficaz da saúde de que todo ser humano tem o direito de desfrutar. O Brasil é Estado parte do Pacto desde 1992³ e, portanto, em consonância com o princípio da boa-fé que rege o direito internacional, está obrigado a seguir as diretrizes indicadas pelo CDESC na matéria. Para este, o órgão de interpretação, supervisão e monitoramento do PIDESC, todas as pessoas na jurisdição de um Estado parte do Pacto podem desfrutar dos direitos nele reconhecidos.

Nesse artigo são apresentadas as características centrais do PIDESC e do CDESC, além dos pilares jurídicos do direito à saúde desde a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. Em seguida, debruça-se sobre as principais linhas argumentativas e conclusivas de três importantes documentos recentemente aprovados pelo Comitê no assunto: a Observação Geral número 25 de 2020, relativa à ciência e os DESC; bem como a Declaração da pandemia por Coronavírus (Covid-19) e os DESC de 17 de abril de 2020; a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19 de 27 de novembro de 2020; e a Declaração sobre vacinação universal acessível para Covid-19, cooperação internacional e propriedade intelectual de 12 de março de 2021.

2. O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC)

O PIDESC é um tratado internacional multilateral do sistema de direitos humanos da ONU⁴. Trata-se de um dos pilares essenciais da Carta Internacional dos Direitos Humanos: um conjunto de convenções internacionais que, além do PIDESC, alberga o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 10 de dezembro de 1948. O PIDESC e o PIDCP foram adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 (Resolução 2200 A XXI), entrando em vigência em 1976⁵.

O PIDESC identifica três responsabilidades que recaem sobre os Estados para a proteção dos direitos neles contidos: a de respeitar, isto é, os Estados devem abster-se de interferir direta ou indiretamente nesses direitos; a de proteger, isto é, os Estados devem tomar medidas para assegurar que outros atores, como os empresários, políticos, religiosos ou qualquer pessoa possa interferir nesses direitos; e a de desfrutar, ou seja, os Estados devem tomar medidas para a realização desses direitos. Ao respeitar, proteger e tornar efetivos os direitos enunciados no Pacto, os Estados partes poderão cumprir suas promessas de cuidar para que ninguém fique para trás no empenho coletivo em prol de um mundo transformado, conforme a Agenda 2030⁶ das Nações Unidas⁷.

As normas do PIDESC dispõem sobre igualdade de direitos entre homens e mulheres, direito ao trabalho, direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, direito a fundar e se afiliar a sindicatos, direito da segurança social, direito à proteção e a assistência à família, direito a um nível de vida adequado, direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, direito à educação, e direito à cultura e ao gozo dos benefícios do progresso científico. Estes, à luz dos princípios da livre determinação, da igualdade e da não discriminação.

O primeiro parágrafo do artigo segundo do PIDESC exige que os Estados partes adotem medidas imediatas para garantir a todas as pessoas em suas jurisdições o pleno exercício dos direitos nele garantidos. Tais medidas deverão ser próprias ou alcançadas mediante a assistência e a cooperação internacionais. A Carta de São Francisco ou Carta da ONU (a partir da literalidade de seus artigos 1.3 e 55, incisos “a” e “c”, lidos conjuntamente com o artigo 56) consagra a interpretação extensiva de que a proteção internacional aos direitos humanos deve ser considerada como uma questão vinculada aos interesses da comunidade internacional. Portanto, em prol da afirmação da dignidade humana, a cooperação internacional constituirá uma fonte de restrições à discricionariedade estatal. A restrição a qualquer um dos atuais patamares da proteção internacional dos direitos humanos, inclusive os emanados pelo CDESC, poderia ser interpretada como uma violação a princípios basilares da proteção internacional da pessoa humana, como o princípio da não redução de parâmetros da

proteção dos direitos humanos, o princípio da norma mais favorável e o princípio *pro homine*⁸. Esse entendimento guia os membros do CDESC na aplicação e interpretação do PIDESC nos assuntos relacionados aos direitos à saúde e ao progresso científico.

Não à toa, no parágrafo 15 de sua Declaração da pandemia por Coronavírus (Covid-19) e os direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê indica que os Estados partes do PIDESC devem adotar medidas urgentes, especiais e específicas, inclusive mediante cooperação internacional, para proteger e mitigar os efeitos da pandemia em grupos vulneráveis. Nestes destacam-se as pessoas mais velhas, as pessoas com deficiência, os refugiados, assim como comunidades e grupos submetidos à discriminação e desvantagens estruturais. Dentre tais medidas, o CDESC assinala, por exemplo, a adoção daquelas especialmente adaptadas para proteger a saúde e os meios de vida dos grupos minoritários vulneráveis, como os povos indígenas⁹.

A cooperação internacional, desde sua essência, implica compartilhar pesquisas, profissionais, medicamentos e equipamentos médicos, assim como as boas práticas para frear o Coronavírus. Ademais, coordenar as medidas que se adotem para reduzir os efeitos econômicos e sociais da crise gerada em consequência da pandemia, assumindo esforços conjuntos por todos os países em prol de uma recuperação econômica efetiva e equitativa. Ademais, no centro dessas iniciativas internacionais devem estar as necessidades dos grupos vulneráveis, desfavorecidos, bem como dos países fragilizados¹⁰.

O artigo 2.1 do PIDESC versa sobre a realização progressiva dos direitos. A própria expressão “se compromete a adotar medidas, por todos os meios apropriados, incluindo a adoção de medidas legislativas” exige que todos os Estados partes comecem a adotar medidas imediatas a fim de conseguir o pleno desfrute dos direitos contidos no Pacto¹¹. Estas incluem, não esgotando outras possibilidades, as de caráter administrativo, financeiro, educacional e social. Nessa esteira, os Estados partes obrigam-se juridicamente a adotar medidas legislativas, sobretudo quando as leis existentes sejam claramente incompatíveis com as obrigações contraídas em virtude do PIDESC.

Já a expressão “assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos” obriga aos

Estados partes, independentemente de seu grau de desenvolvimento ou riqueza nacional, a avançarem imediatamente e com a brevidade possível para a efetividade dos DESC¹². Particularmente, no que toca às disposições não discriminatórias e à obrigação dos Estados partes em se absterem de violar, por ação ou omissão, as medidas protetoras legais ou de outros tipos que exigem cumprimento imediato. Inclusive, o CDESC afirmou que essa obrigação existe independentemente de um incremento dos recursos disponíveis. Isso porque todos os recursos existentes devem estar dedicados à efetividade dos direitos proclamados pelo PIDESC¹³. Em época da pandemia, capaz de afetar o âmago do direito humano à saúde, esse entendimento deve prevalecer sem restrições de nenhuma ordem jurídica, normativa ou política.

O CDESC identificou como obrigações de efeito imediato a adoção de medidas para a plena efetivação dos direitos reconhecidos no PIDESC e a proibição da discriminação. Suas existências ou não oferecem pilares para avaliar supostas violações do Estado, seja por ação ou omissão. Os DESC não são puramente programáticos. Pelo contrário, impõem obrigações operativas diretas. O não cumprimento destas pode ser justificável. Por exemplo, a existência de leis ou de práticas estatais que discriminem por razões de gênero, raça, deficiência, orientação sexual ou nacionalidade, dentre outras, impondo barreiras ao gozo dos DESC, constituem violações às obrigações de efeito imediato. Também, a falta de políticas públicas para a realização dos direitos ou a demora em derogar legislação ou práticas discriminatórias constituem violações desse tipo¹⁴.

De fato, o CDESC, em sua Observação Geral nº 1, assinalou que o PIDESC atribui especial importância ao conceito de realização progressiva dos DESC. Com efeito, os Estados partes foram instados a incluírem em seus relatórios dados capazes de avaliar o progresso alcançado quanto à aplicação efetiva desses direitos dentro de prazos razoáveis¹⁵. Essa efetividade progressiva demanda uma reflexão acerca das dificuldades no mundo real quanto à efetividade dos DESC à luz das obrigações estatais de alcançarem esses objetivos o mais eficazmente possível. Todas as medidas deliberadamente retroativas deverão ser consideradas cautelosamente, sendo justificadas apenas quando se referirem ao máximo dos recursos disponíveis¹⁶. Isto não significa,

porém, que os Estados partes possam prolongar indefinidamente a adoção de medidas capazes de garantir os direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição.

O artigo 2.2 do PIDESC obriga aos Estados partes a se absterem de comportamentos discriminatórios, modificando leis e práticas que permitam a discriminação. Proíbe os particulares e os organismos públicos a realizarem práticas discriminatórias. Em casos de discriminação, procedimentos judiciais e outros métodos de recursos devem ser garantidos¹⁷.

Inclusive, os Estados partes têm obrigações extraterritoriais relacionadas com os esforços mundiais para enfrentar a covid-19. Particularmente, os países desenvolvidos devem evitar adotar decisões – como a imposição de limites às exportações de equipamentos médicos – que obstaculizam o acesso a equipamentos vitais para as vítimas mais pobres da pandemia. Igualmente, os Estados partes devem assegurar que as medidas fronteiriças unilaterais não dificultem a circulação de bens necessários e essenciais, especialmente alimentos básicos e equipamentos sanitários. Por fim, toda restrição baseada no objetivo de garantir o abastecimento nacional tem de ser proporcional e atender às necessidades urgentes de outros países¹⁸.

Em sede de suas observações conclusivas, o CDESC teve a oportunidade de destacar a indissociabilidade entre o meio ambiente, povos indígenas, nível de vida adequado e o direito à saúde, pois estes conformam um anel interativo em prol da afirmação da dignidade humana. Assim, após o diálogo construtivo em decorrência do sexto relatório periódico do Canadá, o Comitê inquietou-se com o fato de que os povos indígenas desse Estado parte vivessem confinados em condições precárias, gerando-lhes severos problemas de saúde. Ademais, o fato de que estes tivessem acesso limitado à água potável e a serviços de saneamento também foram fatores motivadores de grande preocupação. Em consequência, o Comitê instou ao Estado parte a intensificar seus esforços para enfrentar a crise de moradia adequada dos povos indígenas, em consulta com seus respectivos governos e organizações. Atualmente, o consentimento livre, prévio e informado é pedra angular do direito internacional dos povos indígenas. De igual modo, o CDESC insistiu com o compromisso do país de garantir o acesso à água potável e a serviços de saneamento,

concomitantemente velando para a participação ativa na planificação e gestão dos recursos hídricos dos povos indígenas. Nesse sentido, o Estado parte deveria levar em consideração não somente o direito econômico dos povos indígenas, mas também o valor cultural que a água tem para eles¹⁹. Para o CDESC, o artigo 11 do Pacto, direito à um nível de vida adequado, não denota uma situação estacionária e sim uma melhora contínua das condições de existência de todo ser humano, estando inexoravelmente interligado, por isso, ao direito à saúde²⁰. Tais preocupações do Comitê para com os povos indígenas devem ser tomadas seriamente em conta por todos os Estados partes do PIDESC, sobretudo em tempos do Coronavírus que têm nos povos indígenas um de seus alvos mais vulneráveis.

3. O COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CDESC)

O CDESC é um órgão internacional do sistema ONU que está conformado por 18 especialistas independentes. Ele aplica, interpreta e monitora o PIDESC. Foi estabelecido pela Resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), em 28 de maio de 1985.

Todos os Estados partes no PIDESC estão obrigados a submeter relatórios ao CDESC sobre a implementação e aplicação dos direitos dispostos no Pacto. O primeiro relatório deve ser enviado ao cabo dos dois anos iniciais da vigência do PIDESC. Depois, a cada cinco anos deverão ser encaminhados seus relatórios de seguimento àquele relatório pioneiro. O CDESC examinará cada relatório, celebrará um diálogo construtivo com os Estados partes e a eles endereçará suas preocupações e recomendações na forma de observações conclusivas.

O CDESC reúne-se em Genebra, em períodos de sessões anuais, adotando sua interpretação das disposições do PIDESC em forma de observações gerais. Também emite cartas e declarações sobre os mais variados assuntos de necessidade para a afirmação dos DESC na seara internacional.

Desde 2013, com a entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao Pacto, o Comitê está facultado para apreciar comunicações individuais envolvendo pretensas violações

aos direitos contidos no PIDESC²¹. O quarto artigo do regulamento do Protocolo diz que as comunicações poderão ser apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado parte, alegando serem vítimas de uma violação a qualquer dos direitos enunciados no Pacto. Esse fato confere um posicionamento especial ao CDESC com relação aos demais órgãos internacionais não judiciais e, também, judiciais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. A possibilidade da cidadania dos Estados partes no Protocolo Facultativo ao PIDESC denunciarem individualmente seus países alça o CDESC como o único órgão internacional, na atualidade, capacitado para receber denúncias individuais referentes à violação dos direitos econômicos, sociais e culturais contidos no Pacto.

O Brasil, por exemplo, é Estado parte do PIDESC, mas ainda não celebrou o seu Protocolo Facultativo, razão pela qual a sua cidadania não pode encaminhar denúncias individuais ao CDESC. Por isso, o Estado brasileiro, no presente momento, está obrigado a cumprir o disposto no artigo 16 do Pacto, isto é, apresentar os relatórios sobre as medidas que tem adotado, bem como os progressos realizados, a fim de assegurar o respeito aos direitos contidos no PIDESC. Assim sendo, após o diálogo construtivo com o Comitê, este publicará suas observações conclusivas, com preocupações e recomendações, as quais deverão ser acatadas pelo Brasil. Nesse sentido, importante destacar que em 04/06/2020 o Estado brasileiro encaminhou o seu Terceiro Relatório de Seguimento para o CDESC²². Será este documento que o Comitê tomará como base para o diálogo construtivo que deverá ser celebrado em 2021 ou 2022, a depender do calendário interno que emergirá dos efeitos da pandemia sobre os trabalhos dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos do sistema das Nações Unidas.

O anterior não significa que a cidadania em geral e a sociedade civil organizada do Brasil estejam marginalizadas de todo o processo oficial de apresentação de relatórios ante o CDESC. Os chamados relatórios sombras, aqueles produzidos pela sociedade civil em oposição aos relatórios oficiais dos Estados partes, ou preenchendo lacunas destes, são sempre muito bem-vindos pelo Comitê, pois são excelentes fontes de informações e contrapontos essenciais às informações oficiais capazes de

qualificar positivamente o diálogo construtivo com os Estados partes²³. Por isso, o CDESC estimula a participação da sociedade civil em todas as etapas de preparação e apresentação dos relatórios oficiais pelos Estados partes. E quando for a hora da análise do Terceiro Relatório de Seguimento do Estado brasileiro, bem como das medidas tomadas pelo Brasil no enfrentamento ao Coronavírus, os relatórios sombras produzidos pela sociedade civil brasileira serão muito importantes para que o Comitê formule conclusões e recomendações certas nos assuntos pertinentes²⁴.

Como consequência direta dos efeitos da pandemia da Covid-19, as sessões presenciais do Comitê que se realizariam durante o mês de outubro de 2020 e fevereiro/março de 2021, na sede suíça da ONU em Genebra, foram canceladas e o CDESC trabalhou à distância, em modo on-line, estando os seus membros em seus países de origem. Por essa razão, os diálogos construtivos com os Estados partes do PIDESC previstos para essas sessões foram excepcionalmente postergados, salvo em dois casos cujos Estados partes tivessem condições de dialogar à distância por meio virtual conforme decisão da Mesa Diretiva do CDESC de novembro de 2020²⁵. O Comitê, portanto, enquanto perdurou a impossibilidade de reunião presencial em Genebra em decorrência da pandemia, focou primordialmente as observações gerais em desenvolvimento, as denúncias individuais apresentadas em virtude do Protocolo Facultativo, as formulações da lista de questões prévias aos países que ainda apresentariam os seus relatórios em breves e distintas declarações como as virtualmente aprovadas durante o ano de 2020. Assim sendo, o Coronavírus também impactou na essência do trabalho do CDESC. Não por isso, no ano de 2021, o Comitê celebrou sessões virtuais com os Estados partes e proferiu observações conclusivas, como foi o caso da decorrente do 3º relatório de seguimento apresentado pela Bolívia. Nesta, merece destaque o parágrafo 36 através do qual o CDESC manifesta preocupação com o fato de que apesar da implementação do Sistema de Saúde Unificado para populações vulneráveis, a concessão do Abono Universal e do Abono Família para mitigar os efeitos da pandemia de COVID-19 e o fato de mais pessoas poderem ter acesso a uma pensão nesse Estado parte, se nota a existência de barreiras ao acesso à segurança social para grupos desfavorecidos

e marginalizados, tais como mulheres, requerentes de asilo, refugiados e migrantes com empregos precários no setor informal (como consequência do art. 9 do PIDESC). Para sanar essa inquietação, o Comitê recomendou ao Estado boliviano garantir a suficiência das pensões a fim de proporcionar um nível de vida adequado aos seus beneficiários, considerando os efeitos da pandemia da COVID 19²⁶.

Já no regresso às sessões presenciais em Genebra em 2022, ainda que sob formato híbrido toda vez que a maioria dos membros do CDESC estava presencialmente no Palais Wilson na sede Suíça da ONU e as delegações oficiais dos Estados citados continuavam em suas capitais participando de forma remota-virtual, o Comitê pôde aprofundar suas preocupações com relação aos distintos artigos do PIDESC como no caso do 3º relatório de seguimento apresentado pela República Tcheca sobre o qual o Comitê, à luz do art. 6 do PIDESC que trata sobre o direito ao trabalho, contentou-se com a taxa global de desemprego de longa duração naquele Estado parte, avaliada como muito baixa, e políticas como o programa antivírus, destinadas a mitigar os efeitos da pandemia da doença coronavírus (COVID-19). No entanto, o CDESC preocupou-se com a aguda variação na taxa de desemprego nas distintas regiões do país. Mais: o Comitê inquietou-se com as dificuldades de acesso de alguns grupos ao trabalho, na sua maioria trabalhadores da economia informal afetados desproporcionalmente pela pandemia da COVID-19. Além disso, o Comitê lamentou a falta de estatísticas sobre o emprego informal e a proteção limitada dos trabalhadores desse setor. Para sanar suas preocupações o CDESC recomendou: continuar a tomar medidas destinadas a reduzir o desemprego em todas as regiões do país; reforçar o apoio prestado aos ciganos, pessoas com deficiência, mulheres com crianças, pessoas com 50 anos ou mais e migrantes no acesso ao emprego, adotando medidas positivas específicas, facilitando o seu acesso ao emprego, às oportunidades de formação técnica e profissional e recolhendo dados sobre a sua situação; assegurar com que os programas promotores da integração dos grupos mais desfavorecidos e marginalizados no mercado de trabalho aberto não perpetuem a sua colocação em empregos pouco qualificados e na economia informal; e tomar medidas para facilitar a transição dos trabalhadores do setor informal para o setor formal da economia, em particular

através do recolhimento de dados sobre as suas situações e assegurar que sejam acolhidos pela legislação trabalhista, tendo acesso, aliás, a uma proteção social²⁷.

4. O DIREITO HUMANO À SAÚDE NO PIDESC

Para o CDESC a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício pleno dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde capaz de lhe permitir viver dignamente segundo o artigo 12 do PIDESC. A interpretação deste artigo pelo CDESC reconhece a obrigação dos Estados partes de assegurar a seus cidadãos o gozo do mais alto nível possível de saúde, conceito este que abraça desde o acesso equitativo até garantias mínimas de assistência sanitária no caso de doenças²⁸. Ademais, o direito à saúde está estritamente vinculado com o exercício de outros direitos humanos, destes dependendo, tais como, por exemplo, nível de vida adequado, alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, não ser submetido a torturas, vida privada, acesso à informação e a liberdade de associação, reunião e circulação. Estes, bem como outros direitos e liberdades constantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos, compõem a integralidade do direito à saúde²⁹.

Em sua Observação Geral nº 14, que trata do direito ao desfrute do nível mais alto possível de saúde, o Comitê alertou que os Estados têm a obrigação de respeitar esse direito, particularmente abstendo-se de denegar ou limitar o igual acesso de todas as pessoas aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos; não impondo práticas discriminatórias como políticas de Estado; e ainda recusando-se a impor práticas discriminatórias quanto à saúde e as necessidades da mulher e outros grupos de especial atenção³⁰.

Ao se debruçar sobre o conteúdo normativo do artigo 12 do Pacto, o CDESC indica que o direito à saúde não deve ser entendido simplesmente como um direito a estar saudável, pois esta entranha liberdades e direitos. Entre as liberdades estão o direito de toda pessoa a controlar sua saúde e seu corpo, incluindo as liberdades sexual e genésica, além do direito de não padecer ingerências, como o direito a não ser submetido a torturas nem a tratamentos e experimentos médicos não consentidos. Por

outro lado, entre os direitos contempla-se o relativo a um sistema de proteção da saúde capaz de oferecer às pessoas oportunidades iguais para gozar do mais alto nível possível de saúde, conceito este que abarca tanto as condições biológicas como as socioeconômicas essenciais das pessoas, aí incluídos os recursos disponíveis pelo Estado. Por conseguinte, o Comitê alertou os Estados partes quanto às suas obrigações de respeitar o direito à saúde, particularmente abstendo-se de denegar ou limitar o igual acesso de todas as pessoas aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos; não impondo práticas discriminatórias como políticas de Estado e sim se recusando a impô-las no âmbito da saúde e das necessidades da mulher e outros grupos de especial atenção. Eis que o direito à saúde deve ser entendido como um direito ao gozo de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para alcançar o mais alto nível possível de saúde³¹.

Não só isso; o CDESC interpreta o direito à saúde como um direito inclusivo que compreende não apenas a atenção de saúde oportuna e apropriada, senão também os principais fatores determinantes da saúde, como o acesso a água limpa potável e a condições sanitárias adequadas, o fornecimento adequado de ambientes saudáveis, uma nutrição apropriada, uma moradia adequada, condições sadias no trabalho e no meio ambiente, acesso à educação e informação sobre questões relacionadas com a saúde, nestas incluída a saúde sexual e reprodutiva. Assim mesmo, o processo de adoção de decisões sobre as questões relacionadas com a saúde nos planos comunitário, nacional e internacional deve contar com a participação da população em todas suas etapas de consubstanciação³².

O direito à saúde contém quatro elementos essenciais e interrelacionados cujas aplicações estão sujeitas às condições prevalecentes em cada Estado parte. A disponibilidade significa que cada Estado parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens, programas, serviços públicos, leitos e centros de atenção à saúde. A acessibilidade impõe aos Estados partes que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde sejam acessíveis a todos, sem nenhum tipo de discriminação. A aceitabilidade significa que todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde respeitem a ética médica e as culturas de maneira apropriadas, ou seja, observando a cultura das pessoas, das minorias,

dos povos e das comunidades, iluminados pelos requisitos de gênero e pelo ciclo da vida, devendo estar concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas. Finalmente, a qualidade, vale dizer, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser apropriados do ponto de vista científico e médico. Mais: contar com uma boa qualidade, como, por exemplo, pessoal sanitário capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias dignas³³.

O CDESC recomenda aos Estados partes incorporar a perspectiva de gênero nas suas políticas, programas e pesquisas em matéria de saúde para uma melhor promoção da saúde do homem e da mulher. Um enfoque na perspectiva de gênero reconhece a importância dos fatores biológicos e socioculturais em suas saúdes. Especialmente, para eliminar a discriminação contra a mulher é preciso elaborar e aplicar uma ampla estratégia nacional objetivando a promoção do direito à saúde da mulher ao longo de toda a sua vida. Esta deve enfocar a prevenção e o tratamento das doenças que afetam as mulheres, assim como políticas encaminhadas a proporcionar-lhes acesso a cuidados de saúde de alta qualidade e que estejam aos seus alcances, incluídos os serviços em matéria sexual e reprodutiva³⁴.

O CDESC identificou um direito à saúde próprio dos povos indígenas. Estes têm direitos a medidas específicas capazes de melhorar seus acessos aos serviços e atenções de saúde, que devem ser apropriados do ponto de vista cultural, levando em consideração os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais. É dever dos Estados partes do PIDESC proporcionar recursos para que os povos indígenas estabeleçam, organizem e controlem esses serviços de modo que possam desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental. Igualmente se deverão proteger as plantas medicinais, os animais e os minerais necessários para o pleno gozo da saúde dos povos indígenas. Por isso, a ligação umbilical entre estes e o meio ambiente é inegociável. No exercício de suas funções o Comitê observa que nas comunidades indígenas, a saúde do indivíduo conecta-se com a saúde da sociedade em seu conjunto, apresentando assim uma dimensão coletiva. Em consequência, as atividades relacionadas com o

desenvolvimento que induzem o deslocamento de populações indígenas, contra suas vontades, de seus territórios e entornos tradicionais, ocasionando perdas de seus recursos alimentícios e a ruptura de suas relações simbióticas com a terra, exercem um efeito daninho sobre a saúde dessas populações indígenas³⁵.

O CDESC concluiu de maneira reiterada e a ciência já demonstrou que o elo entre o meio ambiente e o ser humano é inquebrantável, sendo seus futuros inexoravelmente conectados e interdependentes. Essa conexão é ainda mais profunda na relação entre os povos indígenas e o meio ambiente, pois aqueles têm neste o ente que os acolhe, que os abriga, fornecendo todo o necessário para as suas existências com dignidade. O respeito à natureza, à fauna e à flora é essencial para que o ser humano viva em equilíbrio e harmonia consigo mesmo e com os entes conviventes, desfrutando de saúde espiritual, física e mental³⁶.

5. A OBSERVAÇÃO GERAL NÚMERO 25 (2020), RELATIVA À CIÊNCIA E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (ARTIGO 15, §§ 1.B, 2, 3 E 4, DO PIDESC)³⁷

Até julho de 2020, o CDESC adotou 25 observações gerais. Estas auxiliam os Estados partes e a comunidade em geral a entenderem o alcance e o significado de cada um dos artigos do PIDESC. Orientam os países, os tribunais judiciais, as distintas instâncias administrativas e o público em geral acerca dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das liberdades que todo ser humano pode desfrutar em virtude do Pacto. Em seu processo de consubstanciação, as observações gerais contam com um relator ou correlatores, apoio da secretaria técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), diálogos com outras agências do sistema ONU, audiências públicas com parceiros da sociedade civil e entidades interessadas, debates com universidades e fundações afins à temática específica. Sua última versão rascunhada fica à disposição do público geral na página eletrônica do CDESC por um prazo razoável a fim de receber comentários e sugestões pertinentes antes da aprovação, pelo Comitê, de sua versão final.

A observação geral nº 25 (OG25) é uma contribuição fundamental do CDESC para o

esforço mundial de enfrentamento à Covid-19. Por seu intermédio, o Comitê deixa claro que o direito a gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações, artigo 15, §1, alínea b do PIDESC, está em profunda conexão com o direito à saúde, artigo 12 do Pacto. E essa relação inexorável edifica-se a partir de quatro pilares. Um primeiro afirmando que o progresso científico gera avanços e aplicações médicas, como as vacinas, que previnem e tratam doenças. No entendimento do Comitê, os Estados partes do PIDESC deveriam promover a investigação científica, mediante apoio financeiro ou outros incentivos, criando novas aplicações médicas, sobretudo para os mais vulneráveis (ex.: crianças, migrantes, mulheres, povos indígenas, refugiados, etc.). Especialmente, conforme reza o artigo 12, §2, alínea c do Pacto, os Estados partes deveriam dar prioridade para a promoção do progresso científico objetivando facilitar meios melhores e mais eficazes, além de mais acessíveis à prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas e de outras índoles³⁸. Esse entendimento é fruto de reiterados diálogos construtivos do CDESC com os Estados partes no tocante ao direito à saúde, emergindo atualmente como uma das principais lições aprendidas no combate a pandemias, devendo, portanto, à luz de uma fina interconexão entre a saúde, a ciência e os direitos humanos ser aplicado no enfrentamento da Covid-19.

Uma segunda base de entendimento constrói-se a partir do fato de que algumas aplicações do progresso científico estão protegidas por regimes de propriedade intelectual. O CDESC considera que estes não devem ser realizados em detrimento do direito à saúde. Pelo contrário, tais regimes deveriam ser interpretados e aplicados de modo a apoiar o dever dos países de proteger a saúde pública, particularmente promovendo o acesso universal a medicamentos. Nesse sentido, os Estados partes no PIDESC deveriam abster-se de conceder prazos desproporcionalmente longos de proteção às patentes para os novos medicamentos, a fim de permitir, num prazo razoável, a produção de medicamentos genéricos seguros e eficazes para as mesmas doenças³⁹.

Como terceiro pilar está o dever de colocar ao alcance de todas as pessoas, sem nenhum tipo de discriminação e com especial atenção aos mais vulneráveis, as melhores aplicações disponíveis do progresso científico necessárias

para o gozo do nível mais alto possível de saúde. Tal ação vale-se inclusive da assistência e cooperação internacionais. Finalmente, como quarto pilar, entende-se que os Estados partes do Pacto deveriam esforçar-se ao máximo para que os medicamentos e os tratamentos médicos estejam fundamentados em experimentos e provas científicas, de modo que os riscos deles derivados estejam adequadamente avaliados e os pacientes possam dar seus consentimentos com fulcro em informações claras e transparentes⁴⁰.

O CDESC entende que os princípios de transparência e participação são essenciais para que a ciência seja objetiva e fiável, não estando esta sujeita a interesses que não sejam científicos ou incompatíveis com os princípios fundamentais dos direitos humanos e o bem-estar da sociedade. Os países deveriam harmonizar suas políticas com os melhores conhecimentos científicos disponíveis, fomentando a confiança e o apoio de toda a sociedade aos conhecimentos científicos disponíveis⁴¹.

Conforme anteriormente já alertado, são em momentos como este, de intensa e preocupante vulnerabilidade da saúde pública por consequência pandêmica, que as ações das instituições e dos agentes políticos são escolhidas entre dois caminhos bastante nítidos e distintos com relação à transparência de informações⁴²:

...um centrado na produção de dados confiáveis colhidos cientificamente, usados pelos tomadores de decisão e disponibilizados ao público, reconhecido como transparência ativa. E outro suprimindo ou restringindo a produção, o uso decisório ou o acesso público às informações, batizado de transparência refutada. Assumir uma atitude de transparência ativa exigirá a produção e a busca sincera por dados verossímeis, a sua utilização na tomada de decisões e uma divulgação honesta à população, sujeitando as autoridades públicas aos apoios, rejeições e críticas inerentes ao processo democrático. O outro caminho perpassará pela adoção de decisões políticas e institucionais embasadas no ignorantismo e permeadas por mecanismos de baixo crivo democrático. A escolha é simples e implicará vidas e mortes; a diferença estará apenas nos números futuros de uma realidade implacável em maior ou menor medida...

Claro está que a transparência ativa é a prescrita pelo direito internacional dos direitos humanos para o enfrentamento às pandemias em geral, incluindo a da Covid-19.

6. A DECLARAÇÃO DA PANDEMIA POR CORONAVÍRUS (COVID-19) E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS⁴³

O CDESC clama aos Estados partes do PIDESC para que estes, com base em informação oportuna e transparente, aprimorem e melhorem os mecanismos de alertas antecipados sobre epidemias emergentes capazes de se converterem em pandemias. Tal reivindicação foi feita no âmbito da Declaração do Comitê sobre a pandemia de Coronavírus publicada em 17 de abril de 2020, através da qual se destaca que as pandemias são um claro exemplo da necessidade de cooperação científica internacional para o enfrentamento de ameaças transnacionais, já que uma epidemia local pode converter-se rapidamente em uma pandemia de consequências devastadoras se as medidas adequadas não forem adotadas⁴⁴.

Essas medidas adequadas deverão ser tomadas de modo urgente e fundamentadas nos melhores conhecimentos científicos para proteger a saúde pública. Se for necessário limitar algum dos direitos contidos no PIDESC, as medidas deverão ser razoáveis, proporcionadas e exclusivamente tomadas para combater a crise de saúde pública derivada da Covid-19. Igualmente, deverão ser retiradas tão logo deixem de ser necessárias para esse fim. Ademais, o acesso à justiça e a remédios jurídicos eficazes deve estar plenamente garantido, especialmente para os grupos mais vulneráveis e marginalizados⁴⁵.

O Comitê chama a atenção dos Estados partes com relação aos povos indígenas, aos refugiados e às pessoas que vivem em rincões afetados por conflitos, pois estes são especialmente vulneráveis durante a pandemia da Covid-19. Trata-se de grupos que em muitos casos não têm de acesso adequado à água, sabão ou desinfetante. Ademais, não podem acessar as infraestruturas para a realização dos exames detectadores do vírus. Para estes, o acesso a serviços sanitários e informações é nulo ou diminuto, fazendo com que em suas populações se encontrem porcentagens muito elevadas de doenças crônicas e transtornos variados de

saúde, configurando-os como um grupo de risco elevado para o contágio da Covid-19⁴⁶.

Com se não bastasse, essa pandemia agudiza as desigualdades de gênero uma vez que as responsabilidades para com os cuidados das crianças, da família, dos idosos e dos lares recaem de maneira desproporcional sobre as mulheres. Estas, em circunstâncias de confinamento ou isolamento social, são mais suscetíveis de sofrerem violência doméstica. Os Estados partes deverão tomar as medidas necessárias para combaterem todos os tipos de violências baseadas no gênero⁴⁷.

Entre as recomendações do CDESC para o combate a pandemia da Covid-19 também está a necessidade da adoção de medidas regulamentares apropriadas para que os recursos de atenção sanitária, tanto no setor público como no privado, sejam mobilizados e compartilhados entre toda a população a fim de garantir uma resposta ampla e coordenada à crise. Todos os profissionais sanitários devem ter facilidade de acesso à indumentária e aos materiais de proteção adequados para evitar o contágio. É essencial que os responsáveis pelas tomadas de decisão nos Estados partes consultem e prestem a devida atenção às recomendações desses profissionais no desenvolvimento de suas ações⁴⁸.

Medidas especiais e específicas de caráter urgentes devem ser tomadas para proteger e mitigar os efeitos da pandemia em grupos vulneráveis como os idosos, as pessoas com deficiência, os refugiados, as populações afetadas por conflitos, as mulheres, os povos indígenas, assim como comunidades e grupos submetidos à discriminação e desvantagens estruturais. Tais medidas podem ser, dentre outras, o fornecimento de água e sabão às comunidades que deles carecem; a colocação em marcha de programas específicos para proteger os empregos, os salários e as aposentadorias de todos os trabalhadores, incluídos os trabalhadores migrantes não documentados; a imposição de uma moratória para o despejo forçado ou execuções hipotecárias de moradias durante a pandemia; a adoção de medidas especialmente adaptadas para a proteção da saúde e dos meios de vida dos grupos minoritários vulneráveis, como os povos indígenas; e a garantia de um acesso exequível e equitativo a todos aos serviços de internet com fins educativos⁴⁹.

Os Estados partes também devem esforçar-se para que todos os trabalhadores estejam

protegidos dos riscos de contágio no ambiente de trabalho. Para tanto devem adotar medidas apropriadas a fim de garantir que os empregados reduzam ao mínimo os riscos de contágio conforme as melhores práticas em matéria de normas de saúde pública. De igual modo, para a proteção dos empregos, as aposentadorias e outras prestações sociais dos trabalhadores durante a pandemia, e até mesmo para mitigar os efeitos econômicos desta, os Estados partes devem adotar medidas imediatas como, por exemplo, subvenções salariais, abatimentos fiscais e o estabelecimento de programas complementares de segurança social e proteção dos salários⁵⁰.

Num cenário pandêmico, deve-se evitar a especulação com alimentos, produtos de higiene, medicamentos, bem como com todo e qualquer produto essencial. Por igual, seja para reduzir o risco de transmissão do Coronavírus como para proteger a população do perigo que supõe a desinformação, é indispensável dispor de informação precisa e acessível sobre a pandemia da Covid-19⁵¹.

Para o CDESC, a Covid-19 destacou a importância de se investir adequadamente em sistemas de saúde pública, programas integrais de proteção social, trabalho decente, moradia, alimentação, sistemas de água e saneamento, assim como em instituições de promoção da igualdade de gênero. Finalmente, o Comitê exorta os Estados partes do PIDESC a cuidarem para que a extraordinária mobilização de recursos para o enfrentamento da pandemia da Covid-19 dê o impulso necessário para mobilizar recursos de longo prazo objetivando o desfrute pleno e em condições de igualdade dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados no Pacto⁵².

7. DECLARAÇÃO SOBRE O ACESSO UNIVERSAL E EQUITATIVO ÀS VACINAS DA COVID-19

O CDESC aprovou em 27/11/2020 a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19. Esta ilumina, desde uma ótica dos direitos humanos, as principais obrigações dos Estados partes do PIDESC para com o enfrentamento da atual pandemia à luz das vacinas cientificamente desenvolvidas para tanto. Todo ser humano tem o direito ao padrão mais alto de saúde física e mental, neste incluído o acesso a programas de imunização contra doenças infecciosas. De igual maneira, as

pessoas têm o direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico, o qual abrange o acesso a uma vacina eficaz e segura, desenvolvida a partir dos melhores conhecimentos científicos. Nas pandemias, como a causada pelo Coronavírus, é a ciência quem deve guiar todo o conhecimento capaz de combatê-las.

Há uma série de razões científicas (de ordem exata, humana, médica e social) para que todo ser humano se vacine. Dentre estas, não esgotando todos os benefícios e as vantagens da vacinação, sublinha-se que estatisticamente as vacinas salvam vidas e protegem a saúde; protegem os vulneráveis e as gerações futuras; protegem e apoiam os serviços de saúde; economizam tempo, dinheiro e recursos variados; e, na era das *fake news*, evitam a propagação de notícias falsas.

De acordo com o CDESC, o acesso às vacinas para todas as pessoas deve ser garantido pelos países à luz do máximo de seus recursos disponíveis e conforme as medidas necessárias para uma vacinação universal e sem discriminação alguma. O dever de imunizar contra as principais doenças infecciosas, prevenindo e controlando epidemias é uma obrigação prioritária em consequência do direito à saúde. Assim sendo, no atual cenário pandêmico, os países têm de dar máxima prioridade à disponibilização das vacinas capazes de contribuir para o enfrentamento da Covid-19. Esse acesso é um direito do ser humano e deve ser facilitado pelos países, sobretudo quando estes são partes do PIDESC. Estes têm a obrigação de facilitar informações fidedignas, transparentes e fincadas nos melhores conhecimentos científicos para que a cidadania decida vacinar-se ou não. Nessa esteira, toda trava administrativa e burocrática deve ser superada em prol de políticas públicas céleres e eficazes para o acesso universal e equitativo às vacinas⁵³.

O direito à saúde exige que os países tornem acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade as unidades de saúde, serviços e bens, incluindo as vacinas. Estas não devem ser apenas produzidas e disponibilizadas; também devem, conforme reza o princípio da igualdade e não discriminação, ser acessíveis a todos; motivos como religião, nacionalidade, orientação sexual, gênero, raça, identidade étnica, idade, deficiência, condição migratória, origem social, pobreza ou qualquer outro não podem ser impeditivos. Pelo contrário, a acessibilidade física às vacinas, especialmente

para grupos marginalizados e desfavorecidos, valendo-se de canais estatais ou privados, notadamente por meio do fortalecimento da capacidade de suas entregas e distribuições, deve ser garantida, com o fornecimento gratuito das vacinas, especialmente para pessoas de baixa renda e em situação de pobreza, devendo ser assegurado. De mais a mais, sobretudo nessa era digital e das *fake news*, o acesso a informações relevantes, através de informações científicas verossímeis sobre segurança e eficácia das diferentes vacinas, potencializadas por campanhas públicas capazes de protegerem as pessoas contra informações falsas, enganosas ou pseudociências, deve ser robustamente garantido. Finalmente, ninguém deve ficar para trás se decidir tomar uma vacina⁵⁴.

O CDESC recorda que muitas vacinas, na iminência de suas aprovações, foram desenvolvidas por empresas privadas e podem estar sujeitas ao regime de propriedade intelectual. Essas empresas esperam obter lucro e é justo que recebam uma compensação razoável por seus investimentos. No entanto, a propriedade intelectual não é um direito humano, mas um produto social, com uma função social. Consequentemente, os países têm o dever de impedir que a propriedade intelectual e os regimes legais de patentes prejudiquem o gozo dos direitos humanos. Assim, também cabe às entidades empresariais absterem-se de invocar direitos de propriedade intelectual incompatíveis com o direito humano de acesso a uma vacina segura e eficaz contra a Covid-19. É uma obrigação dos países garantir, com a brevidade possível e por todos os meios necessários, inclusive mediante assistência e cooperação internacional, o acesso universal e equitativo às vacinas⁵⁵.

A priorização do acesso às vacinas deve ser apoiada por todos, devendo este ser organizado mediante mecanismos transparentes e participativos garantidores de uma distribuição global baseada em necessidades médicas reais e considerações científicas da saúde pública. Todo ser humano que assim desejar poderá e deverá vacinar-se. Isto é crucial para o controle da pandemia da Covid-19. E os Chefes de Estados e de Governos, sobretudo daqueles países que são signatários do PIDESC, devem garantir que assim seja.

Na esteira das premissas anteriores, o CDESC aprovou em 12 de março de 2021 a

Declaração sobre vacinação universal acessível para Covid-19, cooperação internacional e propriedade intelectual. Para o Comitê, o regime de propriedade intelectual deve ser interpretado e implementado de forma a apoiar o dever dos países de proteger a saúde pública. O direito à saúde exige que os países tornem acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade as unidades, serviços e bens da saúde, incluindo as vacinas. Estas devem ser produzidas e disponibilizadas à luz do princípio da igualdade e não discriminação, isto é, serem acessíveis para todos sem nenhum impedimento. Ademais, a acessibilidade física às vacinas, especialmente para grupos marginalizados e desfavorecidos, valendo-se de canais estatais ou privados, notadamente por meio do fortalecimento da capacidade de suas entregas e distribuições, deve ser garantida. Do mesmo modo, o fornecimento gratuito das vacinas, especialmente para pessoas de baixa renda e em situação de pobreza, deve ser assegurado. E sobretudo nessa era digital e das *fake news*, reitera-se a necessidade do acesso a informações relevantes e cientificamente comprovadas acerca da importância das vacinas. Sublinhe-se a essencialidade da cooperação internacional para o sucesso de todas essas ações⁵⁶.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um verdadeiro regime de proteção ao direito humano à saúde derivado do PIDESC é uma realidade. Nota-se um conjunto de normas sólidas (o PIDESC e seu Protocolo), instituições (ONU, CDESC e Estados partes), princípios reconhecidos (boa-fé, igualdade e não discriminação, *pro homine*, complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos), documentos oficialmente reconhecidos pelos Estados partes (observações conclusivas, observações gerais, cartas e declarações), capazes de gerar um padrão de conduta nos Estados partes do PIDESC e concorrer para a afirmação da dignidade humana das pessoas sob suas jurisdições. O CDESC direcionou esse regime a fim de contribuir para o enfrentamento da pandemia por Coronavírus. Tal contribuição deve estar acompanhada de uma ação conjunta entre países, organizações internacionais e indivíduos para cessar ou mitigar os efeitos da Covid-19. O regime emergido do PIDESC é capaz de iluminar o caminho a seguir por esses atores centrais das relações internacionais e sujeitos contemporâneos do

direito internacional público. Finalmente, quando se trata da afirmação da dignidade humana no direito internacional, a sorte de cada um está inexoravelmente conectada à dos demais, bem como à do planeta. Sobretudo, quando a ameaça é universal em consequência de uma pandemia causada por um vírus.

Assim, cabe primordialmente aos Estados partes do PIDESC a responsabilidade de adotar políticas públicas, medidas administrativas e legislações orientadas para o gozo efetivo dos direitos e deveres contidos no PIDESC. Foram eles que, de boa-fé, assumiram esse compromisso internacional.

O CDESC é o intérprete principal e final do PIDESC. É ele quem está facultado pelo Pacto para explicar e declarar o alcance do conteúdo de seus artigos. Por isso, é ele quem se preocupa com o cumprimento dos artigos pelos Estados partes, recomendando ações administrativas, executivas, judiciais, legislativas e de todo tipo, sem discriminação alguma, a fim de que estas estejam em consonância com os padrões mais atualizados do direito internacional dos direitos humanos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. Especificamente quanto à pandemia da Covid-19, o Comitê declarou que os Estados partes no PIDESC têm a obrigação de adotar medidas para evitar, ou ao menos mitigar, os efeitos do Coronavírus no desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no direito à saúde dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Por fim, ninguém pode ficar para trás, máxime os mais excluídos, marginalizados e vulneráveis.

Para que as obrigações e os direitos contidos no PIDESC sejam cumpridos, os Estados partes devem adotar uma série de medidas, inclusive de caráter urgente, assentadas nos melhores conhecimentos científicos disponíveis para a proteção da saúde pública, com isso fomentando a confiança e o apoio de toda a sociedade aos esses conhecimentos científicos. Ademais, a transparência ativa deve reger as informações compartilhadas pelos Estados partes com a sociedade em geral.

A cooperação internacional também deve consagrar-se como um importante

pilar no enfrentamento da Covid-19. Esta implica compartilhar pesquisas, profissionais, medicamentos e equipamentos médicos, assim como as boas práticas para frear o Coronavírus. De mais a mais, ela coordena as medidas a serem adotadas para reduzir os efeitos econômicos e sociais da crise gerada pela pandemia, assumindo esforços conjuntos por todos os países em prol de uma recuperação econômica efetiva e equitativa.

O acesso universal e gratuito às vacinas para todos os seres humanos que assim desejarem enfrenta desafios de toda ordem, seja nos países com mais recursos ou naqueles que experimentam escassez destes. Assim sendo, os agentes públicos deverão esforçar-se ao máximo para que os Estados, sobretudo os que são partes do PIDESC, possam cumprir com suas obrigações de facilitar esse acesso. O dever civilizatório e geracional impõe a todo ser humano contribuir para esse esforço de saúde coletivo também individualmente. Desse modo, enquanto a imunização pelas vacinas não alcançar o conjunto da população mundial, cada pessoa deverá estar atenta, difundindo e cooperando com os menos favorecidos, quanto às práticas das medidas prescritas pela ciência para o enfrentamento da Covid-19, como podem ser o distanciamento social, a vigilância epidemiológica, o uso de máscaras, a higiene corporal e a não proliferação de informações falsas ou de *fake news*. Finalmente, o presente e o futuro de cada um de nós estão inexoravelmente conectados.

Por isso, os agentes públicos, sejam eles de qualquer um dos três poderes da República e independente das esferas administrativas de seus mandatos, devem pautar-se em suas ações, decisões e manifestações para o combate à pandemia em consonância com os melhores conhecimentos científicos disponíveis (nessa seara a vacinação imediata é o principal desafio) e à luz dos compromissos de Estado em matéria de direitos humanos, em especial observando cabalmente o regime de proteção do direito à saúde emanado do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

NOTAS

1. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O regime de proteção aos migrantes, refugiados e solicitantes de refúgio do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas em Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU)*. Brasília: CSEM, vol. 27, nº 57, dezembro de 2019, p. 175. Disponível em <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/1236>.
2. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os 50 anos dos dois pactos internacionais da ONU: um olhar especial sobre o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros e LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *O quinquentenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU*. Fortaleza: IBDH, pp. 259-278, 2016, p. 261.
3. Vigência no Brasil dada pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.
4. Em 31 de dezembro de 2020 são 171 os Estados partes do PIDESC.
5. O PIDESC e o PIDCP entraram em vigência em 3 de janeiro e 23 de março, respectivamente.
6. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável constitui o compromisso mundial comum renovado dos Estados de erradicar a pobreza em todas suas formas e dimensões, incluída a extrema pobreza, mediante a promoção de sociedades justas, inclusivas e sustentáveis.
7. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2019/1. La promesa de no dejar a nadie atrás: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible - Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 05/04/2019, § 20, p.7.
8. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI* em BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, CONARE & MJ, p. 70-96, 2010, pp. 73-74.
9. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §15, p.4.
10. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §19, p.5.
11. CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7, p.18.
12. ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo nº 16 (Rev.1). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Ginebra, 1996, p.10.
13. CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7-10, p.11.
14. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/20. Observación general num. 20 (2009). La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 23/11/2009, §30, p.10.
15. Sobre a exigência jurídica pelos órgãos de supervisão judicial dos tratados internacionais de direitos humanos em aplicar nas suas decisões um prazo razoável, sobretudo, nos casos que implicam violações de direitos econômicos, sociais e culturais, consultar LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro, *La construcción jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Núria Fabris Editora: Porto Alegre, 2009, pp. 119-120.
16. CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7-10, p.11.
17. ONU. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*. Serie de

- Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 15.
18. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §20, p.5.
 19. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/CAN/CO/6. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*. 23/03/2016.
 20. ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev.1). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Ginebra, 1996, p.20.
 21. O Protocolo Facultativo ao PIDESC é um tratado internacional unanimemente adotado pela Assembleia Geral da ONU em 10/12/2008 (Resolução A/RES/63/117). Foi aberto para a assinatura em 2009 e vige desde 05 de maio de 2013, três meses depois que o Uruguai, décimo Estado parte a ratificá-lo procedesse com o seu depósito, conforme reza o texto do Protocolo.
 22. CESCR. Document E/C.12/BRA/3, 08/06/2020. Third periodic report submitted by Brazil under articles 16 and 17 of the Covenant, due in 2014. 08/06/2020. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fBRA%2f3&Lang=en.
 23. Os relatórios sombras preparados pela sociedade civil poderão ser enviados ao CDESC, em qualquer momento, através do e-mail da secretaria do Comitê: cescr@ohchr.org.
 24. Acerca da importância da sociedade civil para a afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais, consultar LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O Regime da Vanguarda do Direito Internacional Público: ciência, direitos humanos, meio-ambiente, migrações, povos indígenas e trabalho decente*. Brasília: Trampolim jurídico, 2021, capítulo 7.
 25. Do sistema de órgãos de tratados de direitos humanos da ONU, apenas o Comitê de Direitos Humanos e o CDESC decidiram dialogar virtualmente com Estados partes em suas sessões inaugurais de 2021. No caso do CDESC, aprovou-se o diálogo construtivo virtual com apenas 2 Estados partes do PIDESC para a sessão de fevereiro/março de 2021, a primeira do ano. Países foram contatados, mas apenas poucos manifestaram interesses ou condições técnicas de seguir adiante com o diálogo construtivo virtual com o Comitê. Este, não obstante, aguarda a confirmação desses países. Destaca-se, assim mesmo, a incidência de muitos problemas técnicos durante as reuniões virtuais internas celebradas pelo Comitê durante o ano de 2020. A continuar, estes se consubstanciarão em sérios empecilhos para a qualidade de um diálogo construtivo com os Estados partes. Tais problemas, também observados pelos demais Comitês, foram e são objetos de preocupações recorrentes pelos presidentes dos diferentes órgãos de tratados de direitos humanos do sistema ONU. Preocupações estas plasmadas em vários de seus documentos oficiais.
 26. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/BOL/CO/3. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Estado Plurinacional de Bolivia*, 05/11/2021, §§36 e 37.c, p.7.
 27. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/CZE/CO/3. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Chequia*, 28/03/2022, §§20 e 21.c, p.5.
 28. ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev.1). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Ginebra, 1996, p.21.
 29. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §3, p.1.
 30. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §34, p.13.
 31. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §8-9, p.3.
 32. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §11, p.4.
 33. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el*

- derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 11/05/2000, §12, p.4-6.
34. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 11/05/2000, §20-21, p.9.
35. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 11/05/2000, §27, p.11.
36. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *A prevenção pandêmica e um legado geracional em Correio Braziliense*, Brasília, p. 9, 13/07/2020, Opinião.
37. Aprovada pelo CDESC em seu 67º período de sessões, realizado em Genebra durante os dias 17 de fevereiro a 6 de março de 2020. Publicada em 30 de abril de 2020.
38. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 30/04/2020, §67, p.16.
39. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 30/04/2020, §69, p.17.
40. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 30/04/2020, §70-71, p.17.
41. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* 30/04/2020, §53-54, p.13.
42. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro e RESENDE, Ranieri Lima. *Pandemia de coronavírus: um teste para a transparência de instituições e agentes políticos em O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30/3/2020, política, blogs Fausto Macedo. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pandemia-de-coronavirus-um-teste-para-a-transparencia-de-instituicoes-e-agentes-politicos/>
43. Aprovada pelo CDESC em 6 de abril de 2020.
44. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §23, p.5.*
45. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §10-11, p.3.*
46. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §9, p.3.*
47. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §8, p.3.*
48. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §13, p.3.*
49. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §15, p.4.*
50. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §16, p.4.*
51. ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración*

- del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §17-18, p.4.
52. ONU. ECOSOC. Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. *Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §24-25, p.6.
53. ONU. ECOSOC. Document E/C.12/2020/2. *Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 27/11/2020, §1-3, pp. 1-2.
54. ONU. ECOSOC. Document E/C.12/2020/2. *Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 27/11/2020, §4, p. 2.
55. ONU. ECOSOC. Document E/C.12/2020/2. *Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 27/11/2020, §6-11, pp.2-3.
56. ONU. ECOSOC. Document E/C.12/2021/1. *Statement on universal affordable vaccination for COVID-19, international cooperation and intellectual property by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 12/03/2021.

SISTEMAS PENITENCIÁRIOS LATINO-AMERICANOS: UM ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL?

.....

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Doutora em Direito (área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Possui Mestrado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB).
Atua como professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional.

Luciano Oliveira de Santana

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas;
Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas (PGE-AM).

RESUMO

É possível a declaração de um Estado de Coisas Inconvencional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ante a realidade fática dos sistemas penitenciários na América Latina? Este é o problema de pesquisa que o presente artigo busca responder. Para se chegar a uma resposta afirmativa para esta pergunta, o ponto de partida foi a compreensão do instituto colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional, utilizado como parâmetro principal deste trabalho. A hipótese levantada foi a adaptação do instituto colombiano à realidade do sistema decisório da Corte Interamericana. Com a utilização do método indutivo, foi realizada a análise de vinte casos contenciosos sobre temática penitenciária já decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o estado atual de implementação das medidas de reparação determinadas pelo Tribunal. Em seguida, foi feita a adaptação dos pressupostos de deflagração do Estado de Coisas Inconstitucional para o Estado de Coisas Inconvencional. Foi defendida a técnica do controle de convencionalidade para realização do reconhecimento do Estado de Coisas Inconvencional pela Corte Interamericana. Por fim, foram apresentadas propostas de meios de implementação e monitoramento da decisão da Corte Interamericana em eventual declaração de um Estado de Coisas Inconvencional com base em sua experiência na etapa de supervisão do cumprimento de sentença.

Palavras-chave

Estado de coisas Inconvencional; Corte Interamericana de Direitos Humanos; sistemas prisionais latino-americanos.

ABSTRACT

Is it possible for the Inter-American Court of Human Rights to declare an Unconventional State of Affairs when faced with the factual reality of Latin American prison systems? This is the research problem that this paper seeks to answer. To arrive at an affirmative answer to this question, the starting point was the understanding of the Colombian institute of the Unconstitutional State of Affairs, used as the main parameter of this work. The hypothesis raised was the adaptation of the Colombian institute to the reality of the decision-making system of the Inter-American Court. Using the inductive method, an analysis was made of twenty contentious cases on prison issues already decided by the Inter-American Court of Human Rights and the current state of implementation of the reparation measures determined by the Court. Next, the assumptions for the Unconstitutional State of Affairs were adapted to the Unconventional State of Affairs. The technique of conventionality control was defended for the recognition of the Unconventional State of Affairs by the Inter-American Court. Finally, proposals were made for ways to implement and monitor the decision

of the Inter-American Court in the event of a declaration of Unconventional State of Affairs, based on its experience in the supervisory stage of compliance with the sentence.

Keywords

Unconventional State of affairs; Inter-American Court of Human Rights; Latin American prison systems.

1. INTRODUÇÃO

A situação degradante e desumana que assola os sistemas carcerários na América Latina não constitui uma novidade. Todavia, esforços efetivos que contornem minimamente esse quadro o são. É nesse contexto que se insere a presente empreitada teórica. Busca-se um caminho de enfrentamento do problema de maneira transnacional, através de uma intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), considerando a insuficiência das atuações locais determinadas pela própria Corte em sede de casos contenciosos¹.

Essa atuação transnacional que propomos para a Corte IDH consiste no reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional (ESCOIN) quanto a realidade fática dos sistemas penitenciários na América Latina. Para sustentar nosso argumento propositivo, primeiramente, serão revisitadas as bases para aplicação dessa técnica decisória, que remonta ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) sedimentado na jurisprudência constitucional colombiana, buscando condensar os requisitos desenvolvidos para que um ECI seja declarado. Na segunda seção, serão propostas as adaptações para a possível adoção da técnica decisória do reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional (ESCOIN) pela Corte IDH, tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a casuística penitenciária já decidida pelo Tribunal Interamericano em sede de competência contenciosa. Na terceira seção, será defendida a competência da Corte IDH para a utilização dessa técnica decisória. E, por fim, serão apresentadas algumas técnicas de implementação e monitoramento para garantir o cumprimento de uma eventual decisão da Corte IDH pelo reconhecimento de um ESCOIN relativamente ao sistema penitenciário latino-americano.

Além das fontes bibliográficas e documentais utilizadas para embasamento da propositura da declaração de um Estado de Coisas Inconvencional pela Corte IDH, foram levantados vinte casos penitenciários na jurisprudência contenciosa do Tribunal. A partir deste levantamento buscamos verificar as medidas de reparação determinadas pela Corte IDH e posteriormente consultamos o estado atual de seu cumprimento na etapa de supervisão de cumprimento de sentença, no que diz respeito, especificamente, às medidas a serem adotadas pelo Estado demandado quanto ao seu sistema prisional². A metodologia que utilizamos, portanto, é do tipo indutiva, pois parte do estudo de casos particulares para a construção de um parâmetro geral para o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional, e a análise das fontes é predominantemente qualitativa.

2. A SEDIMENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) NA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: HISTÓRICO, PRESSUPOSTOS E DEFINIÇÃO

No presente trabalho, não há a intenção nem o espaço necessário para se analisar cada caso de declaração de ECI na Corte Constitucional da Colômbia, nem as suas respectivas nuances detidamente, mas fornecer apenas um panorama geral que permita seu mapeamento. Desse modo, cabe dizer, que sob a égide da Constituição Colombiana de 1991, a Corte Constitucional deste país, teve a possibilidade de aplicar expressamente essa técnica decisória em oito oportunidades³, entre 1997 e 2017.

A partir disso, pode-se dizer que houve duas fases de desenvolvimento do instituto⁴. A primeira fase vai de 1997 até 2003, sendo essa caracterizada pelo uso sem rigor do ECI em alguns casos, bem como pela falta de uma etapa de monitoramento judicial das decisões, que comprometeram a sua efetividade. Dentro desse período, destaca-se a prolação da *Sentencia* T-153, de 1998, na qual se declarou o ECI em relação ao sistema carcerário colombiano, a qual justamente foi muito prejudicada em termos de efetividade pela falta desse acompanhamento. De tal modo que anos depois foram proferidas novas decisões reiterando a existência desse quadro quanto aos presídios do país, que foram a

Sentencia T-388, de 2013, e a *Sentencia* T-762, de 2015⁵.

A segunda fase tem início em 2004 com a *Sentencia* T-025 de 2004, referente ao deslocamento forçado de pessoas, diferindo-se da etapa anterior pelo maior rigor para aplicação desse tipo de decisão e pela preocupação de efetividade das decisões, de modo que as medidas de monitoramento adotadas serão abordadas, posteriormente, na quinta seção deste trabalho.

Acerca dos pressupostos para a deflagração do ECI, tomando por base o caso anteriormente citado sobre o deslocamento interno, a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu seis pressupostos, conforme a seguir:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.⁶

No entanto, considerando a redundância de alguns dos supracitados pressupostos, preferimos utilizar a sistematização feita pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷. Pela sua leitura, seriam necessários quatro pressupostos para deflagração de um ECI, quais sejam: i) quadro fático de reiteradas e persistentes violações de direitos fundamentais que afetam um número amplo de pessoas; ii) omissão sistemática e persistente das autoridades públicas no cumprimento do seu mister de defesa e promoção de direitos

fundamentais; iii) a superação desse quadro depende da atuação coordenada de um conjunto de órgãos; iv) potencial congestionamento da máquina judiciária com demandas individuais.

Desse modo, pode-se dizer que a declaração do ECI é uma espécie de decisão estrutural tendo em vista, segundo Camila Almeida Porfiro, que: “[...] a decisão estrutural é aquela que busca realizar reformas em uma instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, efetivar determinada política pública ou resolver litígios complexos”⁸. Além disso, é um controle de omissões diferenciado, pois não se enfoca no aspecto normativo, mas fático de descumprimento de deveres de promoção e proteção de direitos fundamentais, sendo essa modalidade denominada de *omissão/falha estrutural*⁹.

3. DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) PARA O ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL (ESCOIN): ADAPTANDO OS PRESSUPOSTOS

Uma vez situada a construção do ECI pela Corte Constitucional Colombiana, resta proceder, nesta etapa, a adaptação do Estado de Coisas Inconstitucional para um Estado de Coisas Inconvencional. Devemos dizer, que a ideia não é nova, já havendo proposta no meio acadêmico a partir de um texto seminal de autoria de David Pereira e Siddharta Legale¹⁰, que faz essa proposta especificamente para o caso carcerário brasileiro. E, tomando esse estudo de base, bem como a construção teórica e jurisprudencial do ECI, propomos a ampliação do alcance desta ideia para a declaração de um Estado de Coisas Inconvencional em relação ao panorama do sistema carcerário dos países da América Latina. Desse modo, cabe adaptar os pressupostos para declaração de um ESCOIN a partir dessa perspectiva mais ampla.

Para tanto, faz-se necessário reportar-nos à casuística penitenciária da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com enfoque nos casos contenciosos já sentenciados¹¹. Com base neste critério temático de seleção de casos, analisamos vinte casos contenciosos individuais e coletivos, e identificamos o estado de cumprimento das medidas de reparação específicas sobre o tema penitenciário, determinadas nas respectivas sentenças.

A Convenção Americana, em seu artigo 63.1, fundamenta a ampla discricionariedade que a Corte Interamericana possui para determinar várias modalidades de reparações em favor das vítimas de violações de direitos humanos, tais como, a restituição, a reabilitação, a satisfação, a indenização e as garantias de não repetição, além de determinar o dever do Estado em investigar, processar e, se for o caso, sancionar os responsáveis por estas violações¹².

Nos casos penitenciários, notamos que as medidas de reparação ditadas pela Corte IDH, no que se refere ao sistema prisional do país demandado, são voltadas para a capacitação em direitos humanos dos funcionários estatais que lidam diretamente com a população carcerária, tais como, juízes, promotores de justiça, policiais, agentes penitenciários e profissionais da saúde. Outra medida recorrentemente ditada pela Corte IDH é a adequação das prisões do Estado demandado aos padrões internacionais e aos protocolos de tratamento dos presos conforme

os compromissos internacionais assumidos pelo Estado denunciado.

Por sua vez, as informações sobre o estado de cumprimento dessas medidas de reparação foram coletadas a partir dos dados disponíveis na página web do Tribunal acerca da etapa de supervisão de cumprimento de sentença. Esta é a etapa processual em que a Corte Interamericana monitora a execução por parte dos Estados das diversas medidas de reparação determinadas pelo tribunal. Das vinte medidas reparatórias com enfoque no sistema penitenciário estatal, duas foram cumpridas totalmente, uma foi cumprida parcialmente, treze estão pendentes de cumprimento e quatro foram objeto de aplicação do artigo 65 da CADH¹³ pela Corte Interamericana em razão da falta de informação reiterada ao Tribunal sobre seu estado de cumprimento.

O resultado dessa pesquisa pode ser observado no quadro resumo a seguir:

Tabela 1: Casuística Penitenciária da Corte IDH (Casos Contenciosos)

Países	Casos na Corte	Reparação em matéria penitenciária imposta	Situação do cumprimento da reparação
Argentina	Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina (Sentença de 14 de maio de 2013)	Criação de programas ou cursos obrigatórios para a proteção dos Direitos Humanos e da infância, incluindo aqueles relativos à integridade pessoal e tortura, como parte da formação geral e contínua dos funcionários penitenciários federais e da Província de Mendoza, bem como dos juizes com jurisdição sobre crimes cometidos por crianças	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Hernández Vs. Argentina (Sentença de 22 de novembro de 2019)	1. A criação e desenvolvimento de um programa de treinamento para funcionários públicos das prisões da Província de Buenos Aires, para que os profissionais da saúde se especializem no tratamento da tuberculose dentro das prisões 2. Seis meses após a notificação da Sentença, apresentação de relatório detalhando as medidas tomadas para melhorar as condições das unidades prisionais do Sistema Penitenciário da Província de Buenos Aires.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
Ecuador	Caso Tibi Vs. Equador (Sentença de 7 de setembro de 2004)	O Estado deve estabelecer um programa de capacitação para o pessoal judiciário, promotoria, policial e penitenciário, inclusive médico, psiquiátrico e psicológico, sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos no tratamento dos reclusos. A concepção e implementação da capacitação deve incluir a alocação de recursos específicos para o alcance de seus objetivos e será realizada com a participação da sociedade civil. Para tanto, o Estado deve criar um comitê interinstitucional para definir e executar programas de capacitação em direitos humanos e tratamento de presidiários.	PARCIALMENTE CUMPRIDA
Guatemala	Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala (Sentença de 20 de junho de 2005)	Adotar, dentro de um prazo razoável, as medidas necessárias para que as condições das prisões sejam adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala (Sentença de 29 de fevereiro de 2016)	Adotar medidas para a formação das autoridades judiciais encarregadas da execução das sentenças, autoridades prisionais, pessoal médico e de saúde, e outras autoridades competentes que tenham relação com pessoas privadas de liberdade, a fim de que cumpram efetivamente com seu papel de garantidores dos direitos dessas pessoas, bem como realizar uma série de jornadas de informação e orientação sobre o tema Direitos Humanos em favor das pessoas privadas de liberdade no Centro de Orientação Feminino (COF)	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Rodríguez Revolorio Y Otros Vs. Guatemala (Sentença de 14 de outubro de 2019)	Adotar, dentro de um prazo razoável, as medidas necessárias para que as condições do presídio “El Infernito” sejam adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos e, em particular, sejam eliminadas as deficiências detectadas no parágrafo 157 desta Sentença.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO

(continua)

Tabela 1: Casuística Penitenciária da Corte IDH (Casos Contenciosos)

(continuação)

Países	Casos na Corte	Reparação em matéria penitenciária imposta	Situação do cumprimento da reparação
Honduras	Caso López Álvarez vs. Honduras (Sentença de 1 de fevereiro de 2006)	Adoção de medidas para criar as condições que permitam garantir aos presidiários de Honduras alimentação adequada, atendimento, condições médicas, físicas e sanitárias consistentes com os padrões internacionais sobre o assunto, e implementar um programa de capacitação em direitos humanos para os funcionários que trabalham nas prisões.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Servellón García y Otros vs. Honduras (Sentença de 21 de setembro de 2006)	Estabelecer, dentro de um prazo razoável, um programa de treinamento para policiais, membros do judiciário, Ministério Público e agentes penitenciários na proteção especial que deve ser proporcionada pelo Estado às crianças e jovens, o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação e os princípios e normas de proteção de direitos humanos, relacionados com a aplicação de normas internacionais sobre a detenção de pessoas, respeito pelos seus direitos e garantias judiciais, o tratamento que devem receber, suas condições de detenção, tratamento e supervisão médica, dentre outros.	CUMPRIDA
	Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (Sentença de 27 de abril de 2012)	1. Adotar medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias para melhorar, substancialmente, as condições carcerárias, adaptando-as aos padrões internacionais, a fim de prevenir, principalmente, incêndios e outras situações críticas, bem como evitar superlotação; 2. Implementar medidas imediatas visando a garantia dos direitos fundamentais dos reclusos, bem como as medidas de prevenção de acidentes nos diferentes centros indicados no acordo de solução amistosa do caso; No prazo de seis meses a partir da notificação desta Sentença, deverá enviar relatório sobre as medidas urgentes adotadas para garantir os direitos fundamentais dos reclusos, bem como sobre as medidas de prevenção de acidentes nos diversos centros indicados no acordo de solução amistosa, nos termos do parágrafo 97 da Sentença. 3. Implementar programas de treinamento ao pessoal civil e policial de centros penais, e planos de emergência e evacuação em caso de incêndio ou outras catástrofes.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
Panamá	Caso Vélez Loor vs. Panamá (Sentença de 23 de novembro de 2010)	Adoção de medidas necessárias para a disponibilização de estabelecimentos com capacidade suficiente para acomodar pessoas cuja detenção seja necessária e proporcional, no caso específico por razões migratórias, oferecendo condições materiais e um regime adequado para migrantes, e cujo pessoal seja civil e devidamente qualificado e treinado, conforme o parágrafo 272 da sentença.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
Paraguai	“Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguai (Sentença de 2 de setembro de 2004)	Elaboração de uma política de Estado de curto, médio e de longo prazo, em relação a crianças em conflito com a lei, que seja totalmente consistente com os compromissos internacionais assumidos pelo Paraguai e que considere, entre outros aspectos, estratégias, ações apropriadas e a atribuição de recursos essenciais para as crianças privadas de liberdade sejam separadas dos adultos; para que as crianças processadas sejam separadas das condenadas; bem como para a criação de programas de educação, acompanhamento médico e tratamento psicológico integrais para todas as crianças privadas de liberdade.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO

(continua)

Tabela 1: Casuística Penitenciária da Corte IDH (Casos Contenciosos)

(continuação)

Países	Casos na Corte	Reparação em matéria penitenciária imposta	Situação do cumprimento da reparação
Peru	Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2004)	Tomar as medidas necessárias para adaptar as condições de detenção na prisão de Yanamayo de acordo com os padrões internacionais, bem como transferir para outras prisões aqueles que, devido às suas condições pessoais, não possam ser detidos no referido estabelecimento penal, além de apresentar relatório semestral a este Tribunal sobre esta adequação.	CUMPRIDA / CASO ARQUIVADO
	Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2006)	Elaborar e implementar, dentro de um prazo razoável, programas educacionais em direitos humanos dirigidos a agentes das forças de segurança peruanas, no tocante às normas internacionais aplicáveis em relação ao tratamento de prisioneiros, de acordo com os parágrafos 452 e 460 da sentença.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru (Sentença de 23 de novembro de 2015)	Colocar em funcionamento o Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura, de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante e outros, já aprovado pelo Congresso Cidadão peruano. Da mesma forma, o Peru deve assegurar que esse mecanismo proporcione todos os recursos logísticos e científicos necessários para reunir evidências e documentar reclamações e, em particular, ter o poder de acessar a documentação e informações relevantes para a investigação dos fatos relatados, bem como realizar prontamente as ações e indagações essenciais para que se esclareça o que aconteceu. Os membros do Mecanismo Nacional devem ter as devidas garantias de segurança, nos termos do parágrafo 280.d desta Sentença.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 21 de junho de 2002)	Modificar as condições de seu sistema prisional, para adaptá-las às normas internacionais para a proteção dos direitos humanos aplicáveis ao assunto.	NÃO INFORMOU A CORTE SOBRE O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES
Trinidad y Tobago	Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 11 de março de 2005)	Adotar, em prazo razoável, as providências necessárias para que as condições de detenção nas prisões de Trinidad e Tobago estejam em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos nesta questão.	NÃO INFORMOU A CORTE SOBRE O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

(continua)

Tabela 1: Casuística Penitenciária da Corte IDH (Casos Contenciosos)

(conclusão)

Países	Casos na Corte	Reparação em matéria penitenciária imposta	Situação do cumprimento da reparação
Venezuela	Caso Díaz Peña Vs. Venezuela (Sentença de 26 de junho de 2012)	Adotar as medidas necessárias para que as condições de detenção se deem conforme as normas internacionais relativas a este respeito, entre outros: i) células ventiladas com acesso à luz natural; ii) acesso a banheiros e chuveiros com privacidade suficiente; iii) alimentos de boa qualidade, cujo valor nutricional seja suficiente para manter a saúde e as forças da pessoa privada de liberdade; e iv) cuidados de saúde necessários, adequados, dignos e oportunos	NÃO INFORMOU A CORTE SOBRE O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES
	Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela (Sentença de 5 de julho de 2006)	1. Adotar, em prazo razoável, as providências necessárias para que as condições da prisão estejam em conformidade com os padrões internacionais relacionados ao assunto; 2. Treinar adequadamente os membros das forças de segurança para garantir efetivamente o direito à vida, e evitar o uso desproporcional da força. Da mesma forma, o Estado deve projetar e implementar um programa de treinamento em direitos humanos e padrões internacionais em questão de pessoas privadas de liberdade, dirigida a policiais e agentes penitenciários	NÃO INFORMOU A CORTE SOBRE O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES
	Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela (Sentença de 18 de novembro de 2020)	Implementar um protocolo para as circunstâncias de incêndio ou emergências em centros de internação para adolescentes, se ainda não existir, ou informar o pertinente.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO
	Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela (Sentença de 10 de novembro de 2020)	Adaptar, dentro de um prazo razoável, seus regulamentos internos ao que fora considerado na Sentença, no sentido de delimitar, com a especificidade exigida, os fundamentos que poderiam determinar a autorização para autoridades militares entrarem nas prisões, com a antecipação da excepcionalidade de seu desempenho e assegurar a regulamentação adequada, bem como a subordinação e supervisão, quanto autoridades civis, de tal intervenção.	PENDENTE DE CUMPRIMENTO

Fonte: elaboração própria (Vide nota 2)

Com esse panorama, temos que o primeiro pressuposto para o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional é a existência de um quadro fático de reiteradas e persistentes violações de direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que afetem um número amplo de pessoas¹⁴. O segundo é a omissão reiterada e persistente dos Estados em cumprir obrigações de defesa e promoção de direitos humanos estabelecidas em provimentos, de qualquer espécie, emitidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵. O terceiro é a necessidade de uma atuação coordenada entre diversos atores públicos de cada Estado. O quarto é a possibilidade de congestionamento da máquina funcional, tanto da Corte IDH com demandas que questionem essas violações.

Quanto ao primeiro requisito, verificamos, a partir da casuística penitenciária da Corte IDH, violações graves, maciças e sistemáticas contra os direitos humanos de pessoas encarceradas, incluindo pessoas em especial condição de vulnerabilidade, tais como, pessoas com deficiência, pessoas migrantes, mulheres gestantes, crianças em conflito com a lei, dentre outros grupos que já sofrem discriminação estrutural fora do cárcere, e que tem esta condição exacerbada na prisão, fazendo com que a aplicação da pena lhes cause um impacto desproporcional.

Desse modo, fazendo uma análise abrangente da realidade carcerária latino-americana, refletida nos casos contenciosos analisados, indicamos o descumprimento dos seguintes dispositivos da CADH: i) o artigo 4º, referente ao direito à vida; ii) o artigo 5º, referente ao direito à integridade pessoal; iii) o artigo 11, referente à proteção da honra e da dignidade; iv) o artigo 13, referente ao direito à informação; v) o artigo 17, referente à proteção da família; vi) o artigo 19, referente aos direitos da criança; vii) o artigo 24, referente à igualdade perante a lei; viii) o artigo 8º combinado com o artigo 25, referentes às garantias judiciais e à proteção judicial; ix) o artigo 26, referente aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, todos estes combinados com o artigo

1.1, referente à obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos previstos na CADH à luz do princípio da igualdade e não discriminação e com o artigo 2º, que trata do dever de adotar disposições de direito interno (normas e medidas de qualquer outra natureza).

Quanto ao segundo requisito, verifica-se também seu atendimento pela quantidade de provimentos emitidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos países do sistema interamericano e seus (des)cumprimentos, acima referidos.

O terceiro requisito de deflagração igualmente se manifesta dada a complexidade exigida para reconstrução de um sistema penitenciário, a qual só pode ser atendida mediante a atuação coordenada e comprometida de vários órgãos estatais, de compromissos assumidos perante a Organização dos Estados Americanos e de um constante monitoramento, como veremos na seção final deste trabalho.

O quarto pressuposto, por fim, manifesta-se no congestionamento da estrutura da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão responsável pelo recebimento e processamento de casos antes da instância jurisdicional da Corte Interamericana. Por mais que a Corte Interamericana tenha conseguido manter um tempo de tramitação de, em média, 19 meses, conforme o relatório do ano de 2020¹⁶, o fato é que a demora na Comissão Interamericana é um problema a ser enfrentado pelo sistema, por ser a porta de entrada de denúncias de violações de direitos humanos provenientes de todos os Estados americanos. A falta de recursos financeiros, que redundam em carência de infraestrutura e pessoal especializado, além de um regulamento defasado que insiste na separação da fase de admissibilidade e de mérito, são fatores que levam à mora processual que pode chegar até vinte anos para a apreciação de um caso no Sistema Interamericano.

Com efeito, é demonstrado esse cenário na tabela de prazo de tramitação de casos penitenciários a seguir:

Tabela 2 - Prazos de Tramitação dos Casos Penitenciários

Caso	Denúncia à CIDH	Submissão à Corte IDH	Sentença da Corte IDH
Mendoza Y Otros Vs. Argentina	09/04/2002 e 30/12/2003	17/06/2011	14/05/2013
Hernández Vs. Argentina	30/06/1998	08/02/2018	22/11/2019
Tibi Vs. Equador	16/07/1998	25/06/2003	07/09/2004
Fermín Ramírez Vs. Guatemala	09/06/2000	12/09/2004	20/06/2005
Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala	23/03/2005	19/08/2014	29/02/2016
Rodríguez Revolorio Y Otros Vs. Guatemala	17/07 e 11/08/1997	26/01/2018	14/10/2019
López Álvarez vs. Honduras	13/12/2000	07/07/2003	01/02/2006
Servellón García y Otros vs. Honduras	11/10/2000	02/02/2005	21/09/2006
Pacheco Teruel y otros vs. Honduras	14/07/2005	11/03/2011	27/04/2012
Vélez Loor vs. Panamá	10/02/2004	08/10/2009	23/11/2010
“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguai	14/08/1996	20/05/2002	02/09/2004
Lori Berenson Mejía Vs. Perú	22/01/1998	19/07/2002	25/11/2004
Penal Miguel Castro Vs. Perú	18/05/1992 e 05/06/1997	09/09/2004	25/11/2006
Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru	03/02/2004	05/08/2014	23/11/2015
Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago	07/1997 a 05/1999	25/05/1999, 22/02/2000 e 05/10/2000	21/06/2002
Caesar Vs. Trinidad y Tobago	13/05/1999	26/02/2003	11/03/2005
Díaz Peña Vs. Venezuela	12/10/2005	12/11/2010	26/06/2012
Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela	12/11/1996	24/02/2005	05/07/2006
Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela	12/10/2007	29/03/2019	18/11/2020
Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela	16/10/2007	01/04/2019	10/11/2020

Fonte: elaboração própria.

A configuração desse último requisito é especialmente importante, pois na Corte Constitucional Colombiana ele foi adotado dada a impossibilidade de se imprimir efeitos *erga omnes* em casos individuais, que são formulados para ter efeitos *inter partes*¹⁷. Dessa forma, evita-se o chamado uso ubíquo e difuso¹⁸ do instituto, bem como preserva-se a funcionalidade da Corte. Dito isso, assim como a atuação da Corte IDH e da Comissão também

são marcadamente individuais, bem como por não haver um mecanismo explícito para a apresentação de casos coletivos ou difusos, este quarto pressuposto mostra-se como necessário e útil e dialoga com a atual tendência do uso do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte IDH, como veremos a seguir.

Portanto, demonstramos que estão presentes as condições necessárias para a declaração de um Estado de Coisas Inconvencional pela Corte IDH no âmbito do sistema interamericano

de direitos humanos, a partir da adaptação dos pressupostos estabelecidos pela Corte Constitucional Colombiana e, especialmente, sua importância para a racionalização do trâmite e da solução de casos penitenciários perante a Comissão e Corte Interamericanas.

4. A DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA DECLARAR O ESCOIN

Ultrapassada a parte de qualificação do instituto do Estado de Coisas Inconvencional, é importante que seja determinada a legitimidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos para apreciá-lo e declará-lo no âmbito de suas competências contenciosa e consultiva, o que argumentaremos com base na utilização do controle de convencionalidade, especialmente por ser uma técnica decisória capaz de realizar o controle de omissões estruturais e, ao mesmo tempo, expandir seus efeitos decisórios por meio da coisa interpretada interamericana.

Desde o caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, de 2006, o termo “controle de convencionalidade” vem sendo empregado reiteradamente pela Corte IDH. Nesta primeira sentença, que deu a tônica inicial desta técnica, assim pronunciou-se o Tribunal:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁹

Notamos que, em grande parte, os pronunciamentos da Corte Interamericana ao se referirem ao controle de convencionalidade, fazem-no pela via da ação, isto é, confronta-se um ato normativo estatal com a Convenção Americana (ou outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos). Porém, lembramos que o descumprimento do artigo 2º. da CADH, base da técnica do controle de convencionalidade, também se dá pela via da omissão estatal violadora dos direitos humanos, como já foi reconhecido pela Corte Interamericana²⁰. Nesse sentido, vale a pena observar a literalidade do citado dispositivo convencional ao referir-se ao dever de adotar disposições de direito interno, sejam de caráter normativo, sejam de qualquer outra natureza:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Por conseguinte, é possível a utilização da técnica do controle de convencionalidade para combater omissões normativas ou omissões fáticas estruturais, como por exemplo a falta de políticas públicas ou um descumprimento de dever estatal. Em outras palavras, a Corte Interamericana pode controlar as omissões ditas estruturais, tendo como meio a utilização desta técnica. Nesse sentido, citamos excerto da análise feita por Victor Abramovich:

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de su jurisprudencia sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados, surge de la capacidad del SIDH de influir en la *orientación general de algunas políticas públicas*, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que

están en la raíz del conflicto analizado en ese caso.²¹ (

A partir de 2006, a técnica de controle de convencionalidade no sistema interamericano foi sendo sedimentada e expandida aos poucos na jurisprudência da Corte Interamericana, de modo que gradativamente foi ampliando os sujeitos competentes para exercer o controle, o objeto do controle, os efeitos da decisão e o âmbito de competência em que a Corte IDH pode realizar o controle.

Sendo assim, em uma primeira fase, o controle de convencionalidade só ocorria em casos contenciosos e aparentemente restrito aos integrantes do Poder Judiciário dos Estados (o chamado controle de convencionalidade difuso)²². Entretanto, como dissemos acima, houve um processo de ampliação tanto subjetiva, quanto objetiva no emprego desta técnica. No primeiro caso, a Corte Interamericana reconheceu legitimidade para o controle de convencionalidade difusa a qualquer órgão estatal²³, e também expandiu os parâmetros para o controle de convencionalidade, abrangendo não só a Convenção Americana, mas também normativa internacional de direitos humanos variada, nos limites da abertura permitida pelo artigo 29, b) da CADH²⁴.

Acerca dos efeitos da decisão do controle de convencionalidade, tem-se, a princípio, que, nas sentenças proferidas em casos contenciosos, são produzidos efeitos entre as partes. Porém, em relação à interpretação dada pela Corte a um dispositivo da CADH (ou outra norma internacional) através do controle de convencionalidade a norma convencional interpretada passa a transcender para além das partes de um determinado conflito. Nesse sentido, defende o voto arrazoado do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*:

Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) *en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la

interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.”²⁵

Como se vê em excerto da resolução de supervisão do cumprimento da sentença do Caso Gelman a seguir transcrito, a ideia defendida pelo supracitado juiz foi incorporada ao entendimento da Corte IDH:

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.²⁶

Por fim, a partir da Opinião consultiva (OC) nº 21, a Corte passou a admitir o controle de convencionalidade neste âmbito de competência, em um verdadeiro controle de convencionalidade de natureza concentrada e abstrata, conforme o trecho abaixo transcrito:

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva,

la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.”²⁷

Com essas premissas, é interessante a observação de Elard Salazar, para quem, a natureza dos pronunciamentos da Corte Interamericana, ou seja, de que tipo de competência se originam seus pronunciamentos, não é o foco mais relevante para caracterização do controle de convencionalidade, mas sim a interpretação dada pelo Tribunal ao objeto normativo, a qual passa a ser vinculante:

Y es que si lo que se ha establecido es que lo que vincula a las autoridades nacionales es la interpretación que de la CADH –y de otros tratados que le otorgan competencia– haga la Corte IDH, resulta irrelevante en el marco de qué competencia fue que arribó a dicha interpretación. En efecto, al juzgar a un Estado, al dictar una medida provisional, al emitir una opinión consultiva o al supervisar el cumplimiento de sus sentencias, la Corte Interamericana está haciendo a fin de cuentas el mismo ejercicio: interpretar la Convención Americana.²⁸

Portanto, considerando o amplo conjunto de pronunciamentos proferidos sobre a questão carcerária na jurisprudência da Corte Interamericana nos casos elencados na segunda seção deste artigo, os Estados já dispõem de interpretações vinculantes a serem seguidas, o que justifica uma possível atuação mais ampla da Corte nesta temática, dado o flagrante descumprimento de medidas de reparação de caráter estrutural.

5. ALGUMAS PROPOSTAS DE TÉCNICAS DE IMPLEMENTAÇÃO E MONITORAMENTO APÓS A DECLARAÇÃO DE ESCOIN

Demonstradas a aplicabilidade dos pressupostos e a legitimidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos para apreciar e declarar o Estado de Coisas Inconvencional, diante da realidade dos sistemas penitenciários latino-americanos, é importante propormos não apenas a possibilidade da declaração do ESCOIN, mas como essa medida pode servir como uma alternativa real para a

alteração da realidade fática de violações graves, maciças e sistemáticas de direitos humanos.

Nesse sentido, devemos pensar em que técnicas de implementação/meios de cumprimento poderiam ser adotados junto com a medida de cunho declaratória.

De início, ressaltamos que o tipo de cumprimento deve observar a natureza do litígio, que como mencionamos anteriormente é um litígio estrutural e que, portanto, é dotado de alta complexidade. Dito isso, uma forma de adjudicação baseada em ordens específicas e rígidas não são a melhor opção, em primeira análise, por três razões. Primeira, pelo conjunto de variáveis envolvidas na questão, o que torna impossível que a Corte IDH identifique todas as medidas a serem adotadas, bem como consiga efetivamente provar a respectiva adequação de cada uma. Segunda, poder-se-ia configurar excessiva ingerência da Corte IDH na soberania dos Estados *ab initio*²⁹. Terceira, considerando o abarrotamento processual da Comissão IDH, tomar uma atitude nesses moldes poderia ser considerado um “suicídio institucional” dado a demanda por cumprimento que adviria em consequência agravando ainda mais esse quadro de disfuncionalidade.

Assim, o melhor modelo de implementação que se adequa ao caso é o de ordens abertas e flexíveis, que pode ser definido como aquele em que:

(...) a decisão judicial se limita a estabelecer diretrizes, princípios ou aspectos pontuais da política pública que devem ser corrigidos e observados para a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, atribuindo às partes, em especial ao poder público, a discricionariedade no que toca à eleição dos meios necessários ao atingimento do fim proposto, ou seja, quanto à previsão de regras específicas ou de regulamento para o atendimento do fim proposto.³⁰

Dessa forma, até mesmo para afastar uma possível crítica de excesso na postura que se propõe a ser tomada, pode-se dizer que “o ativismo é apenas de partida, mas no percurso e na chegada, há deliberação e diálogo”³¹.

Uma vez estabelecido o modelo adjudicatório mais adequado, cabe afirmar quais medidas poderão ser adotadas. Diante do que fora exposto, entendemos que a Corte IDH deve impor algumas obrigações genéricas, sendo três de *lex lata* e outras duas de *lege ferenda*.

Quanto as medidas de *lex lata*, a primeira é a de que cada Estado apresentasse, dentro de um prazo a ser fixado pela Corte, um plano de superação do seu respectivo ESCOIN. Dentro desse plano deve constar as medidas que cada Estado irá tomar e com uma fixação inicial do prazo estimado para cumprimento. Feito isso, o plano deve ser submetido a homologação da Corte. A segunda determinação possível seria a de que dentro desse projeto haja necessariamente a criação de indicadores que permitam averiguar o grau de mudança na realidade fática, de modo que se possa ter base objetiva para se manter ou se revogar a declaração de ESCOIN³². Além disso, essas medidas tem o condão de evitar uma discricionariedade administrativa desregrada, que impeça qualquer avaliação de efetividade³³. Esses indicadores por sua vez, devem ser de duas espécies, quais sejam: os indicadores de processo- dizem respeito a redução ou erradicação das deficiências nos processos de políticas públicas- e os indicadores de resultado- referentes a proteção dos direitos humanos do grupo afetado³⁴. A terceira seria que, considerando a necessidade de articulação para enfrentamento do problema, que haja dentro de cada Estado um órgão específico responsável por receber as ordens e recomendações da Corte e da Comissão Interamericanas de modo a facilitar a interlocução com cada Estado e, sendo esse órgão responsável por cobrar internamente o cumprimento dessas medidas.

Quanto às medidas de *lege ferenda*, estaria primeiro o estabelecimento de leis em cada país que determinassem a obrigação de que o tempo de encarceramento em condições desumanas seja um critério de remissão de pena, de abrandamento dos requisitos temporais de eventuais benefícios em sede de execução penal³⁵. Além disso, considerando a enorme quantidade de pessoas submetidas a mesma situação, a criação de remédios processuais de legitimação ativa coletiva para facilitar a tutela desses direitos humanos violados³⁶.

Estabelecidas as obrigações genéricas, cabe estabelecer as medidas de monitoramento a fim de que uma eventual decisão seja cumprida. Tomando por base o caso colombiano sobre o deslocamento forçado de pessoas (*Sentencia T-025 de 2004*), verificou-se a aplicação de quatro medidas de monitoramento, quais sejam: i) audiências públicas; ii) sessões temáticas, regionais e informais; iii) *Sala Especial de*

Seguimiento e; iv) autos³⁷. A primeira e a segunda medida se diferenciam pelo fato de as audiências públicas se darem na própria Corte e as sessões são feitas *in loco*³⁸. A terceira medida consiste na criação de órgão a parte dentro do Próprio Tribunal para acompanhar a execução da medida³⁹. E a quarta consiste em provimentos expedidos pela Corte cobrando informações para avaliar o cumprimento das determinações⁴⁰.

Deve-se agora fazer os devidos ajustes a realidade do sistema interamericano de direitos humanos. Desse modo, vislumbra-se a aplicabilidade da realização de audiências públicas perante a Comissão IDH, porém não *in loco* considerando as diferentes estruturas de cada Estado. Verifica-se, também, ser possível a adaptação da medida indicada no item iii), para que o supervisionamento seja feito pela Relatoria Especial para Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão IDH, sendo essa responsável, por consequência, pela expedição dos autos a cada 6 (seis) meses. Além disso, considerando as dificuldades inatas dessa fase de cumprimento, propõe-se como medida adicional que a Corte crie uma espécie de Fundo Penitenciário, com contribuição dos Estados-membros, para arcar com eventuais despesas que se façam necessárias diante de um quadro de real impossibilidade de cumprimento de medidas necessárias, tais como: deslocamento de interessados para as audiências públicas na comissão e para a própria implementação do plano de superação do ESCOIN.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou responder se seria possível a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarar o estado de coisas Inconvencional em relação à situação fática dos sistemas penitenciários da América Latina, uma vez que as condições carcerárias desumanas e degradantes são amplamente reconhecidas no Sistema Interamericano e as violações graves, maciças e sistemáticas contra os direitos humanos de pessoas encarceradas, incluindo pessoas em especial condição de vulnerabilidade já foram declaradas em vinte casos contenciosos individuais e coletivos pelo Tribunal Interamericano.

Para responder a esta questão, iniciamos a pesquisa pela compreensão da sedimentação jurisprudencial, pressupostos de deflagração e entendimento atual do instituto do Estado

de Coisas Inconstitucional criado no âmbito da Corte Constitucional Colombiana, visando adaptá-lo para a declaração de um Estado de Coisas Inconvencional no âmbito do aparato decisório da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como primeiro pressuposto cumprido neste processo de adaptação está a existência de um quadro fático de graves, maciças, sistemáticas, reiteradas e persistentes violações de direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que afetam um número amplo de pessoas que estão sob a jurisdição dos Estados Partes deste tratado.

O segundo pressuposto está configurado pela omissão sistemática e persistente dos Estados em cumprir com as suas obrigações previstas na CADH, mesmo por aqueles que já foram condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos vinte casos contenciosos estudados, cujo objeto estava relacionado com a questão carcerária, haja visto que das vinte medidas de reparação específicas sobre programas de capacitação e políticas públicas para a melhoria no sistema prisional, treze continuam pendentes de cumprimento.

Acerca do terceiro pressuposto, verificou-se que se trata de um problema de omissão estrutural, que necessita da atuação coordenada dos órgãos do Sistema Interamericano com os Estados, para superação do quadro fático de violações graves, maciças, sistemáticas, reiteradas e persistentes de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade e realização de políticas públicas efetivas que coloquem em prática os compromissos internacionais assumidos pelos países latino-americanos em diversos instrumentos internacionais sobre o tema.

No quarto e último pressuposto, analisamos a possibilidade de congestionamento da máquina funcional, não só da Comissão Interamericana (o que já é uma realidade), mas sobretudo da Corte Interamericana, com demandas individuais que questionem essas violações e a consequente demora irrazoável no trâmite dos procedimentos perante o Sistema Interamericano.

Preenchidos os pressupostos para a deflagração de um Estado de Coisas Inconvencional, sustentamos a legitimidade da Corte Interamericana para declará-lo por meio da técnica decisória do controle de convencionalidade, a qual tem sido desenvolvida

pelo Tribunal desde 2006, expandindo seu alcance não apenas na competência contenciosa, mas também na consultiva como forma de controle das omissões estruturais, tendo em vista que o dever de adoção de disposições de direito interno, prescrito no artigo 2º. da CADH, abrange a obrigação estatal de adotar, para além de medidas legislativas, medidas de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades dispostos na CADH.

Por fim, elaboramos algumas proposições de medidas de implementação e monitoramento da decisão declaratória do Estado de Coisas Inconvencional, calcada em um modelo de ordens abertas e flexíveis, inspiradas na experiência da Corte Interamericana na supervisão de cumprimento de suas sentenças em litígios estruturais. Destacamos, por um lado, a necessidade da criação de um Plano integrado para a superação do ESCOIN com indicadores para avaliação de processo e de resultado e a implantação de organismos nacionais para acompanhamento da implementação das ordens e recomendações provenientes do Sistema Interamericano. Por outro lado, como ações de monitoramento, destacamos a necessidade da realização de audiências públicas sobre a temática carcerária perante a CIDH; maior participação da Relatoria Especial sobre os Direitos de Pessoas Privadas de Liberdade da CIDH para a superação do ESCOIN e criação de um Fundo Penitenciário Interamericano pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos.

Desse modo, o reconhecimento do ESCOIN do sistema carcerário na América Latina é medida piloto imperiosa de reação a tamanhas barbaridades, bem como as medidas de cumprimento são garantia de que não se tornarão letra morta emoldurada num quadro de parede.

Em análise última, compreendemos que a proposição de soluções novas, heterodoxas e ambiciosas legitimamente podem provocar o receio da ineficácia nos mais experientes; podem levar a banalização por seus entusiastas ou a indiferença perante os que não se importam. Quanto aos primeiros, deve-se lembrar que, ironicamente, como a própria experiência ensina, “tudo tem uma primeira vez e certas coisas só se aprendem na prática”, o que enseja um pouco mais de parcimônia no manejo de ceticismos sob pena de mobilizar-se reflexões e críticas apenas

para manter o imobilismo, quase que como uma espécie de fobia de ver certos objetos de análise desaparecerem. Quanto aos segundos, o cuidado também precisa ser considerado, de modo tal que as proposições feitas não intentam colocar a Corte IDH como uma espécie de “salvadora das Américas”, mas como, principalmente, um

agente de “destrave” das engrenagens estatais que se mantém paralisadas ante tamanhas violações de direitos humanos. Quanto aos terceiros, pode-se apenas dizer que o silêncio perante quem sofre é uma sutil cumplicidade.

REFERÊNCIAS

- BEZERRA, Rafael. *Direitos para além da sala do Tribunal: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016.
- DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019, p.158.
- FERREIRA, Siddharta Legale. Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum* Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, pp. 67-82.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, pp. 272-314, set-dez., 2019, p.306.
- PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord). *¿Cuándo cesa estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional*. In: _____. *Más allá del desplazamiento. Política, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

NOTAS

1. Atualmente, encontra-se em etapa de deliberação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a Solicitação de Opinião Consultiva “Enfoques diferenciados em matéria de pessoas Privadas de Liberdade”, formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentada em 25 de novembro de 2019. Os autores deste artigo participaram da elaboração de Opinião Escrita neste procedimento consultivo, a qual foi submetida em conjunto pela Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos, por intermédio dos membros da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará, Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia, registrado junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/Brasil) e Defensoria Pública do Estado do Pará, através dos integrantes do Grupo de Litígios Estratégicos Internacionais. O presente texto é uma adaptação dos argumentos formulados pelos autores no bojo deste escrito, que pode ser consultado em sua íntegra em: https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2224. A primeira autora apresentou este texto em forma de palestras proferidas na sessão de encerramento do ano de 2021 do Fórum Permanente de Direitos Humanos Professor Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e no Seminário promovido pela Defensoria Pública do Estado do Pará e Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (UFPA) intitulado “Pelo Direito à Convivência Familiar para as Mulheres Presas e seus Filhos e Filhas”, no dia 28 de abril de 2022.
2. O levantamento de casos contenciosos foi inicialmente realizado para embasar a Opinião Escrita mencionada na nota anterior, datada de 10 de janeiro de 2021. Nesse sentido queremos agradecer o trabalho de pesquisa realizado por Ana Jessica Guimarães de Moura Mattos, Luana Silva de Mello e Victor Hugo Silva Nogueira, estudantes da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas que elaboraram a Tabela 1, reproduzida neste artigo, sob a supervisão e revisão da primeira autora. Posteriormente, este levantamento de casos contenciosos, medidas de reparação penitenciária e estado de seu cumprimento foi revisado e atualizado pela primeira autora deste artigo até 27 de abril de 2022.
3. Os casos foram: i) *Sentencia* n^a SU (Sentencia de Unificación)- 559, de 06.11.1997, referentes aos direitos previdenciários dos professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano*; ii) *Sentencia* T (Tutela)-068, de 05.03.1998, referente ao direito de petição dos aposentados e a ineficiência administrativa da Caixa Nacional de Previdência; iii) *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998, em que a partir dos problemas de superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín*, abordou-se o sistema carcerário daquele país como um todo; iv) *Sentencia* SU-250, de 26.05.1998, referente a não convocação de concurso público de notário; v) *Sentencia* T-590, de 20.10.1998, referente a proteção de defensores de direitos humanos no país; vi) *Sentencia* T-525, de 23.07.1999, referente ao pagamento de verbas de aposentadoria pelo Departamento de Bolívar; vii) *Sentencia* T-025, de 22.01.2004, referente ao deslocamento forçado de pessoas dentro da Colômbia; viii) *Sentencia* T-302, de 20.02.2017, referente aos direitos à saúde, água e alimentação das crianças do povoado de Wayuu.
4. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016, pp.166-168.
5. Na *Sentencia* T-388, a Corte Constitucional Colombiana tentou criar diferenciações entre esse caso e a primeira declaração de ECI, porém na *Sentencia* T-762, de 2015, ficou expresso que a realidade era mesmo de permanência das falhas estruturais. Ver: *Idem*, p.133.
6. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia* T-025, de 22.01.2004, p. 4.
7. *Idem* pp.180-187.
8. PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.39.
9. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016, pp. 91-94.
10. FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte*

- Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum* Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, pp. 67-82.
11. Em que pese termos delimitado nossa análise aos casos contenciosos, é necessário referir que, atualmente, há nove medidas provisórias em supervisão pela Corte IDH, sendo quatro referentes ao Brasil e cinco referentes à Venezuela. Devemos lembrar também que a Corte IDH está deliberando sobre a Solicitação de Opinião Consultiva solicitada pela Comissão Interamericana sobre “Enfoques diferenciados em Matéria de Pessoas Privadas de Liberdade”, cuja Resolução esperamos ver em breve publicada.
 12. Dispõe o artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”
 13. Dispõe o artigo 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.”
 14. FERREIRA, Siddharta Legale. Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum* Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, p. 72.
 15. *Idem*, p. 72.
 16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2020*, p. 11, disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm, acesso em 24 abr 2022.
 17. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, pp. 272-314, set-dez., 2019, p.306.
 18. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016, pp.293-298.
 19. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº. 154, p. 53.
 20. Cfr.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993. Série A Nº. 13. Par. 26 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº. 182. Par. 253.
 21. ABRAMOVICH, Victor. De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*. N. 11, dez 2009, p. 13.
 22. Cfr.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas sentença de 24 de novembro de 2006. Série C Nº. 158. Par. 128 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº. 220. PAR. 225.
 23. Cfr.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº. 221. Par. 239 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C Nº. 276. Par. 124.
 24. Dispõe o art.29 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de (alínea b0: “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados

- Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
25. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*, Série C Nº. 220, 26 de novembro de 2010, p.120.
 26. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, p. 19.
 27. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A Nº. 21, p. 13.
 28. SALAZAR, Elard Ricardo Bolaños. Fundamentos del Control de Convencionalidad: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Omnipresente. *Vox Juris* (37) 1, 2019, p. 64.
 29. DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019, pp.127-130.
 30. Idem, p.133.
 31. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016, p.305.
 32. Idem, pp. 210-214.
 33. DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 158.
 34. RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord). *¿Cuándo cesa estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional*. In: *Más allá del desplazamiento. Política, Derechos y Superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, pp. 448-449.
 35. Foram requeridos provimentos desse tipo nas alíneas “e” e “f” da Medida Cautelar (MC) na ADPF 347, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou o ECI do sistema carcerário brasileiro, porém sob o argumento da falta de previsão legal, os pedidos foram indeferidos.
 36. Pode-se citar como boa prática do que se pretende o HC 143.641, julgado em 20 de fevereiro de 2018, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual se admitiu pela primeira vez um habeas corpus coletivo e, naquele caso, em favor de mães gestantes.
 37. BEZERRA, Rafael. *Direitos para além da sala do Tribunal: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.104.
 38. Idem, p.105.
 39. Idem, 105.
 40. Idem, pp.105-106.

AUTORITARISMO E ENCARCERAMENTO EM MASSA NA AMÉRICA LATINA

• • • • •
Vivian Marina Araújo Guimarães

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Pesquisadora de Direito Internacional e Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI).

Nikaelly Lopes de Freitas

Mestranda do Programa de Avaliação de Políticas Públicas (PPGAPP) da Universidade Federal do Ceará (UFC) com apoio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP); Pós-graduada em Direito Internacional e Humanos pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais; Mentora acadêmica de Direito Internacional e Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI).

RESUMO

Trata-se de artigo científico de abordagem qualitativa baseado em revisão bibliográfica que aborda o autoritarismo e sua relação com o crescente encarceramento em massa na América Latina. Para tanto, trata da prevalência de estruturas autoritárias e excludentes mesmo com o exaurimento dos regimes ditatoriais nessa região e sua participação na consolidação de um sistema de justiça criminal discriminatório e seletivo que tem promovido o encarceramento massivo de grupos minoritários.

Palavras-chave

Teoria do Estado; autoritarismo; democratização; América Latina, super encarceramento.

ABSTRACT

This is a scientific article with a qualitative approach based on a literature review that addresses authoritarianism and its relationship with the growing mass incarceration in Latin America. To this end, it deals with the prevalence of authoritarian and exclusionary structures even with the exhaustion of dictatorial regimes in this region and their participation in the consolidation of a discriminatory and selective criminal justice system that has promoted the massive incarceration of minority groups.

Keywords

State Theory; authoritarianism; democratization; Latin America; mass incarceration.

1. INTRODUÇÃO

A prevalência de altos índices de criminalidade e o aumento exponencial das taxas de encarceramento são fatores que, historicamente, fomentam debates legais e acadêmicos sobre formas de controle social na América Latina.

Contudo, as explicações comuns dadas para esses fenômenos, geralmente, estão fundamentadas em teorias unicasais que, embora abordem fatores históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais que, sem dúvida, estão presentes na incrementação da criminalidade nesta região, pecam por negligenciar a própria formação do Estado.

Nesse sentido, sabe-se, que os processos de redemocratização de países latino-americanos durante o século XX foram, em sua maioria, marcados por um complexo processo, fundamentado no “contínuo contraponto entre os ideais importados do republicanismo, liberalismo, o império da lei, e a realidade de estruturas sociais racistas, autoritárias e excludentes” (AGUIRRE, 2009).

Ainda na atualidade, é importante destacar o enfraquecimento dos Estados de Direito devido, principalmente, ao recrudescimento da violência nas atividades da polícia e do Judiciário, atividade de organizações criminosas e à negligência em relação à garantia dos direitos de indivíduos presos.

Desse modo, predominantemente, os regimes democráticos dos países da América Latina, materializam um estado de burocracias ineficazes e ineficientes, que não consegue

penetrar ou controlar seu território, ostentando sistemas jurídicos tendenciosos, além de desafiar o monopólio dos meios de coerção em vista da baixa credibilidade que tem como realizador do bem comum, prejudicando o desenvolvimento econômico e social, além de obstar o avanço da democratização (O'DONNEL, 2009).

Assim, o estado latino-americano se apresenta de forma distante, alheia e hostil a grande parte de sua população, imperando as dinâmicas discriminatórias pelas quais se nega sistematicamente direitos básicos a alguns, enquanto se concede privilégios e isenções para outros. Assim, além de conceber um tratamento flagrantemente desigual, injusto e violento, nega a cidadania plena e coloca em jogo os acordos democráticos (O'DONNEL, 2009).

Por este ângulo, tem-se que, embora tenham seguido trajetórias sociopolíticas distintas, é possível visualizar nos países latinos a influência do autoritarismo prevaiente durante os regimes ditatoriais, impressos na formação e consolidação dos sistemas de justiça criminal e das polícias. Convergindo passado e presente, nota-se uma conexão entre os processos político-sociais e o encarceramento.

Nesse cenário, o Estado também age de diferentes formas para a incrementação e crescimento da violência, atos que vão além da extensão dos limites legais do uso da força legítima através da tolerância do emprego de abordagens extraleais contra os agentes criminosos, mas também, por compartilhar de parcerias com grupos criminosos em busca de legitimidade e autoridade política (CRUZ, 2016).

Isto pois, na América Latina, mesmo no cenário pós-transição democrática, os Estados tendem a estender os limites da força legal e transgredir as próprias determinações legais, agindo também através de parceria firmadas com agentes criminosos como parte estratégica da busca por legitimidade e autoridade territorial, esta última, baseada não na proteção de direitos e dos interesses comuns, mas na propensão ao uso da violência (CRUZ, 2016).

Entende-se, portanto, que não há como compreender adequadamente o recrudescimento da violência criminosa e o aumento exponencial do encarceramento na região sem que se explore os modos utilizados pelo Estado e seus agentes para construir e afirmar a autoridade política em um contexto que é caracterizado pela fragmentação do poder e pela privatização da

segurança pública, onde permeia a necessidade de constituir a legitimidade política (CRUZ, 2016).

Com efeito, a presença do Estado autoritário no interior das rotinas democráticas, sobretudo em democracias recentes, em países de modernidade tardia e capitalismo periférico, como os da América Latina, é algo que não pode ser menosprezado pela teoria jurídica" (SERRANO, 2020, p. 197).

A partir disso, o presente estudo qualitativo, se utiliza da pesquisa bibliográfica, de obras e artigos científicos, para relacionar o processo de formação e redemocratização dos estados latino-americanos e sua constituição como estados violadores de suas próprias normas por meio do autoritarismo. Busca-se, desse modo, abordar as causas históricas do encarceramento em massa latino-americano, os efeitos da redemocratização na esfera penal e como os direitos e as leis estão sendo feridos dentro do sistema penitenciário enquanto marcas expressas na jovem democracia brasileira.

2. AUTORITARISMO E REDEMOCRATIZAÇÃO DA AMÉRICA LATINA

Os processos de redemocratização de países latino-americanos durante o século XX foram, em sua maioria, marcados por um complexo processo, fundamentado no "contínuo contraponto entre os ideais importados do republicanismo, liberalismo, o império da lei, e a realidade de estruturas sociais racistas, autoritárias e excludentes" (AGUIRRE, 2009).

Desse modo, o século XX na América Latina foi marcado pela ascensão de regimes autoritários. Contudo, atores sociais que eram severamente perseguidos por agentes do governo começaram a retomar suas atividades políticas. Assim, partidos políticos, movimento sindical e movimento estudantil organizados, iniciaram a pressão sobre os governantes não só para o fim do regime autoritário, como também para a punição dos agentes e para a busca dos mortos e dos desaparecidos.

Nesse sentido, a década de 70, devido ao crescimento da resistência popular, pode ser considerada como o início da luta pela volta do Estado de Direito. As conquistas derivadas dos movimentos de resistência chegaram durante os anos 1980. Assim a cronologia da libertação na América do Sul, se deu inicialmente, com

o fim do regime militar em 1982, na Bolívia; em seguida, na Argentina em 1983; em 1984, no Uruguai; em 1985, no Brasil, e em 1988 no Chile (VILLAÇA, 2021). Contudo, o período de redemocratização latino-americano foi marcado por tensões, conflitos e negociações, de modo que a democracia não foi restaurada imediatamente e, mesmo hoje, carrega profundas marcas do período ditatorial.

Isto pois, para mascarar o rompimento com o Estado de Direito, os regimes autoritários da América Latina criaram um aparato legal e administrativo para possibilitar, por exemplo, a concessão de privilégios aos governantes e seus aliados, ao passo que fomentava maior repressão aos inimigos do governo. Nesse sentido, foram implementados os Atos Institucionais (AI), os quais se originaram no Brasil e difundiram-se para outros países.

Os AIs, como ficaram conhecidos, eram normas elaboradas no período do regime ditatorial que permitiram a institucionalização e radicalização do regime militar. Eles eram redigidos pelos comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República e eram postos como regras acima da própria Constituição Federal. A partir do contexto explicado, é percebido que a transição para a democracia não foi um processo fácil, para o qual se fazia necessário romper com a legislação aplicada pelos militares e restituir o caráter democrático para todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a militarização pode ser conceituada como um instituto mais amplo que a própria ideologia militarizada do funcionamento das forças policiais e militares, estando constituída de práticas, símbolos, narrativas e tecnologias que se fundamentam na força bélica, meio pelo qual justifica o seu exercício do poder de matar e adoecer (CRUZ, 2021) por meio dos processos de genocídio institucionalizados, tal como o encarceramento. Chauí relembra que:

A Lei de Segurança Nacional, centrada na ideia de combate ao “inimigo interno”, impôs a suspensão da imunidade parlamentar, levando ou à perda de mandatos ou à prisão, e foi acionada para a prisão de Lula e demais líderes sindicais. Essa lei veio reforçar a repressão imposta à sociedade pelo Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1969, reiterando a abolição do direito de greve, impondo a

censura aos meios de comunicação, mas principalmente e sobretudo dando início à repressão armada contra os movimentos revolucionários do período e aos opositores em geral, culminando, neste último caso, com a prisão, tortura e morte do jornalista Vlado Herzog, em São Paulo – com esse Ato, institucionalizou-se o terrorismo de Estado (CHAUÍ, 2013, p. 256).

Assim, o processo de expansão punitiva ganha força através dos discursos que relacionam “Crime vs Segurança”, que atravessou os processos de reabertura democrática e transformaram o período pós-988 no que o movimento de Mães e Familiares contra o Terrorismo do Estado chama de Era das Chacinas (CRUZ, 2021).

Com efeito, sabe-se que a volta ao regime democrático envolve, entre outros aspectos, um aumento da liberdade, sobretudo política, do respeito aos direitos dos civis, da tolerância à oposição. Porém, como anteriormente afirmado, esse processo não foi rápido e muito menos linear. Isso porque, tendo em vista as atrocidades cometidas por agentes do governo, os militares apresentaram recusa à ideia de devolver o poder governamental aos civis. Percebe-se, então, que a negociação e a conciliação foram características marcantes desse período. Em seu artigo Criminalidade e Justiça Penal na América Latina, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, confirma essa tendência:

No caso da América Latina, no final da década de 70 e início dos anos 80, não houve rupturas abruptas e sim um esgotamento dos regimes autoritários. A transição foi determinada por fatores internos, cujos rumos foram delineados pelas elites dominantes representadas pelas autoridades militares – anistia geral, e externos, em que pesaram as influências políticas e culturais do exterior, principalmente dos EUA (AZEVEDO, 2005).

Um dos pontos das negociações era a não investigação dos abusos e dos crimes contra os direitos humanos cometidos pelas ditaduras. No Brasil, a Lei nº 6.684, de 1979, conhecida como Lei da Anistia, concedeu absolvição a todos que cometeram ou participaram de crimes políticos, eleitorais ou crimes de motivação política. Dessa forma, o país é definido por tensões paradoxais, atravessado por marcadores sociais historicamente estabelecidos e culturalmente diversos, e se desenvolve como o

terreno em florescem desigualdades latentes, sem as quais não se pode compreender o continente nem o país de dimensões continentais.

Nesse sentido, o período ditatorial foi formalmente superado sem que os familiares de mortos e desaparecidos tivessem respostas e muito menos justiça, deixando um rastro de impunidade, da violação sistêmica de direitos e do autoritarismo entranhado nas instituições.

Desse modo, a volta do poder para as mãos do povo foi baseada em associações de interesses e colaboração entre militares e civis, de modo que, “algumas estruturas autoritárias do país continuavam, no entanto, basicamente intocadas” (SCHWARCZ, 2013, p. 124). Nesse cenário, foram removidos ou neutralizados os elementos de conflito. Para tanto, alguns aspectos dos antigos governos foram mantidos, como o caráter mais repressivo das forças de controle social, entre as quais se destacam a polícia e o Poder Judiciário.

Os regimes autoritários do século XX e o conturbado processo de retorno à democracia na América Latina reverberam na atualidade, razão pela qual é possível relacionar diversos aspectos da sociedade e do sistema penal contemporâneos com esse período, de modo que, o uso da violência, o abuso de poder, a negação de direitos fundamentais, a seletividade penal e o encarceramento desmedido são aspectos da realidade desta década. Dessa forma, o fim do regime ditatorial instaurado em 1964, não foi suficiente para romper com o autoritarismo que permeia as instituições, embora seus instrumentos de controle tenham se transformado. Ora, vejamos:

Temos o hábito de supor que o autoritarismo é um fenômeno político que, periodicamente, afeta o Estado, [e assim] tendemos a não perceber que é a sociedade brasileira que é autoritária e que dela provêm as diversas manifestações do autoritarismo político (CHAUÍ, 2013, p. 201).

Pastana (2009, p. 123) destaca que a abertura política e a ampliação de direitos não foi capaz de trazer consigo a consolidação de valores democráticos elementares e mesmo diante da esperança de que o fim do regime ditatorial trouxesse o Estado de Direito, as práticas autoritárias não foram afetadas substancialmente pelas mudanças políticas.

Nesse caso, faz-se necessário destacar que, ainda diante das peculiaridades que ostentam, em comum, países da América Latina possuem uma grande parte da população vivendo em situação de vulnerabilidade, aquém do mínimo de desenvolvimento humano e sem acesso a bens materiais, serviços e direitos civis básicos para a existência. Ademais a democratização resta fragilizada, visto que, diversas entradas via regime restaram débeis ou capturadas por interesses que não materializam a realização do bem comum, afetando, sobremaneira, a eficiência, a eficácia ou a credibilidade desses estados e governos (O'DONNELL, 2009). Desse modo, temos que:

If legitimacy is a key component to understanding levels of social order, we must consider how illegitimacy leads to crime and violence. Cross-national theory provides several contexts in which the criminogenic nature of illegitimacy is apparent: when there is disjunction between state actions and values and during social and political transformations/ breakdowns (NIVETTE, 2014).

Desse modo, Zaffaroni aponta a globalização como etapa atual do processo de colonialismo, precedida pelo colonialismo originário e neocolonialismo, marcas sobre as quais se desenvolveram e sobreviveram os países latino-americanos, ainda sob sistemática exploração e torrentes de concentração de poder. Para o autor:

A cultura da pobreza, a economia de subsistência e a letargia foram os preços que, com o transcurso dos anos, cobrou-se do impulso produtivo original. Os latifúndios foram um dos gargalos que estrangularam o desenvolvimento da América Latina e um dos fatores primordiais para a marginalização e pobreza das massas latino-americanas integrantes de periferias pobres, que coexistiam com grandes e ricos centros do capitalismo (ZAFFARONI, 2013).

Outrossim, fatores econômicos relacionados à importação e implementação do capitalismo global também fazem parte da receita que resultou na intensificação da criminalidade nessa região. As consequências econômicas desse processo, invariavelmente, trouxeram para a América Latina, um enorme crescimento da desigualdade econômica e social, aumento da pobreza e

consequências ambientais catastróficas, atuando não só como sistema econômico, mas social, político e cultural (MCCHESNEY, 2002), em países cujos processos de colonização originária, já haviam sido marcados por expropriação, violência e exploração do solo, espaços, culturas, saberes e corpos (LEME, 2020).

Os efeitos da doutrina neoliberal nessa região são sentidos na força com a qual foram desmontadas estruturas protecionistas e drenado seus recursos, estimulando a superexploração do trabalho e exigindo a obtenção de fortes saldos comerciais para financiá-los (MARTINS, 2011), deixando países latino-americanos cada vez mais dependentes de emprestadores e compradores estrangeiros, enquanto tornava os ricos mais ricos, a classe média mais classe média e os pobres comparativamente mais pobres (CHASTEEN, 2001).

Além disso, pode-se afirmar que, a rápida urbanização relegou grandes massas populacionais a viverem em áreas de informalidade, estando diretamente submetidas a algum tipo de governança criminosa, onde a imposição de regras e restrições por parte dessas organizações afetam diretamente a vida e a rotina daqueles que são submetidos a elas, sendo civis ou membros, espaço em que o Estado não detém o monopólio da força (LESSING, 2020).

Isso demonstra que, sendo um fenômeno multifacetado e multicausal, a prevalência das altas taxas de criminalidade na América Latina, não pode ser compreendida por meio de olhares simplistas sobre os fatores isolados que imperavam e se perpetuam sobre as dinâmicas políticas e sociais. Nessa dinâmica, por vezes, o Estado é enxergado como um ente soberano de luta contra a criminalidade, razão pela qual lhe é legítimo monopolizar a força coercitiva e a violência sobre a população.

Certamente, os aspectos integradores da formação econômica, social e política de cada estado, os fatores econômicos relacionados, as variáveis socioculturais como a urbanização, a incompetência institucional, a corrupção, a impunidade e a guerra às drogas são elementares da incrementação nos índices de criminalidade, contudo, Cruz (2016) aponta que o Estado enquanto ator fundamental, não pode ser descartado, por ser, por vezes, ele mesmo, agente autônomo perpetrador da violência. Assim, o envolvimento do Estado em muitas formas de violência não tem a ver somente com políticas

mal elaboradas ou falta de treinamento policial, mas vai estar relacionada com os processos históricos e a transformação do estado.

Desse modo, para Cruz (2016) a violência do Estado se manifesta, majoritariamente, de três formas:

- a) A violência no âmbito das políticas anticrime, perpetradas dentro dos limites da lei, embora esses limites sejam estendidos na ocorrência de supostos períodos de emergência, fazendo que, muitas das vezes, houvesse a transformação das estruturas legais e a expansão dos limites da força legítima para conceder uma maior margem de discricionariedade às policiais e militares (que é o que a gente vê pela excludente de ilicitude que está em discussão atualmente)
- b) Em segundo lugar está aquela violência flagrantemente ilegal cometida pelos agentes do estado, que configura abuso e violação de direitos básicos, normalmente cometidas por agentes externos, mas com aprovação (tácita ou explícita) das autoridades, como a execução de criminosos.
- c) Em terceiro está a violência cometidas pelos representantes do estado que é visivelmente criminosa e cometida através de seus cargos, seja para conduzir, cometer ou encobrir os crimes violentos (CRUZ, 2016 – tradução livre).

Assim, se vê que, ainda com o fim dos muitos dos regimes ditatoriais, o autoritarismo é um elemento presente das estruturas sociais dos países da América Latina.

3. JUSTIÇA E CONTROLE PENAL

O fundamento do sistema de justiça criminal é a garantia da segurança. O sentimento de proteção social deriva da tipificação das condutas que configuram risco para a ordem social e, conseqüentemente, da certeza por parte da população de que essas serão devidamente punidas. Alega-se a pretensão de que, diante da pena previamente estabelecida, o indivíduo sintam-se coagido a não cometer um crime, por outro lado, uma vez o cometendo, seja punido.

Nesse sentido, no artigo “Repensando el principio de legalidad penal: sociedad de riesgo, crisis y relativización”, Vanegas destaca a importância da previsibilidade e da sanção como técnicas de controle social, e, para isso,

ele usa o pensamento do filósofo alemão Ludwig Feuerbach:

Para Feuerbach, a existência prévia da tipificação de condutas criminosas, e sua respectiva sanção, gera aos cidadãos uma coação psicológica que os faz abster-se de cometer crimes, principalmente, por medo da punição que seu comportamento poderia implicar (FEUERBACH, 1973 *apud* VANEGAS, 2021, p. 05).

Contudo, a relação entre prisão, sociedade e segurança não é tão linear, sendo o sistema de justiça criminal, não só um instrumento de pacificação e promoção do bem-estar, mas também parte da estrutura desigual, discriminatória, autoritária que resulta nas altas taxas de encarceramento por operar, principalmente, por meio da seletividade.

Dessa forma, para Wolkmer (2003, p. 180), “além de ser um dado histórico-social”, o fenômeno jurídico, “expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, segurança e dominação” (WOLKMER, 2003, p. 180). Assim, “compreender que a relação entre prisão e liberdade revela uma manifestação de poder, auxilia na identificação dos elementos e discursos afetados pela tradição autoritária e, assim, permite que a atuação dos atores jurídicos se volte à realização da democracia” (CASARA, 2015, p. 17).

Nesse sentido, temos que os grupos humanos reúnem-se com o intuito de protegerem-se, e o Estado surge como a entidade que tem o poder de garantir a segurança de seu povo. Essa instituição define o que é e o que não é permitido, além de encarregar-se de punir os comportamentos que não são considerados como aceitáveis. Assim, O'Donnell (2009) defende que estado pode ser visto como um fenômeno relativamente recente, resultante de longas e violentas lutas que expropriaram formalmente outras associações políticas dos meios de legalidade, da administração e do controle dos meios de coerção, abrindo espaço para a reivindicação de uma suposta supremacia do controle sobre os territórios governados e estabelecimento de um estado de direito. Desse processo, origina-se um estado que em sua essência é controlador e masculino:

El estado que resultó de estos procesos era, y es, absorbente, masculino y celoso. Es absorbente porque intenta regular un amplio conjunto de relaciones sociales en su territorio. El estado es masculino, en el sentido que éste era el género de prácticamente todos los situados en su cúpula, lo que a su vez reflejaba la base social e ideológica de dicho estado en la familia definida paternalísticamente. Aunque en los países del Noroeste este carácter masculino ha sido atenuado, también aparece en los cimientos de sus sistemas de bienestar social, originariamente basados en el modelo del hombre “jefe de familia” asalariado y la mujer dedicada a actividades domésticas; ese mismo carácter se ha atenuado mucho menos en América Latina, no sólo en términos de nuestros (escasos) derechos sociales sino también de derechos civiles y de la continuidad, aunque atenuada últimamente, de prácticas informales discriminatorias no sólo en el estado sino en el propio régimen democrático (O'DONNELL, 2009).

Já o ordenamento jurídico origina-se para dar fundamento e previsibilidade às penas e às punições de modo que os cidadãos saibam quais são as consequências de seus atos, e não consigam eximir-se da culpa afirmando não conhecerem os efeitos civis e penais de sua ação. Rogério Sanches Cunha expõe em seu livro a origem dessa base do Direito Penal:

Conhecido em latim como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, é mandamento revestido de maior importância num Estado Democrático de Direito, servindo como determinante à subordinação de todos à imperatividade da lei, limitando inclusive o exercício do poder pelo governante (CUNHA, 2020).

Nesse sentido, entende-se que o direito posto funciona também como limite do poder do Estado. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário só podem atuar dentro do espaço que lhe é permitido pelo ordenamento jurídico. Esse mecanismo reduz a possibilidade de a força estatal ser utilizada contra os cidadãos e seus direitos. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo expõe essa característica do sistema penal da seguinte maneira:

O direito penal e processual penal e o sistema de justiça penal constituem, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, mecanismos normativos e

institucionais para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, de tal forma que o objetivo de proteção dos cidadãos contra o crime seja ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do acusado. É tarefa do direito penal e do direito processual penal estabelecer freios capazes de atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre Estado e cidadão, acusador e acusado (AZEVEDO, 2009).

Dessa forma:

A sociedade é compelida a acreditar que o sistema de justiça criminal surge para garantir normas e leis que assegurarão segurança para seus indivíduos. Mas, na verdade, trata-se de um sistema que surge já com uma repressão que cria o alvo que intenta reprimir. A realidade do sistema de justiça criminal é absolutamente diversa de garantir segurança, mas um mecanismo que retroalimenta insegurança, e aprofunda vigilância e repressão. Ao perguntar para qualquer pessoa negra periférica quais são as instruções que ela recebe desde pequena sobre comportamento, conduta e confiabilidade na polícia, um braço central para o funcionamento das engrenagens de exclusão, certamente será percebida não uma mera distorção de um suposto papel da organização (BORGES, 2019, p. 56).

Dentro dessa estrutura, o autor Rubens Casara reflete sobre a própria construção do direito e do processo penal, defendendo que,

O processo penal, como todo produto humano, está condicionado por uma tradição. A visão que se pode ter dessa disciplina depende, portanto, de uma pré-compreensão acerca das ideias de liberdade e de punição, da fé ou da descrença que o observador deposite no sistema de justiça criminal e, em especial, na prisão. No Brasil essa disciplina é gravemente afetada por um vasto repertório de elementos culturais desassociado do projeto democratizante encartado na Constituição da República de 1988, significantes que se projetam no tempo e repercutem na formação de um imaginário autoritário, de uma cultura que acredita no uso da força em detrimento do conhecimento como forma de solucionar os mais diversos problemas sociais (CASARA, 2015, p. 16).

Em razão de uma forte concepção repressiva, no Brasil, “há milhares de condutas consideradas

criminosas, passando-se da previsão de um homicídio à molestação de cetáceos, o que demonstra a hipertrofia legislativa em matéria penal no nosso país” (GROTTI; BORDIN, 2021). Desse modo, operando a partir de estruturas racistas, misóginas e excludentes, busca-se no sistema de justiça criminal a solução para todos os males e todos os comportamentos ditos como desviantes de sujeitos específicos, retirando da justiça penal a essencial justiça para reforçar somente seu caráter penalizante. Como salienta Rodrigues (2017b):

Certo é que não houve no último regime autoritário brasileiro, nem há hoje, partidos ou políticos de expressão nacional, ou mesmo intelectuais, que defendam, abertamente, uma política criminal excludente e sectária, como houve no tempo de Oliveira Vianna e do Estado Novo. Neste sentido, não temos “um regime político autoritário, nem importantes correntes de pensamento cujos fins declarados permitam caracterizá-las como ideologias políticas autoritárias”, o que não significa inexistir, por aqui, um autoritarismo que “se expressa dramaticamente no sistema penal”. Articulado, em perfeição, com este ramo do direito, o autoritarismo se expressa nas leis penais, nas decisões judiciais, nas políticas e práticas punitivas, bem como no discurso sobre a coisa penal. Por outro lado, as liberdades que sobrevieram ao regime autoritário não foram capazes de produzirem um sistema penal democrático, atento aos direitos humanos e respeitador de suas dignidades.

Nesse sentido, Juliana Borges (2019, p. 28) aponta que: “Nosso pensamento é condicionado a pensar as prisões como algo inevitável para quaisquer transgressões convencionadas socialmente. Portanto, a punição já foi naturalizada no imaginário social”. Contudo, se ignora o fato de que as condutas criminalizadas são definidas socialmente, não a partir da conduta em si mesma, mas, a partir do sujeito criminalizado.

Dessa forma, diferentemente do que ocorria, por exemplo, no regime nazista, ele é exercido a partir de bases próprias e sutis. No Brasil, ainda a legalidade democrática advinda da Constituição não superou a legalidade autoritária, de modo que ela segue “renitente, a resistir, sobreviver e atuar”, que por sua vez, formatou um conjunto de intolerâncias, opressões e exclusões, para os

quais o “mecanismo dileto para extravasar é o aparato repressivo” (RODRIGUES, 2017b). Para Chauí, são características de uma sociedade autoritária:

- Estruturada pela matriz senhorial da colônia, disso decorre a maneira exemplar em que faz operar o princípio liberal da igualdade formal dos indivíduos perante a lei, pois no liberalismo vigora a ideia de que alguns são mais iguais do que outros. As divisões sociais são naturalizadas em desigualdades postas como inferioridade natural (no caso das mulheres, dos trabalhadores, dos negros, índios, imigrantes, migrantes e idosos) e as diferenças, também naturalizadas, tendem a aparecer ora como desvios da norma (no caso das diferenças étnicas e de gênero), ora como perversão ou monstruosidade (no caso dos homossexuais, por exemplo). Essa naturalização, que esvazia a gênese histórica da desigualdade e da diferença, permite a naturalização de todas as formas visíveis e invisíveis de violência, pois estas não são percebidas como tais.
- Estruturada a partir das relações privadas, fundadas no mando e obediência e nas relações de favor e tutela, disso decorre a recusa tácita (e às vezes explícita) de operar com os direitos civis e a dificuldade para lutar por direitos substantivos e, portanto, contra formas de opressão social e econômica: para os grandes, a lei é privilégio; para as camadas populares, repressão. Por esse motivo, as leis são necessariamente abstratas e aparecem como inócuas, inúteis ou incompreensíveis, feitas para serem transgredidas e não para serem cumpridas nem, muito menos, transformadas (CHAUÍ, 2013, p. 201).

Em razão disso, ao tratar da formação socioespacial brasileira e sua relação com a democracia e os argumentos legitimadores da expansão punitiva, Cruz (2021, p. 530) aponta que o sistema de justiça constitui um dos principais pilares do punitivismo à brasileira, de modo que a partir dele é possível “articular, tanto as instituições que o compõe com as legislações criminais, o exercício do poder de polícia, os instrumentos, narrativas e moralidades que o alimentam como principal forma de solução de conflitos na atualidade”, sistema que “se constituiu e se mantém como práticas de amizade, compadrio e nepotismo

que garantiram ((e garantem) privilégios que se naturalizam como mérito, talento e distinção”.

E assim, o sistema de justiça penal se constitui enquanto “instituição constituidora de um aparato sistêmico para reproduzir e garantir a manutenção de desigualdades sustentadas em hierarquias raciais” (BORGES, 2019, p. 56). Reconhecer esses pressupostos da estrutura social é necessário para a não perpetuação do autoritarismo que obsta a efetividade dos direitos e do fortalecimento democrático.

4. ENCARCERAMENTO EM MASSA NA AMÉRICA LATINA

Para Vera Andrade (2010, p. 255), a expansão do sistema penal e, consequentemente, do encarceramento é um “inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e na Europa), globalizando-se por uma espetacular operação de marketing ideológico” em que “a partir das transformações vivenciadas pelo fenômeno da globalização, especialmente a dualidade entre “Mercado onipresente e excludente x Estado soberano, político e socialmente ausente, mas amalgamados por uma cultura individualista radicalizada”.

Desse modo, apontou a quarta edição da *World Pre-trial/Remand Imprisonment List* (WPB, 2021) para a existência de uma população carcerária de quase três milhões de pessoas no mundo, além dos estimados 200.000 na China e dos oito países cuja informação não era disponível.

Somente nas Américas, o aumento entre 2000 e 2020 foi de 71%, onde 14 países têm taxas de aprisionamento de 140 por 100.000 habitantes. No Brasil, Paraguai e Venezuela o número mais que triplicou, enquanto na Argentina, Bolívia, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Peru e alguns países com menor número populacional duplicaram seus números.

1	Brazil	759.518
2	Argentina	103.209
3	Colombia	97.620
4	Peru	96.440
5	Venezuela	57.096
6	Equador	39.251
7	Chile	38.847
8	Bolivia	19.161

9	Paraguay	16.804
10	Uruguay	11.755
11	Guayana	1.884
12	Suriname	1.000
13	French Guiana / French (Guyana)	603

Fonte: WPB, 2021.

Contudo, o aumento expressivo de pessoas encarceradas nessa região não refletiu na diminuição dos índices de crimes violentos nas cidades latino-americanas, fazendo com que parte da população acredite e exija medidas cada vez mais rígidas, ainda que não existam provas de que o aumento das taxas de encarceramento diminua as taxas de criminalidade.

No mesmo ritmo que nos tornamos “a terceira maior população carcerária do mundo”, “continuamos recordistas em homicídios. Na contramão, países como Holanda e Suécia, que investiram em formas alternativas e na reabilitação, têm apresentado resultados bem melhores” (SCHWARCZ, 2019, p. 244). Nesse sentido:

Fatores de ordem histórica podem ajudar a explicar os índices de violência existentes no Brasil. Um disseminado sistema escravocrata como o nosso só foi sustentado a partir da manutenção de uma verdadeira maquinaria repressora, administrada pelos próprios senhores de terra e contando com a conivência do Estado. Dessa maneira, se a história não dá conta de responder pelos dados do presente, denuncia, porém, padrões de continuidade. E, a despeito de a violência epidêmica praticada no país não ser um problema recente, ela também não pode ser explicada com base numa única circunstância. Uma reversão de expectativas na área da saúde, bem como a escalada da violência que criou um ambiente de ceticismo com relação à segurança pública, formou o terreno propício para que se sementes saídas urgentes e mais radicais (SCHWARCZ, 2019, p. 144).

O que se percebe, no entanto, é a sofisticação dos meios punitivos de resolução de conflitos utilizados desde a promulgação da Constituição de 1988, expresso pelo discurso de Estado Policial-Penal (CRUZ, 2021, p. 537) e materializado por meio dos milhares de homens e mulheres que vivem parte de suas vidas e por

vezes morrem nos insalubres estabelecimentos penais.

E em razão desse espírito pós-redemocratização, se tem a expansão do direito penal por meio de “uma frenética produção legislativa que ampliou os tipos penas, buscou incremento das penas para tipos já existentes, além de criminalizar novas condutas” (RODRIGUES, 2017b, p. 226).

Para Pastana (2009, p.124), o sistema penal caminha para um direito penal simbólico e ilusório, menos para a consolidação democrática e muito mais para a “atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal, entre outras medidas”. Assim, o sistema opera por meio do “excesso de ordem”, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade.

Nesse contexto, observa-se estreita a relação mantida entre colonialidade, autoritarismo e encarceramento na América Latina, de forma que tal concepção não é rompida mesmo com planos de governo mais progressistas. O destino da política criminal e de segurança, se mantém mesmo na ausência de regimes militares ou ditatoriais, na tendência ao “aprofundamento de uma militarização da segurança pública acompanhada de uma inflação de um direito penal de emergência e políticas de recrudescimento penal”, reforçando a não “ruptura paradigmática de modelos de controle penal desde a margem e com o hibridismo entre autoritarismo, disciplina e pura neutralização que compõe o sistema penal latino-americano desde sua gênese” (DAL SANTO, 2020, p. 22).

Isto é, embora o contexto sócio-histórico e econômico tenha se transformado bem como os mecanismos de opressão tem-se que instrumentos autoritários permanecem conservados, sendo o encarceramento um destes mecanismos. Ruptura que não foi possível através da reabertura democrática brasileira, por exemplo, tendo em vista que esta foi “fruto de lutas populares, mas também de acordos entre as elites que mantém em grande medida as estruturas ético-políticas que atravessam nossa história desde a colonização” (CRUZ, 2021, p. 529).

Logo, é possível defender que, no caso desses regimes militares que surgiram na América Latina, ocorreu uma transição do Estado de Direito para o Estado policial. Isto é,

os governos foram de Estados que respeitavam o Direito posto e os direitos fundamentais dos cidadãos para Estados que eram baseados na vigilância constante e repressão ostensiva contra dissidentes. Repressão que estava substancialmente relacionada a ameaças ao poder dos militares, e não a possíveis riscos para a ordem social e se caracterizavam, fundamentalmente, por ações agressivas contra opositores do governo e negação de direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade e segurança.

Nesse cenário, de grandes violações de direitos, tais como cassações e perseguições políticas, sequestros, prisões injustas, a tortura de opositores e de pessoas que supostamente ameaçavam o governo era tida como uma estratégia de inteligência e segurança, já que era utilizada para descobrir possíveis planos ou grupos contra o governo. Para ilustrar esse contexto de ditadura que está sendo abordado, cita-se o exemplo do Uruguai:

O cerceamento da vida democrática no Uruguai iniciou-se, ainda, ao longo do governo civil do Colorado Pacheco Areco, em 1968, e acabou por completar-se cinco anos depois na Presidência de Juan Maria Borbaderri. *Diferentemente do caso chileno, o principal recurso para atemorizar a oposição não foi a eliminação física, mas o encarceramento massivo e o sequestro realizado por membros das Forças Armadas*, gerando o que Enrique Padrós (2000, p. 59) denomina por “pedagogia do medo”. Segundo Rouquié, ao longo do regime de Doutrina de Segurança Nacional no Uruguai foram feitos cerca de cinco mil prisioneiros políticos, quinze mil cidadãos perderam seus direitos, cerca de sessenta mil pessoas passaram pelas prisões. Desse total, apenas dois por cento não foi submetida à tortura (ROUQUIÉ, 1984 *apud* SOUZA MENDES, 2013, p.10).

E é nesse cenário que o punitivismo se concretiza enquanto elemento constituinte das práticas institucionais (CRUZ, 2021). Desse modo, durante os regimes autoritários, é firmada a tradição pela qual as instituições da administração pública são instrumentalizadas para selecionar e reprimir os indesejados sociais. Mesmo após o retorno da democracia, ela manteve-se, pois são frequentes casos de abuso da força ou abuso de autoridade durante as atividades, principalmente, da

polícia e do Judiciário, os quais internalizaram e naturalizaram padrões de comportamento autoritários. Contudo,

Vez e sempre, nos referimos aos porões da ditadura militar como expressão máxima do autoritarismo e do arbítrio. Mortes, desaparecimentos forçados, torturas, estupros... foram comezinhos. O tempo passou, o regime, em tese, mudou e não percebemos a sutileza das transformações: aquilo que chamávamos de “porão” se constitui, hoje, como “sistema penal subterrâneo”. Aquele regime nos serviu de modelagem e, aprimorado, “a ideologia do extermínio é, hoje, muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura”, restando-nos inarredável o reconhecimento de que “a democracia que ajudamos a construir tortura e mata muito mais do que o ciclo militar” (RODRIGUES, 2017b, p. 226).

Com isso, percebe-se que a política criminal contemporânea se expressa por um discurso democrático, mas age pelo autoritarismo, suprimindo ao máximo os direitos e as garantias constitucionalmente tutelados, sendo, portanto, o sistema de justiça um dos instrumentos de maior resistência à efetiva transição democrática (PASTANA, 2009). Para Serrano:

Se constata que, no século XXI, os mecanismos autoritários adotados pelo poder político inauguram uma lógica própria, se comparada ao autoritarismo estatal presente nas ditaduras e Estados totalitários do século XX, operando a coexistência de duas formas de Estado, que convivem simultaneamente em determinada sociedade: um Estado democrático de Direito, que se realiza formalmente na Constituição e está acessível apenas a uma parcela da sociedade – aquela economicamente incluída –, e um Estado de exceção, que não se assume juridicamente como tal, mas que é adotado como técnica de governo, a que também podemos chamar de governança permanente de exceção (SERRANO, 2020, p. 124).

Com efeito, “as experiências autoritárias e democráticas se sobrepuseram e findaram por constituir um todo indistinto, uma cultura política e uma forma de controle que tanto serve aos regimes autoritários quanto a democracia”, justificado por um “maneirismo negocial que impede rupturas com o passado e conduz o

autoritarismo ao futuro”, havendo a convivência dos instrumentos autoritários com um regime democrático (RODRIGUES, 2017a).

Isto é, “no século XXI, o estado de exceção muda de natureza” (SERRANO, 2020, p. 200), não se faz mais necessário que haja a interrupção do Estado democrático para a instauração de um Estado de exceção, visto que as ferramentas autoritárias passam a existir e conviver dentro da rotina democrática, como uma técnica de governo, ou governança permanente de exceção:

Trata-se de uma forma aperfeiçoada de autoritarismo, que atinge grupos ou pessoas segundo os interesses de quem o pratica, além de ser mais flexível no plano político, convivendo com institutos e medidas democráticas [...] nesse paradigma de autoritarismo líquido, a convivência entre estruturas autoritárias e democráticas em um mesmo sistema, ambas tendo caráter estrutural, gera uma complexidade que torna o fenômeno de difícil percepção. Isso porque não se trata de mera disfunção de um Estado democrático em pleno funcionamento, o que seria natural. É, na verdade, como alude Ferrajoli, uma patologia instalada, capaz de obter uma eficácia autoritária sem o ônus de um governo declaradamente autoritário (SERRANO, 2020, p. 200).

Nesse sentido, Serrano (2020, p. 124) chama de autoritarismo líquido essa “natureza das medidas de exceção dentro das rotinas democráticas, por se tratar de medidas fragmentadas, cirúrgicas, acionadas sob uma pseudo aparência de legalidade, o que torna sua identificação mais difícil”, salientando ainda para o cenário latino-americano, onde há a utilização da jurisdição como mecanismo legitimador e de agenciamento do autoritarismo estatal.

Assim, as próprias instituições democráticas constituídas, atuam mediante a sobreposição de limites impostos pela ordem jurídica, rompendo com a própria premissa de um estado democrático de direito. Esse contexto em que os princípios e as garantias tanto constitucionais como processuais não são respeitados resultam em ferramentas claramente necropolíticas, dentre as quais estão o encarceramento massivo de grupos étnicos e sociais minoritários, instrumentos violadores que não encerram os problemas estruturais da sociedade. Ao analisar o Brasil, Schwarcz defende que:

O crescimento da criminalidade, letal ou não, tem gerado o aumento da sensação de impunidade entre os brasileiros que vivem nas cidades. Também explica, em parte, a guinada autoritária que o país vem conhecendo nestes últimos anos. Para acabar com a violência, os eleitores exigem medidas igualmente violentas. No entanto, e como vimos, se as saídas mais imediatistas e performáticas têm a capacidade de acalmar momentaneamente a população, elas não dão conta de enfrentar os desafios, de fato sistêmicos e estruturais, que envolvem a cotidiana realidade da violência: a desigualdade social, a formação educacional deficiente, a crise econômica, a recessão, a corrupção, o desemprego e também a ineficiência policial, bem como os problemas apresentados em programas estaduais de redução de criminalidade, que vêm perdendo em números absolutos de investimento (SCHWARCZ, 2019, p. 147).

Nesse contexto, salienta-se a fala de Silvio de Almeida (2020, p. 55), para o qual “os diferentes processos de formação nacional dos Estados contemporâneos não foram produzidos apenas pelo acaso, mas por projetos políticos”, o que determina os marcadores sociais como imprescindíveis das análises sobre o sistema de justiça criminal e o encarceramento. De forma que, “cada sociedade possui uma trajetória singular que dará ao econômico, ao político e ao jurídicos particularidades que só podem ser apreendidas quando observadas as respectivas experiências históricas (formação social) – (ALMEIDA, 2020, p. 50).

Esse é o motivo pelo qual, Lélia Gonzalez (2020, pp. 46-47) defende que “um dos mecanismos mais cruéis da situação do negro brasileiro na força de trabalho se concretiza na sistemática perseguição, opressão e violência policiais contra ele” de modo que, não por acaso, a população carcerária brasileira, é constituída majoritariamente (63,6%) de pessoas pretas ou pardas, os quais são objeto de perseguição policial sistemática. E assim, “quanto mais liberdade se concede aos negócios, mais cárceres precisam ser construídos para aqueles que padecem com os negócios” (GALEANO, 2019, p. 17).

Para Cruz (2021, p. 530), “por esses e outros importantes elementos de nossa história, quando analisamos o punitivismo à brasileira, não podemos esquecer dos 400 anos de escravização e do poder das elites proprietárias de terra nas principais instituições da justiça;

dos ideários eugênicos que em inícios do século XX promoveram políticas públicas em diversos campos da administração estatal, incluindo práticas jurídicas e médicas que impactaram muito na organização espacial das cidades”, bem como “a promoção de transformações fundamentais no espaço urbano brasileiro que determinaram importantes estruturas socioespaciais que hoje são fundantes nos discursos *contra o crime e a favor da segurança*”.

Tal perspectiva demonstra que o mero investimento em políticas sociais deslocadas de fatores disruptivos eficazes com a estrutura social baseada na discriminação e desigualdade, não são suficientes para deter o exponencial crescimento no número de pessoas encarceradas.

Desse modo, percebe-se que o encarceramento massivo de grupos minoritários na América Latina é produto de inúmeras causas de ordem social, econômica, política e cultural, entre elas, a perpetuação de uma ideologia de autoritarismo que não foi superada pelo fim dos regimes ditatoriais e que, presente nas estruturas sociais e instituições democráticas, restam por fomentar um sistema de justiça criminal discriminatório e perpetrador de injustiças.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo verificou-se que a fragmentação do Estado resultante do processo de redemocratização, aliados aos fatores econômicos, sociais e políticos que se abateram sobre os países latino-americanos, são pontos essenciais para o entendimento da violência nessa região.

Constatou-se ao longo do texto, que o processo de redemocratização na América

Latina não se configurou uma ruptura com o autoritarismo explicitado pelos regimes ditatoriais, pois, na verdade, o que ocorreu foi uma série de negociações com os membros dos regimes a fim de possibilitar o retorno formal à democracia.

Como consequência desse fato, aconteceu a absolvição daqueles que cometeram ou participaram de crimes políticos, eleitorais ou crimes de motivação política. Sabendo desse contexto, é possível ver que esse processo de transição fecundou uma “cultura de impunidade”, isto é, a ideia de que alguns grupos da sociedade podem infringir a lei sem ser penalizados, o que prevalece nas gerações que os seguiram.

Nesse sentido, o Direito penal, cada vez mais, abandona o caráter preventivo de práticas tipificadas para assumir uma postura repressiva baseada, sobretudo, na aplicação de sanções. Além disso, percebe-se a gradativa expansão do seu campo de incidência, algo que contraria diretamente o Princípio da Interferência Mínima.

Portanto, é possível compreender que, hodiernamente, muitos limites criados a fim de evitar excessos do governo em relação aos cidadãos estão sendo sobrepostos, e isso ameaça diretamente os direitos fundamentais e fomentam o encarceramento.

Em suma, o que se percebe é a prevalência de estruturas autoritárias e excludentes mesmo com o esgotamento dos regimes ditatoriais nessa região, aspectos que atuam diretamente na consolidação de um sistema de justiça criminal discriminatório e seletivo que tem promovido o encarceramento massivo de grupos minoritários.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al (org.). *História das Prisões no Brasil*. São Paulo: Rocco, 2009.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 213-215, jan./jun. 2005.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3, 4ª ed. p. 95, mar./abr. 2009.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. São Paulo: Jandaíra, 2019.
- CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CHASTEEN, John Charles. *América Latina: uma história de sangue e fogo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campos, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- CRUZ, Miguel. State and criminal violence in Latin America. *Crime, Law and Social Change*, v. 66, n. 4, pp. 345-396, 2016.
- CRUZ, Monique de Carvalho. As particularidades fundantes do punitivismo à brasileira. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, pp. 524-547, 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8ª ed. Salvador. JusPODIVM, 2020.
- DAL SANTO, Luiz Phelipe. Reconsiderando a tese da penalidade neoliberal: inclusão social e encarceramento em massa no Brasil. *Rev. Faculdade de Direito*, v. 44, 2020.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2019.
- GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- GROTTI, Vyctor Hugo Guaita; BORDIN, Marcelo. O sistema de justiça criminal e o pensamento criminológico: mudanças paradigmáticas e a seletividade. *Revista da Escola Superior da Polícia Civil*, Curitiba, 2021.
- LEME, Luana Aristimunho Vargas. *Mulheres traficantes: aos olhos ou aos ouvidos da lei? A criminalização como legado da colonização Latino-americana*. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) – Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2020.
- LESSING, Benjamin. Conceptualizing Criminal Governance. *Perspectives on Politics*, v. 19, n. 3, pp. 854-873, 2020.
- MARTINS, Carla Benitez. Permanências estruturais e ausência de rupturas na política criminal e de segurança nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, pp. 548-579, 2021.
- MARTINS, Carlos Eduardo. *Globalização, dependência e neoliberalismo na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MCCHESENEY, Robert. W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas?: neoliberalismo e ordem global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- NIVETTE, Amy. Legitimacy and crime: theorizing the role of the state in cross-national criminological theory. *Theoretical Criminology*, v. 18, n. 1, pp. 93-111, 2014.
- O'DONNELL, Guillermo. Acerca del estado em america latina contemporánea. In: *La democracia en America Latina – hacia una democracia de ciudadanas e ciudadanos*:

- contribuições para el debate*. Buenos Aires: Altea, 2004. pp. 149-192.
- PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 17, n. 32, pp. 121-18, fev. 2009.
- RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 129, pp. 249-73, 2017a.
- RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. *Permanência autoritária no regime democrático brasileiro: uma análise sobre como as teorias da transição e dos direitos humanos e seus instrumentos foram condicionados e enfrentaram o autoritarismo*. 250f. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, 2017b.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo Líquido e as Novas Modalidade de Prática de Exceção no Século XXI. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 1, pp. 197-223, jan./jun., 2020.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SOUZA-MENDES, Ricardo Antonio. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, vol. 5, núm. 10, jul./dez., 2013, p. 10.
- VANEGAS, Héctor Gabriel Fernández. Repensando el principio de legalidad penal: sociedad de riesgo, crisis y relativización. *Revista de la Facultad de Derecho*, 108ª ed., n. 50, p. 5, jan. 2021.
- VILLACA, Mariana Martins. A redemocratização na América Latina. Associação Nacional de Pesquisadores e Professores de História das Américas. Disponível em: <http://anphlac.fflch.usp.br>. Acesso: 20 out. 2021.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WPB – World Prison Brief. *World Pre-trial Remand Imprisonment List*. 4ª ed. Birbeck: Institute for Crime and Justice Policy Research, 2020. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_pre-trial_list_4th_edn_final.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

KASHMIR'S RIGHT TO SELF DETERMINATION, UNSC RESOLUTIONS AND CULPABILITY UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

.....

Zia Akhtar

Bachelor of Laws (London); Master of Laws (London); Member of Gray's Inn.

ABSTRACT

In the Valley of Kashmir there is a conflict that has broad ramifications for international human rights law and it has involved the Indian armed forces occupation of the state and then its annexation by India. The origins of the dispute began when the Maharaja conducted the Instrument of Accession in 1947 and the principality became incorporated with in India. The legality of this act was disputed by the UN Security Council which decreed that there should be a plebiscite in the territory to determine the will of the population. There have issues that concern international human rights law and these are (i) whether the UNSC resolutions have binding effect? (ii) Are rights of the inhabitants of successor states to colonial powers governed by international law that prescribes the right of self determination? (iii) Are States bound to observe the International Convention of Civil and Political Rights that has the force of customary law? The presence of Border Security forces and Central Reserve force which operate under the Armed Forces (Special Powers) Act (AFSPA) 1958 provides immunity to the Indian military personnel from judicial redress. Their abuses have been catalogued in the UN Human Rights Council's report in 2018 and 2019. The argument of this paper is that the resolutions on Kashmir are mandatory; that India has acted as an imperial state and that it is bound by international law; and that there should be rigorous application of international humanitarian law and war crimes tribunals constituted to try officials on the precedent of Non International Conflicts.

Keywords

Instrument of Accession, Article 370, Chapter VI, International Covenant on Civil and Political Rights; AFSPA, Public Safety Act; OHCHR Report 2018; International Humanitarian Law (IHC); Non International Conflict (NIC).

1. INTRODUCTION

The Kashmir dispute relates to the land and its long suffering people and it is considered one of the gravest human rights crises in the world. This has a history that goes back to the independence of India and Pakistan as two separate nation states in 1947 and is a bone of contention between them. The inhabitants of Kashmir have been denied a referendum under the UN Security Council auspices and their resentment has led to suppression by the Indian military acting with immunity under special powers.¹ This has escalated ever since the Indian government revoked Article 370 on 8 August 2019, which protected Kashmir's status in India's constitution, and imposed direct rule from New Delhi. The severe human rights violations include collective punishments, curfews, extra judicial killings and disappearances at the hands of Indian security forces. It requires an examination of the legal background, the issues involved, and the application of international human rights law in this asymmetrical conflict that needs world attention as a Non international Conflict governed by humanitarian law.

The British colonial administration under the Indian Independence Act (IIA) 1947 relinquished sovereignty over the Indian subcontinent. The Last Viceroy of British India,

Lord Mountbatten allowed dispensation to the 562 Princely States to accede to any one of the two dominions of India or Pakistan.² However, the British government's representative formulated two pre-conditions that had to be met which were, firstly, the requirement that the State to be contiguous, and, secondly, the general aspirations of the people had to be accounted for.³

The overwhelming Muslim population of Jammu and Kashmir (J&K) had wished to be aligned with Pakistan but the princely ruler wanted to accede to India and he dismissed his Prime Minister Ranchandra Kak, on 11 August 1947 who had wanted a referendum.⁴ The Maharaja then signed the Instrument of Accession with India upon which the Indian government provided the military guarantee for the unilateral declaration by the Maharaja when its armed forces landed on 24 October 1947 in the capital of Srinagar. It was ostensibly to prevent the Pakistani forces who had infiltrated to lay claim to the state against the Kashmir state authorities. The Indian government invoked Section 10(1) of the IIA for its incorporation which states *"the provisions of this Act keeping in force provisions of the Government of India Act, 1935, shall not continue in force the provisions of that Act relating to appointments to the civil services of, and civil posts under, the Crown in India by the Secretary of State, or the provisions of that Act relating to the reservation of posts"*.⁵

The intervention by Pakistan's sympathisers secured a rump state of Pakistani (Azad) Kashmir and it has become an autonomous region within the nation state of Pakistan. The UN Security Council adopted a resolution for a plebiscite to be conducted in the whole territory to objectively verify its future course as a state.⁶ The separation of Kashmir has remained and it includes 66 % of its designated area in India and the rest is in Pakistan with a border which is divided by a line of control (LOC).

In 2019 the Indian government annexed Kashmir and imposed a human lockdown and closed all communication with the outside world. It arrested the political leaders, disbanding the local parties and dissolved its national assembly. This form of censorship and news blackout continued for over one year and has only been partially lifted.⁷ The policy of the Indian government under Prime Minister Narendra Modi, a fervent nationalist

of the Bharatiya Janata Party (BNP), has been to implement extra constitutional measures that has usurped the status of Kashmir and led to two variables. Firstly, it is against the letter and spirit of the UN Security Council Resolutions for a plebiscite to determine its permanent status. Secondly, it has broken the Simla Agreement which was the first bilateral accord between the two countries on Kashmir by annexing the state without consultation with Pakistan. It states in Article 4 (ii) *"In Jammu and Kashmir, the line of control resulting from the cease-fire of December 17, 1971 shall be respected by both sides without prejudice to the recognized position of either side. Neither side shall seek to alter it unilaterally, irrespective of mutual differences and legal interpretations"*.⁸

However, the human rights dimension of the conflict has caused the most concern because of the immunity with which the Indian forces have carried out their operations. The Armed Forces (Special Powers) Act (AFSPA) 1958 provides the umbrella of immunity to military personnel in Kashmir and has been effective for the longest period than on any other state.⁹ This has led to the commission of atrocities and the first Human Rights Council report in 2018 was very damning of the Indian government's actions in Kashmir and stated that the *"allegations of human rights violations include torture and custodial deaths, rape, enforced disappearances and extrajudicial executions"*.¹⁰ The subsequent report also mentioned the *"extrajudicial, summary or arbitrary executions especially since the 2016 unrest began"*.¹¹ Despite this the Indian government revoked Kashmir's autonomous status and incorporated it within the Indian union after further sub dividing the state into two territories.¹² There was no acknowledgment of its alleged actions in the territory and it has refused UN Secretary General Antonio Guterres's offer of mediation.¹³

The breach of human rights is not only related to the measures the armed forces and the security services have taken against the civilian population but now also concerns the suppression of the political parties after the annexation of Kashmir by India. The Indian Parliament (Lok Sabha has passed the law by providing land grants which have removed all obstacles to non Kashmiris purchasing land in Kashmir.¹⁴ The Indian government has enacted legislation that threatens to permanently change

the demographic balance of the population. The Jammu and Kashmir Property Rights to Slum Dwellers Act 2012, as amended in 2020, deletes references to "permanent residents", facilitating the process for this category of migrants to attain property rights, which would allow them to apply for residency. This would lead to marginalisation of the original inhabitants who have resided since time immemorial on this territory, and along with the defunct status of Kashmir's political parties makes it a unique crisis.

This paper has 4 parts which can be navigated as follows. In Section A the issue of the legality of the Instrument of Accession to India of Kashmir in 1947 is considered against the Security Council resolutions that have called for both India and Pakistan to conduct a plebiscite; Section B examines the application of *uti possidetis* and the right of self determination under the international conventions and UN Declarations; Section C will refer to the human rights violations that are the consequence of immunity of the armed forces with reference to the Human Rights Council reports that have been corroborated by Non Governmental Organisations (NGO)s ; and Section D considers India's refusal to be bound by Additional Protocol (AP) I and II of the Geneva Convention and the possibility of trying its officials who are responsible for war crimes under the auspices of international humanitarian law that relates to Non-International Conflict (NIC). The novelty of this analysis is that it makes a correlation between the international law principles and the precedence of international courts to set out the liability of the party that has infringed its principles.

2. LEGAL ORIGINS OF THE DISPUTE

i) Device of incorporation

The status of Jammu and Kashmir (J&K) under the British rule was to provide it with special autonomy throughout the duration of the Raj. The land and title were purchased by Gulab Singh from the East India Company in 1846 and he became the Maharaja under the auspices of the British Government (East India Company) under the Treaty of Amritsar. This is accepted as the 'Kashmir Sale Deed' signed on 16 March 1846¹⁵ which conveyed the title in succession to the Maharaja, Sir Hari Singh, who inherited

the seat as part of the House of Dogra when he ascended to power on August 15, 1947.¹⁶

The contentious issue in this dispute is the execution of the Instrument of Accession in favour of India that was the dispensation that the Last Viceroy of British India, Lord Mountbatten gave to the Princely States. This was after the Indian Independence Act (IIA) 1947 was promulgated by the UK Parliament that relinquished British sovereignty over the Indian subcontinent. Article 1 of the IIA partitioned British India into the two states of India and Pakistan, and Article 7 made provision for the devolution of 'His Majesty' powers over the 562 Indian Princely States and conveyed them to the new states on 15 August 1947. Subsequently, all treaties and agreements that were enforced before the enactment of this Act between rulers of the States and His Majesty's government lapsed.

The British gave the Princely States the choice to accede to any one of the two dominions of India or Pakistan.¹⁷ However, there were two pre-conditions which were, firstly, the requirement of the contiguity of the State to the new nation states and, secondly, the aspirations of the people.¹⁸ The overwhelming Muslim population of J&K wanted to be aligned with Pakistan and the act of its royal potentate to dismiss his Prime Minister, Ranchandra Kak,, on 11 August 1947, who favoured Kashmir's accession to Pakistan is an indication that the Maharaja wanted to align with India.¹⁹

The Instrument of Accession that declared Kashmir as a state within the Indian union was executed when the Maharaja signed the proclamation on 27 October 1947. The title deeds were not registered in the UN Secretariat which is required under the law of treaties and furthermore they were not deposited at the UN headquarters in New York.²⁰ The Instrument protects against the illegal incorporation into another state and its terms affirm the sovereignty of Kashmir as a State.²¹ Article 7 states: "Nothing in this instrument shall be deemed to commit me (Maharaja) in any way to acceptance of any future constitution of India ..." Article 8 states : "Nothing in this Instrument affects the continuation of sovereignty in and over this state....."²²

The Instrument has served as a pretext for the de jure incorporation by India of the state of Kashmir. The Indian government granted Kashmir autonomy under Article 370

of its Constitution which permitted a state constitution that derogated powers of defence and foreign affairs to the central government in New Delhi. While this arrangement was meant to be a temporary provision the Article 370 became entrenched in the Indian constitutional framework.²³ This was complimented by Article 35 A which excluded Indian citizens from becoming the “state subjects” or citizens of Kashmir and also prohibited them from acquiring property in J&K.²⁴

ii) *Uti possidetis*

The territory of Kashmir has separated the people who share ethnicity, religion and language and are divided by a Line of Control (LOC) which is heavily militarised. The argument that Britain as a colonial power governed an undivided India that gives the right to ownership in secession of Kashmir is not sustainable. The concept of *Uti possidetis* is for the continuation of previous colonial boundaries and is against the disintegration of former colonised territories. It has been declared by the ICJ that the “essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved. Such territorial boundaries might be no more than delimitations between different administrative divisions or colonies all subject to the same sovereign”.²⁵

The application of *Uti possidetis* provides that as far as international law is concerned the independence of a former colonial territory freezes the colonial borders and is binding on a sovereign state after independence.²⁶ This is because the principle originated when the process of de colonialization began and the UN anticipated that when former colonies which were not ethnically homogenous became independent they were to include all the inhabitants of the colony unless they were separated by a barrier of ‘salt water’. The border governed by *Uti possidetis* can potentially be any type of internal territorial demarcation that has been established in domestic law prior to secession into an international one once secession has succeeded.²⁷ In the dispute over Kashmir two new states had come into existence with each claiming a right over the territory. The solution to the dispute has been unambiguously stated by the United Nations Security Council (UNSC) that there should be a plebiscite to allow the

inhabitants to determine their future according to their own aspirations.

However, the Indian government made no effort to organise the plebiscite that was mandated by the UNSC. It had predetermined that if such a referendum was held that the people of Kashmir would either vote for independence or for alignment with Pakistan with whom the people share cultural and family ties. This information has been corroborated by UN officials who were working on the project of demilitarisation and for conducting a referendum in the two parts of the disputed territory.

The United Nations Representative for India and Pakistan (UNRIP) Owen Dixon reported to the Security Council as follows:

In the end, I became persuaded that India's agreement would never be obtained to demilitarization in any such form, or to provisions governing the period of plebiscite, conducted in conditions sufficiently guarding against intimidation, and other form of abuse by which the freedom and fairness of the plebiscite might be endangered.²⁸

The Indian government proceeded to align the state with India by promulgating Article 370 in the Indian constitution of 1951 which created the scope for a political party system that accepted the status quo in Kashmir. The Presidential order of 1950, officially The Constitution (Application to Jammu and Kashmir) Order, 1950, came into force on 26 January 1950 contemporaneously with the Constitution of India. It specified the subjects and articles of the Indian Constitution that corresponded to the Instrument of Accession as required by the clause b(i) of the Article 370.²⁹ The largest party that emerged was the Jammu and Kashmir National Conference (JKNC) that accepted the patronage of India and deferred to the union government in matters of defence and foreign affairs. On 27 October 1950, the General Council of the National Conference adopted a resolution recommending the convening of a Constituent Assembly for the purpose of determining the ‘future shape and affiliations of the State of Jammu and Kashmir.’ The Constituent Assembly consisting of 75 members was elected in 1950 by a universal adult franchise and the constitution that was adopted declared the State of Jammu and Kashmir to be ‘an integral part of India.’ It may,

however, be noted that all the nominations filed by the opposition in the election were rejected.³⁰

Article 35 A preserved the territorial integrity by restricting the right of alienation of land to people who were not born or had residential status in Kashmir. This did not dissipate the issue of the aspirations of its population and their future inclination within the purview of international law. The UN Security Council considered this as usurping the will of the people by disparaging the Constituent Assembly where the JKNC *"might attempt to determine the future shape and affiliation of the entire state or any part thereof that would not constitute a disposition of the state in accordance with the above principle"*.³¹

However, the Indian government refused to conduct a plebiscite and empowered the constituent assembly to establish a legislative assembly by forming a mechanism for an electoral process.³² The result was that the Indian-controlled part of Kashmir had a government which was restricted by the powers granted under the Indian constitution. The Instrument of Accession led to the Indian sovereignty over most of Kashmir and it was a conveyance of land that transferred title to India by overriding the principle of *Uti possidetis*. The process of annexation of a non contiguous territory was accomplished by the use of judicial fiat rather than by conducting a plebiscite to determine its future status.

3. BINDING EFFECT OF RESOLUTIONS

i) Security Council seized of matter

The UN bodies had called for a ceasefire after the Indian - Pakistani skirmish post independence over Kashmir and the Security Council proposed a referendum in the territory to decide its future status. There have been a total of 6 UNSC resolutions calling for a plebiscite beginning in 5 January 1949(S11196) and ending on 24 JANUARY 1957 (S13779); and 21 February 1957 (S3793). The lack of implementation by the Indian government may be a breach of international law as it falls under the UN Charter that specifically mandates the areas over which the issue arose when the decisions are made to pass a resolution.

Under Chapter 1 'Purposes and Principles the member states of the UN are bound under

Section 2 (1) to respect the "sovereign equality of all its Members"; 2 (3) "All Members shall settle their disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice are not endangered" and 2 (5) "All Members shall give the UN every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action".

The framework of the UN has three important instruments the first of which is the Chapter V, on the 'Functions of the Security Council. Article 25 states "The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter". Chapter VI is on the 'Pacific Settlement of Disputes' and Chapter VII is on the 'Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression'. Article 39 states *"The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security"*.³³

The accession of Kashmir to India was raised in the UN after the de militarisation of the Indian and Pakistani forces when the UNSC called on both sides to conduct a plebiscite to allow Kashmir's people decide its future status. Resolution 48 reaffirmed the first resolution that had called for an armistice between the two countries and it stated as follows:

Noting with satisfaction that both India and Pakistan desire that the question of the accession of Jammu and Kashmir to India or Pakistan should be decided through the democratic method of a free and impartial plebiscite, Considering that the continuation of the dispute is likely to endanger international peace and security, Reaffirms its resolution 38 (1948) of 17 January 1948.³⁴

There was no protocol to state whether it was adopted under Chapter V or Chapter VI by the Security Council. However, during the period of the UNSC resolutions on Kashmir (1947-57) it was not the practice to *"mention the title of the chapter, whereas the majority of resolutions that were acted upon by the member states did not mention any reference to a chapter of*

the UN Charter". Instead, "it was the content and the substance of the resolution that would determine the nature of implementation. If one looks at the UNSC's practice in its first decade of existence, only a handful of resolutions mention the title of the chapter, whereas the majority of resolutions that were acted upon by the member states did not mention any reference to a chapter of the UN Charter". It is apparent that "there is no reference to either Chapter VI or Chapter VII in any of the 17 resolutions".³⁵

The International Court of Justice (ICJ) has established the basis to ascertain whether the Security Council intended the resolution to have legal effect. These factors are: "the language used in the resolution; prior reference establishing the importance of the subject matter through discussions, resolutions, or documents; and the binding charter provisions in the resolution". There is also the additional requirement of "international law, which includes reference to, or reliance of the resolution on, treaties, jus cogens norms, customary law, and other sources of international law".³⁶

The impact depends upon whether those resolutions can be interpreted as 'decisions' or those that are 'recommendations' and while the former are expressed in specific terms as giving rise to a remedy the latter has a persuasive effect only. The decisions are considered as binding by the ICJ. In *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, 'the Namibia case'³⁷ the Court had to respond to the question by the Security Council of the United Nations, "What are the legal consequences for States of the continued presence! of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?". The Court offered its advisory opinion that "there was a UNSC Resolution 276 that sought to terminate the mandate of South Africa in South West Africa[Namibia]".³⁸

The Court held that "[a] binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence ... there is an obligation, especially upon Members of the United Nations, to bring that situation to an end".³⁹

The determination was that South Africa's actions were illegal and that the Security Council resolutions were obligatory and that in taking

this into consideration the following factors were relevant:

"It has been contended that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter, which deals with the functions and powers of the Security Council".⁴⁰

However, the Court was at pains to point out that all UNSC resolutions have a mandatory effect and that Member States are bound to accept them to uphold the principles of international law.

The decisions made by the Security Council... were adopted in conformity with the purposes and principles of the Charter and in accordance with its Articles 24 and 25. The decisions are consequently binding on all [Member States] of the United Nations which are thus under obligation to accept and carry them out. Accordingly, Article 25 may apply to resolutions passed under Chapters VI, VII, VIII, and XII.⁴¹

The commentary on the case states that the "Court offered no explanation, the legal determination was presumably binding because it was included in a decision contained in SC Resolution 276. The causative effect is binding upon the states that apply the norm".⁴² It can be summed up that the binding or non-binding nature of a resolution (decision or recommendation) also covers determinations made therein; "a determination made in a recommendation is not binding, whereas a determination made in a decision is of mandatory effect".⁴³

This ruling was confirmed in the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Palestinian Territory*,⁴⁴ in which the General Assembly requested an Advisory Opinion on the construction of the Israeli wall based on the UNSC Resolutions 452, 465 and 446 on the following question: "What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the Report of the Secretary-

General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions ?”

The ICJ held that the resolutions had “binding effect and the actions of Israel had no legal validity in the process of constructing the wall”.⁴⁵ These Resolutions were adopted under Chapter VI which made them non enforceable because it is concerned with ‘Pacific Settlement of Disputes’ and not adopted under Chapter VII of the UN Charter which invites ‘Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression’.

However, a former Chief judge of the ICJ has stated that “resolutions under Chapter VI are not necessarily non-binding and resolutions passed under the auspices of Chapter VII are not always binding”.⁴⁶ This implies that the resolutions on Kashmir that have been passed under Chapter VI can still be binding and are enforceable despite the fact that they do not have mandatory implications such as action under Section 2 of the UN Charter.

In *USA v Nicaragua*⁴⁷ the ICJ ruled that in order to determine the relevant facts ‘in its quest for the truth, it may also take note of ... the resolutions adopted or discussed by [international] organizations, in so far as factually relevant’. This goes to the evidential value of the cases that should be interpreted to imply that factual basis of GA and SC resolutions and the decisions are not by themselves exhaustive for the Court”.⁴⁸

The Court takes an objective approach and Chapter V, Article 24 grants the Security Council permission to act on behalf of UN member states to maintain international peace and security through the powers available under Chapters VI, VII, VIII and XII.⁴⁹ The contextually based approach in interpreting the Article 25 in the background of Article 24 demonstrates that Security Council resolutions can also be binding under Chapter VI decisions. The Security Council decision[s] may bind all UN Member States, including ‘those members of the Security Council which voted against it and those Members of the United Nations who are not members of the Council’.⁵⁰ It has been observed by the ICJ as dependent on the “clarity of the determinations” made and not on whether they were issued under any Chapter of the UN framework.⁵¹

The final UNSC resolution on Kashmir no 122 adopted on 24 January 24, 1957 declared the outcome in J&K had to be in accordance with the will of the people expressed through a free and impartial plebiscite and that the “convening of a Constituent Assembly as recommended by the General Council of the ‘All Jammu and Kashmir National Conference’ and any action that assembly may have taken or might attempt to take to determine the future shape and affiliation of the entire State or any part thereof, or action by the parties concerned in support of any such action by the Assembly, would not constitute a disposition of the State in accordance with the above principle; 2. Decide to continue its consideration of the dispute.”

This states expressly that the assembly proposed by the Jammu and Kashmir National Conference could not constitute a solution to the problem as defined in United Nations Security Council Resolution 91 which had been adopted almost six years earlier. The resolution was also not presaged under any specific Chapter of the UN either the Chapter VI or VI and could suffice to validate and reaffirm the principles that were adopted in the first resolution in 1948. Therefore, the procedure under which it was adopted was not relevant but the substance of the resolution was significant.

ii) Legal impact of resolutions

The impact of a resolution does invite enforcement under Chapter VI and if ostensibly of persuasive effect does not preclude it from mandatory application. The UNSC Resolution 1325 on Women, Peace, and Security (Resolution 1325) passed unanimously on October 31, 2000⁵² states in its preamble the disproportionate impact of armed conflict on gender in vulnerable circumstances. It affirms the need for “effective institutional arrangements to guarantee their protection and full participation in the peace process [which] can significantly contribute to the maintenance and promotion of international peace and security”.⁵³

This was passed under Chapter VI which calls for a pacific solution in resolving conflicts. However, in order to determine the intent of a UNSC there are several factors that need to be assessed. Kwadwo Appiagyei-Atua contends that in order to determine the intent of the Security Council “the language used in the resolution, the discussions leading to it, and the Charter

provisions invoked. Article 25 includes a fourth factor by addressing the international laws, including the application of treaties, customary law and *jus cogens* norms".⁵⁴ The analogy can be extended to the UNSC resolutions on Kashmir which transcend the principles of both Chapter IV and Chapter VII in enforcing the mechanisms for a plebiscite. There is also the text because under Chapter VI the term 'resolution' is not used and UN practice emphasises a generic meaning of the word whether conveying a decision or a recommendation.⁵⁵

Appiagyei-Atua, argues that this Resolution 1325 imposes mandatory obligations on states in the international domain in an effort to promote and protect the rights and dignity of women and children during conflict. This he argues should have binding effect because it is objectively based on the three principles which are, firstly, the Resolution seeks to "ensure greater representation, participation, and involvement of women in peace-making processes, and to include a gender perspective in peacekeeping operations. Secondly, the Resolution calls for respect for humanitarian law with a special emphasis on ensuring better protection of women and girls, such as excluding impunity clauses, in order to better promote justice for female victims of conflict. The state must also take affirmative action to prevent third parties from abusing the rights of women and girls during armed conflict. Thirdly, it calls for the promotion of the rights of women and girls and their special needs during the process of repatriation, resettlement, reintegration, and reconstruction.⁷ Further, states have the duty not to interfere or act in any way that would compromise women and girls' enjoyment of fundamental rights".⁵⁶

Sir Michael Wood, a member of the International Law Commission accepts that in order to determine the binding or non-binding effect of a UNSC resolution there needs to be "an evaluation of its intent by reference to its travaux préparatoires, which does not diverge from a contextual, or an object and purposeful approach to interpretation".⁵⁷ The travaux préparatoires are found in the previous deliberations made in connection with the resolution prior to its formulation and passage. Its impact is that "a decision or a recommendation can change depending on context. Therefore, a rigid application of these distinctions leads to

confusion, as some decisions are non-binding and some recommendations have the force of law".⁵⁸

This analysis finds support in Professor Stefan Talmon's observation that UNSC practice and the common understanding of the UN membership in essence establishes "that 'threat to the peace' is a constantly evolving concept and from the 1990s, the understanding of what constitutes a 'threat to the peace' has broadened considerably from the narrow concept of absence of the use of armed force, to the wider concept of situations that may lead to the use of armed force".⁵⁹ This implies that the separation between Chapters VI and VII is not arbitrary and enables a broad based interpretation of Article 25 of the UN Charter as applied to resolutions created under non-enforcement measures.

There is also another basis for the application of UNSC resolutions passed notionally under Chapter VI, such as the Kashmir dispute, which is that they conform to a rule of international customary law and reflect the *opinio juris* of the General Assembly. There is a debate between those who recognise UN resolutions as constitutive of state practice or *opinio juris*,⁶⁰ and the ICJ has settled this issue in favour of the latter.⁶¹ The GA Res 2625 (XXV) in the Nicaragua case was adopted unanimously.⁶² The General Assembly resolutions even if they are not binding may sometimes have normative value and they can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. The evidence can be found in the ICJ rulings that have identified the General Assembly resolutions to be a step in the development of international law or encapsulating the rules of international law without specifying the content of these rules.⁶³

This principle can also be applied to Security Council resolutions adopted under Chapter VI that are considered to be non binding. In the *Nuclear Weapons Case*⁶⁴ the ICJ held that that the relevant resolutions "fall short of establishing the existence of an *opinio juris*", because "several of the resolutions under consideration in the present case have been adopted with substantial numbers of negative votes and abstentions".⁶⁵ There might still be an emerging "customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons", based on factors such as "the adoption each year by the General Assembly, by a large

majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653 (XVI)".⁶⁶

The Court noted that "a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule."⁶⁷ It emphasise the importance of the adoption "each year by the General Assembly resolutions calling for the use of nuclear weapons to be prohibited".⁶⁸ The significance of a series of resolutions is to create an *opinio juris* because of their persuasive affect that emanates from being adopted with greater frequency.⁶⁹ The ICJ has found repetition to be important because the voting and passing of resolutions could be interpreted as state practice.⁷⁰

The UNSC resolutions on Kashmir meet the test of regularity and each one of them have affirmed the principle in Security Council resolution 47 (1948) [The India-Pakistan Question]. They all invoke the clause that calls for an administration of a plebiscite that would determine the aspirations of the Kashmiri people and their future status. The UNSC Resolutions on Kashmir do not preclude their binding effect because the adoption of a resolution does not distinguish between the effect of a decision and a recommendation but is based on a 'determination' which even if made in a decision is of mandatory effect. The resolution that is to promote peace and which is to achieve a solution to end the conflict by a referendum is a determination and is therefore compulsory, and India which is a party to the dispute has breached international law by not establishing a mechanism for a plebiscite.

4. RIGHT TO SELF DETERMINATION UNDER INTERNATIONAL LAW

i) De colonialization and inalienable rights

Prior to the examination of the specific breaches of international human rights and humanitarian law by India in Kashmir it is necessary to consider the right of self determination recognised in the UN Charter. This principle is embodied in Article I of the Charter of the United Nations which states: "All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development".⁷¹

There are two UN declarations, in addition to the UN Charter itself which have dealt with the issue of decolonisation and self-determination and these are the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries 1960 and Friendly Relations Declaration 1970.⁷² The underlying principles of both these declarations is that self-determination leading to severance from the state is the final option and exercisable only within the decolonization context. The qualification for meeting the conditions for such a right is based on the notion that colonised peoples were living under imperial subservience and the colonial governments had exercised their dominion over centuries.⁷³ While these declarations emphasised the principle of territorial integrity of existing states they were the precursor to the movements for the self-determination where there was a transfer of power to a state that was *prima facie* decolonised.

The concept of self determination originates in de colonisation and is supported by the United Nations General Assembly Resolution 1514 that states:

All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they may freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.⁷⁴

The Instrument of Accession stemmed from a colonial dispensation and the Indian union became the new sovereign over the Princely state of Kashmir and exercised its power to incorporate it into the union by invoking Article 70. While there is no universal definition of statehood in international law⁷⁵ this can be inferred by various means, such as international commissions of inquiry, and facts, such as the actual manifestation of a people to assert their identity;⁷⁶ and (iii) while self-determination may take various forms, including continued association with an existing state, a strong preference is placed on the grant of statehood on the people in question.⁷⁷

The Indian union's possession of J&K has to be contextualised as a process of colonialism because when the State enacted its new Constitution in 1956 it affirmed its inclusion within the Indian Union (article 3). The object clause of this Constitution states the "pursuance of the accession of this State [J&K] to India ..., to further define the existing relationship of the

State with the Union of India as an integral part thereof". This implies that J&K was considered territorially a part of India, even if its legal integration on the other hand is still in pending. The essence of this clause is that the inclusion of Kashmir in the Indian union was by conveyance of the *Instrument of Accession*, and finally incorporation into the Indian Constitutional framework.

The international law principles can designate the minority groups as "peoples" who have the right to self-determination to provide the ability to freely determine their political fate and form their own representative government. Michael P. Scharf argues that *"Although no international treaty defines the term 'people' for the purposes of self-determination, it is generally accepted that this classification entails a subjective element, such as a common belief by members of the group that they share the same characteristics and beliefs and thus form a common unit, as well as an objective element, such as common racial background, culture, ethnicity, religion, language, and history"*.⁷⁸

Els Bogaerts argues that *"like many globally embracing terms, such as imperialism and post colonialism de colonialization was seldom restricted in application to a particular political activity or a neatly defined era. Moreover, as a binary activity decolonisation was interpreted to be both a calculated process of military engagement and diplomatic negotiation between the two contending parties colonial and non colonial"*.⁷⁹

The application of the right to self determination does not only apply to the former colonial countries but is also relevant to states that are heterogeneous and may have emanated from post colonialism. Wilson observes that the UN Charter does not refer to the right of self determination and "does not clarify 'who is self' which is a principle" that it seeks to protect. However, while its development into "a rule of law in international public law is indisputable" and the "foreign domination and alien form of governance" and oppression that "initially referred to colonialism" has now evolved to apply to contemporary forms of "alien governance and subjugation" which has been conveyed to present forms of "alien governance". The consequence is that the manner in which the UN Charter "creates the right of self determination" does not

form a binding norm but is an "expression of political principle".⁸⁰

The analogy applies to India because of the eminent domain power it used to annex Kashmir on 5 August 2019 and the fact that it has revoked Articles 370 and 35A which were the device used to give legal effect to the accession. This process annulled the territorial integrity of Kashmir and denied the people their rights by refusing to consider the aspirations of its people or to conduct a referendum. The demographic changes are likely to follow the voiding of Article 35 A that served to protect the native population from encroachment from non Kashmiri people on its soil. Section 3A of the Jammu and Kashmir Reorganization -Adaptation of State Laws Order 2020 enables Indian government to enact laws to reconfigure the demographic balance. Under this ordinance the J&K Civil Services (Decentralisation and Recruitment) Act 2020 has been enacted to settle non Kashmiri on Kashmir. Section 5(a) defines a domiciled person as the one who has resided for a period of 15 years in the union territory of Jammu and Kashmir or has studied for a period of seven years and appeared in class 10 or 12 examination in an educational institution located in the territory. This will result in the settlement of migrants from various parts of India that will lead to the alienation of the real estate and it will also undermine its cultural and traditional value system.

ii) International Covenants and right of secession

The principle of territorial integrity applies to an already sovereign state and it is of continuing effect even after it has gained independence from a colonial power. This is because of the guiding principle that a state must not disintegrate after it has attained independence from a colonial power. The International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR) 1966 and the International Covenant of Social, Economic and Cultural Rights 1966 have both stipulated the rights that can be construed as leading to self determination. The Covenants share an identical Article 1 that states as follows:

All peoples have the right to self determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, cultural and social development.

The issue is whether these covenants prescribe a legal right that overrides the territorial integrity of a state and if they grant a human right that can be interpreted as the exercise of self determination. It is documented that in the process of formulating the above Covenants some delegates opposed to the common Article 1 and argued that the "UN Charter referred to the principle of self determination but that was not to a right". The advocates of the right to self determination argued that "the right was essential for the enjoyment of human rights and should appear in the forefront of covenants".⁸¹

The Covenants were adopted by inclusion of the right to self determination. This was the most significant development which evolved from a political principle to a legal norm and it is associated with human rights. Self determination is the key right in ICCPR/ICESCR and the adoption provides it with an elevated place in the hierarchy of legal norms. The state of J&K has not been granted self determination and Kashmir remained a de facto part of India prior to annexation in 2019.

In *State Bank of India vs Santosh Gupta And Anr. Etc*⁸² the Supreme Court of India ruled that the state of Jammu and Kashmir had no "absolute sovereign power" on account of Article 370. The Supreme Court held that it has "no vestige" of sovereignty outside the Constitution of India and its own Constitution is subordinate to the Indian Constitution. The Court upheld the applicability of the union Securitisation and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest Act (SARFAESI) Act Sections 13 (1) and (4) to Jammu and Kashmir as it was under the Union list of subjects for which the Indian Parliament is empowered to enact laws for the whole of India, including Jammu and Kashmir.⁸³

Joshua Costellino traces the development of principles enshrined in the Resolution 1514 which connects "self determination to better standards of life and larger freedom". He points to the resolution's concept of self determination stating that "one of the important results of decolonisation is that it is a fundamental human right bringing it within the scope of the United Nations Declaration of Human Rights 1948".⁸⁴ The adoption of the ICCPR/ICESCR meant that this was a culmination of self determination emerging as a human right and underpinned the principle in the multi lateral treaties by

extending to not just "civil and political rights but facilitating passage to the economic, social and cultural rights".⁸⁵

There is another important aspect of these covenants which is that they do not restrict the right of self determination to colonial or oppressed peoples but includes all peoples.⁸⁶ It is apparent that the Article 1 has a uniform approach by its emphasis on the free determination of "political status" and "economic and social and cultural development" of states and that should lead to them being able to "freely dispose of their national wealth".⁸⁷ The ratification by countries of these covenants can be with exclusions and reservations which implies a more restricted application. This is also the approach of India which upon endorsing entered a reservation to Article 1 in the following terms:

The right to self determination appearing in those articles apply only to the peoples under the foreign domination and that these words do not apply to sovereign independent states.⁸⁸

This caveat provides India with a waiver and discharges any responsibility it may have to offer self determination from its annexation of the state of J&K, and its inclusion within the Indian union.⁸⁹ The fact that it defeats the objective of the ICCPR/ICESCR and the United Nations General Assembly Resolution 1514 (1960) which established the right of self determination that applied to the decolonization process and created a multi lateral framework to which India became a signatory. The development of legal norms by the process of these covenants, political principle of self determination and its fusion within human right is consistent with the respect for international law and its framework⁹⁰

5. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND ARMED FORCES IMMUNITY

i) Atrocities committed under special powers

There are fundamental human rights such as the right to life, right to be free from torture, right not be imprisoned without due process; right to a fair trial; right to privacy etc. These are non derogable and apply in all circumstances in the treatment of persons under the jurisdiction of the state or its agencies. There is also an international dimension that transfers liability to

the state based on the International Declaration of Human Rights⁹¹ and the covenants that include binding human rights provisions.

It is necessary to understand that as an occupying force the Indian military operates in a legal vacuum in the Valley of Kashmir and their armed operations are governed by the Armed Forces Special Protection Act (AFSPA) 1958. The AFSPA 1958 was first introduced in states in the north-east region of India, including Assam and Manipur, in response to armed political activity arising from demands for self-determination. A version of the Act was implemented in the state of Punjab in 1983, but later repealed in 1997. This was promulgated in 1990 in J&K and is still effective. There are two sections of this act that provide draconian powers to members of the armed forces and complete immunity which are as follows:

Section 4. Special powers of the armed forces.—Any commissioned officer, warrant officer, non-commissioned officer or any other person of equivalent rank in the armed forces may, in a disturbed area,— (a) if he is of opinion that it is necessary so to do for the maintenance of public order, after giving such due warning as he may consider necessary, fire upon or otherwise use force, even to the causing of death, against any person who is acting in contravention of any law or order for the time being in force in the disturbed area prohibiting the assembly of five or more persons or the carrying of weapons or of things capable of being used as weapons or of fire-arms, ammunition or explosive substances;

Section 6. Protection to persons acting under Act. No prosecution, suit or other legal proceeding shall be instituted, except with the previous sanction of the Central Government, against any person in respect of anything done or purported to be done in exercise of the powers conferred by this Act.

The AFPSA provides extra ordinary powers that have been used extensively in the J&K to commit human rights abuses by Indian troops. The violence and its impact began before the arrival of Prime Minister Modi into power. According to one estimate in the period leading up to 2011 “over 60,000 people had been killed, thousands have gone missing and hundreds had been brutally tortured, and a staggering

50,000 or more have been orphaned”.⁹² This has continued after Modi’s ascent to power in 2013 and in its current phase reached critical mass after the security forces killed a popular leader of an armed group, Burhan Wani, on July 8, 2016, in southern Kashmir.⁹³ The killing led to a renewed uprising, which continued for the next six months and the Indian occupational forces launched “Operation All-Out” in 2017. ⁹⁴ This has heralded the relaunch of the Cordon and Search Operations (CASO) which are conducted on regular basis and in the “first six months of 2020 there were 107 of them in the Valley” causing a shutdown by the armed forces of areas designated for intervention.⁹⁵

The Indian Interior Ministry has stated that there was a 167% increase in civilian killings in 2017 compared to 2015 and a 6.21% jump in the number of violent incidents compared to 2016. The number of insurgents killed went up by 42%. There was an increase by 166% rise in Civilian casualties in 2017-18.⁹⁶ The Jammu Kashmir Coalition of Civil Society (JKCCS), a local rights group, has estimated “that more than 586 people were killed in 2018, including militants, Indian security forces, and 160 civilians”.⁹⁷

The powers granted under AFPSA are supplemented by the Jammu and Kashmir Public Safety Act 1978 (PSA) which empowers security personnel to detain people and suspend the writ of habeas corpus. The powers exercisable under the PSA have been defined as opaque and arbitrary.⁹⁸ Action 13 (2) allows the detention of a person without giving them the reasons and can keep them in confinement indefinitely. Section 13 does not require the detaining authority to set out the reasons for detention and non-disclosure for the grounds of detention means the detainees cannot challenge the grounds for their incarceration.

Section 16(5) prohibits a counsel of choice for the suspect. This is a breach of international law as the UN Human Rights Committee has clarified that to reserve the right “to arbitrarily arrest and detain persons” would be incompatible with the object and purpose of the ICCPR. ⁹⁹ In 2008, the UN Working Group on Arbitrary Detention concluded that “10 individuals detained under the PSA in J&K had been arbitrarily detained in violation of articles 7, 9, 10 and 11(1) of the Universal Declaration of Human Rights and Articles 9 and 14 of the ICCPR”. ¹⁰⁰

The Amnesty International report has stated that the PSA violates the international human rights law because "According to article 9(1) of the ICCPR "[n]o one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law". In its view the *"PSA does not define 'security of the state', and provides a vague and over-broad understanding of what 'public order' is. Thus the PSA violates the principle of legality, and seriously compromises the ability of detained persons to contest their detentions"*.¹⁰¹ The report also raised the issue that "under international law, India's reservations to the ICCPR, including its reservation to article 9, must not be "incompatible with the object and purpose of the treaty."¹⁰² and "it is incompatible with the object and purpose of the ICCPR as it denies key article 9 protections from persons in administrative detention".¹⁰³

It has been argued that the *"origins* of the PSA can be traced in the Defence of India Act which was passed under Colonial Rule in 1915. The purpose of the Act was to stifle political dissent. The PSA, likewise, permits the state government to take a person into preventive detention without trial for up to two years".¹⁰⁴ The PSA allows imposing of curfews, internet blackouts, and banning of political parties with grassroots support in Kashmir. This was enforced on 5 August 2019, after the military forces sealed off the territory and the Indian Government revoked the autonomous status of J&K under Article 370 of the Indian Constitution. There were 389 people detained under the PSA including former Chief Ministers of the State, Mehbooba Mufti and Omar Abdullah and many other political leaders under the PSA.

There is a raft of legislation that has been employed in Kashmir to quash dissent and the International Crises Group has reported that *"Beyond political actors, the government has stifled dissent among civil society, including by arresting civilians for expressing opinions on social media platforms. Security forces have also harassed, beaten and arrested journalists, including under the Unlawful Activities Prevention Act 1967, a draconian anti-terror law"*.¹⁰⁵ This Act is aimed at both individuals and associations and can also be used against the print media.

There have been two successive reports by the Human Rights Council (OHCHR) in Geneva

that have catalogued the Indian forces disregard for human rights and their immunity from prosecution under the AFSPA. The first report of the OHCHR in 2018 consisted of 49 pages which was the first ever issued by the UN on the human rights situation in the Indian-Administered and the (Azad) Pakistan-Administered Kashmir.¹⁰⁶ It details abuses on the Indian side of the border and while acknowledging the rise of a "variety of armed groups" conveys the "widespread and serious human rights violations" perpetrated by the Indian forces on the suspected guerrilla fighters and civilian population in the Kashmir region.¹⁰⁷ The report also states that Pakistan provided access to the investigators in Azad Kashmir but India refused to grant the UN any right to collect evidence. The report states that within the timeframe of the report in Pakistan "the human rights violations in this area are of a different calibre or magnitude and of a more structural nature".¹⁰⁸

The report states that the "Indian security forces used excessive force that led to unlawful killings and a very high number of injuries" citing civil society estimates that approximately "145 civilians were killed by the security forces between mid-July 2016 and the end of March 2018, with up to 20 other civilians killed by armed groups in the same period".¹⁰⁹ The report also confirms that the "Impunity for human rights violations and lack of access to justice are key human rights challenges in the state of Jammu and Kashmir" and the *"AFSPA and the Jammu and Kashmir Public Safety Act 1978 (PSA) have created structures that obstruct the normal course of law, impede accountability and jeopardize the right to remedy for victims of human rights violations."*¹¹⁰

The HRC report states that the powers granted under AFSPA *"contravenes several international standards on the use of force and related principles of proportionality and necessity including the UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials and the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, which requires law enforcement officials to use firearms only as a last resort, and to use them with lethal intent only when 'strictly unavoidable in order to protect life'"*.¹¹¹

The follow -up OHCHR report issued a year later catalogues the use of pellet shot guns "used against protesters in 2016 – and which

is still being employed by security forces". The official statistics provided showed *"17 people were killed by shotgun pellets between July 2016 and August 2017, and 6,221 people were injured by the metal pellets between 2016 and March 2017. Civil society organizations believe that many of them have been partially or completely blinded"*.¹¹²

The debilitating injuries caused by shooting of pellet guns into unarmed demonstrators has led to many of them being permanently blinded. The UNHCR Guidance on the use of non-lethal weapons, such *"as tear gas shells should not be used indiscriminately or put innocent bystanders or peaceful members of an assembly at risk"*.¹¹³ However, if law enforcement agencies resort to *"any use of violent means to police or disperse an assembly, such use must be promptly and transparently recorded to enable an ex post facto review of the proportionality, necessity and impact of the usage"*.¹¹⁴

ii) Characterization of the conflict as NIC

The disputed status of Kashmir involves the population of Kashmir and the armed forces of India employed in overwhelming numbers. The Indian State is one of the High Contracting Parties to the 1949 Geneva Convention and its actions have to be evaluated under the principles of the international humanitarian law (IHL). The Indian state party has ratified all four Geneva Conventions and has also adopted the Geneva Convention Act 1960 into its domestic legislation. The state parties under Common Article 1 of the Geneva Convention are obliged to *"respect and to ensure respect in all circumstances"* toward the convention and obliges *"a duty on the part of all States to use all available means to ensure respect for all provisions of the Conventions by all other States during all armed conflicts, even those to which the State in question is not a party"*.¹¹⁵

The Geneva Conventions, together with the laws of the Hague Convention form the basis of contemporary IHL which comes into effect during an armed conflict. The IHL aims to regulate the conduct of belligerents; all combatants and to those no longer taking part in hostilities, including POWS. The application of IHL is based on the framework of the Geneva Conventions for the protection of civilian persons in times of war. The International Committee of the Red Cross (ICRC) is the main international agency that oversees its implementation whose *"basic principle underlying*

that law -humanity, impartiality, and neutrality that are as valid as ever and of utmost relevance" in its work.¹¹⁶

The Indian government had signed a Memorandum of Understanding (MoU) in 1995 which permitted the ICRC to visit persons arrested, detained and imprisoned in relation to the situation in J&K.¹¹⁷ However, it has been gradually withdrawing this support since 2016 when initially it *"only stopped ICRC officials from visiting jails and working for inmates, which was the Geneva-based organisation's key mission"*.¹¹⁸ After the revocation of Article 370 the ICRC has not *"been able to work in India-held Kashmir since it was stripped of its political autonomy on August 5, foreign aid workers are not being issued visas and Kashmiris are being left without support"*. This has led to the ICRC stopping *"its humanitarian works in the erstwhile state of Jammu and Kashmir"* and the Indian government *"enforced a security and communications clampdown that continues to this day in some form or other"*.¹¹⁹

The Indian government has an obligation under the Common Article 3 that is generic to all four Geneva Conventions and which states *"(1) Persons taking no active part in the hostilities, ---shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria;" and '(2) An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict"*. The Common Article 3 is based on a negative description: it is applicable in the case of armed conflicts *'not of an international character'*. Armed conflicts *'not of an international character'* are armed conflicts where at least one Party is not a State.¹²⁰

This provision has application to Non International Conflicts (NIC) and the Kashmir dispute must now be assigned as an NIC and the compliance by the Indian government of its obligations need examination. The Indian government has implemented counterinsurgency measures in the Kashmir Valley with its 1 million-strong occupation forces that have used *"excessive force"* against the lightly armed rebel forces.¹²¹ Under customary international law the *"use of lethal force must respect the legal principles of military necessity, distinction, (and) proportionality."*¹²² In executing a proactive, offensive and retributive doctrine the Indian forces have breached the rules

not to cause "indiscriminate and disproportionate attacks" ¹²³ and to "observe a series of precautionary rules in attack, aimed at avoiding or minimizing incidental harm to civilians and civilian objects." ¹²⁴

The breach of IHL is a structural problem with the Indian state because the government has not signed the two additional protocols that been added to the Geneva Conventions in 1977 which cover armed conflict which is a Non International Conflict (NIC). These are the Additional Protocol (AP) I and II and while the former defines armed movements involving the "right to self-determination of colonised people as international armed conflicts, bringing, in some respects, guerrilla warfare and state responses to it within the protection ambit of IHL".¹²⁵ The latter was "specifically adopted to cover situations of NIC, thereby bringing a situation of armed conflict occurring on the territory of a country within the framework of international humanitarian law".¹²⁶

Part IV of the AP II on Civilian populations and General Protections of the Civilian Population states in Article 13 as follows:

1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules shall be observed in all circumstances.
2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.
3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities". ¹²⁷

By not signing the AP I/II India has excluded any responsibility for the atrocities that are being committed in Kashmir and which have been attested by the OHCHR in its reports. The reasons have been speculated upon by Srinivas Burra, Assistant Professor at the Faculty of Legal Studies at the South Asia University, New Delhi who argues that it "*could be mainly because these protocols have expanded the scope of international humanitarian law as provided in the four Geneva Conventions, which may have certain implications at the domestic*

level. Such a hesitation – mainly in the form of domestic political contingencies".¹²⁸ There may be another concern which is that when the AP1/II were effective "*India was not in favour of accepting the category of non-international armed conflict itself. This position no longer remains valid as India has become a party to other international treaties which govern non-international armed conflict situations. An example of this is the Convention on Certain Conventional Weapons of 1980*".¹²⁹

The Indian state has no valid reason to not ratify the APs and the only grounds for non compliance is that it wants to give its armed forces absolute immunity from prosecution. The sequence of the India actions in Kashmir prior to 2019 was to operate under the martial law and upon the annexation it imposed a lockdown on the civilian population. The breach of the Geneva Conventions' Common Article 3 and the AP II which is crucial to the protection of civilians in a NIC does expose India to allegation of war crimes and from departing from a norm of IHL and it can be accused of crimes against humanity.

The collective punishments imposed on the people resident in J&K is a breach of IHL and the principles of culpability were defined in *Prosecutor v. Tadic*,¹³⁰ where an international tribunal was constituted to determine the crimes committed by former Yugoslavian military personnel. The decision states:

Bearing in mind the need for measures to ensure the better protection of human rights in armed conflicts of all types, [. . . the General Assembly] Affirms the following basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts, without prejudice to their future elaboration within the framework of progressive development of the international law of armed conflict: . . . ". ¹³¹ "In the conduct of military operations during armed conflicts, a distinction must be made at all times between persons actively taking part in the hostilities and civilian populations. ¹³²

There is a need for armed forces to respect the principle of proportionality in conflict in the conduct of any military action in order to uphold IHL. This determines the legality or illegality of the act in terms of its duration and intensity and these principles were formulated in the *Request for Advisory Opinion on the Legality of the*

*Threat of Nuclear Weapons*¹³³ where the ICJ held that the “entitlement to resort to self-defence under Article 51 is subject to the conditions of necessity and proportionality”.¹³⁴ The Court stated in *Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*¹³⁵ “there is a specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law”.¹³⁶

The ICJ held the purpose of IHL was “aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.¹³⁷ The Court also expounded on an essential ingredient in armed conflict which was the “the principle of neutrality, whatever its content, which is applicable (subject to the relevant provisions of the United Nations Charter), to all international armed conflict, whatever type of weapons might be used”.¹³⁸ It was comparable to other humanitarian laws, where the laws of the conduct of war mandate its use within certain limits to restraint unnecessary suffering and destruction.

It seems that the Indian state by its abuse of human rights as documented by the OHCHR reports has been responsible for the breach of international human rights law. There are also infringements of international humanitarian law which makes it liable for the crimes committed by the enforcement of AFSPA against the people of Kashmir. The operations carried out by its armed forces, such as extra judicial killings have caused the infliction of harm to the civilian population. The standards that the actions of the armed forces will be judged are of NIC which governs conflict between state and the non state actors and the fact that India has not signed the API/II militates heavily in the direction of being guilty of the offences.

6. CONCLUSION

It has been established that the Instrument of Accession that served as a legal device for the state of Kashmir to be integrated into the Indian union was not a valid transfer under the law of treaties. The demilitarisation that followed the India and Pakistan conflict in its aftermath was

followed by the UNSC resolutions mandated a plebiscite to determine the aspirations of the people and the territory’s future status. This was the solution to the problem that would have ended the conflict peacefully and not led to the subsequent human rights abuses that have been magnified after India’s annexation in 2019.

The UNSC Resolutions for a plebiscite had been adopted under Chapter VI procedures and were labeled as non binding. However, upon closer scrutiny the practice of the Security Council was not to issue its resolutions under a specific Chapter at the time and the main determinant was whether they followed a decision or a recommendation. If the text was substantive then even it was couched as a recommendation the fact the intended goal was peace and security they can be deemed as of binding effect under Article 25 of the SC.

The denial of self determination has been the factor of this conflict and the inalienable right of the people of Kashmir to be decolonised. This essentially revolves around the breach of the ICCPR/ICESCR which share a common Article 1 that raises self determination for all peoples as a cardinal principle of international law. The human rights standards derive from the UNDHR and the de colonialisation process is associated with human rights because it has rejected the fetters of colonial rule. In this instance India has been a successor state to British colonial dispensation that created this historical-legal quagmire.

However, India has imposed a military rule over the territory by the machinery of the AFSPA that provides immunity to the armed forces and allows them to conduct operations, and searches under CASO that inevitably impacts on the civilian population. This has led to human rights abuses and there has been no prosecution of armed forces personnel and the PSA has been instrumental in imposing the lockdown and the disbandment of the associations after the revocation of Article 370 and 35 A of the Indian Constitution. The use of both lethal and non-lethal weapons in the suppression of local dissent has been the issue that infringes international human rights law.

The conflict between the government and the insurgents leads to its definition as a NIC that is governed by the rules of International Humanitarian Law. The Indian government has not allowed International Committee of the Red Cross the ability to function in the territory as stipulated by the Geneva Conventions. It has

also not signed the Additional Protocols I/II that is necessary to accept Common Article 3 as a high contracting party to this treaty. The abuses its forces have committed have not been the subject of redress in any war crimes tribunal.

It is now overdue that the officials are tried in international courts that are established in a conflict that is a NIC which this can be defined after India's annexation of Kashmir.

NOTES

1. The population of Jammu and Kashmir was 14.5 million before its annexation. It was 68% Muslim. Indian Population 2019. // indiapopulation2019.com/population-of-jammu-kashmir-2019.html
2. Judith M. Brown, *The Mountbatten Viceroyalty. Announcement and Reception of the 3 June Plan, 31 May-7 July 1947, The English Historical Review*, 99 (392) (1984) 667-668.
3. Ibid.
4. Rajesh Ankit, Ram Chandra Kak: Forgotten Premier of Kashmir, Epilogue JK Magazine, Volume 4, Issue 4, (2010) pages 36-39; See also SM Abdullah, *Blazing Chinara* (2016) A Critical Review VII (a), translated from Urdu by Mohammad Amin; Gulshan books, p. 291-92.
5. Fozia Nazir Lone, *Incorporation of Kashmir into the Indian Union: An International Assessment on Human Rights and Democratic Government*, in *Historical Title, Self-Determination and the Kashmir Question* (2018) Brill's Asian Law Series, Brill, Vol 7, 2018, p 122 https://doi.org/10.1163/9789004359994_006.
6. Security Council resolution 47 (1948) [The India-Pakistan Question] Security Council resolution 47 (1948) [on restoration of peace and order and the plebiscite in the State of Jammu and Kashmir]: *S_RES_47(1948)*
7. Swati Gupta, Kashmir remains paralyzed by lockdown as resentment simmers, CNN, August 16, 2019 accessed 10/6/20. <https://edition.cnn.com/2019/08/16/asia/kashmir-11-days-of-lockdown-intl/index.html>.
8. Agreement on Bilateral Relations between the Government of India and the Government of Pakistan (Simla Agreement) 2/7/72, Public Diplomacy, Ministry of External Affairs, Government of India, <https://mea.gov.in/in-focus-article.htm?19005/Simla+Agreement+July+2+1972>.
9. Item without notes.
10. OHCHR, "Report on the Situation of Human Rights in Kashmir: Developments in the Indian State of Jammu and Kashmir from June 2016 to April 2018, and General Human Rights Concerns in Azad Jammu and Kashmir and Gilgit-Baltistan", 14 June 2018, p11. Available from <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/DevelopmentsInKashmirJune2016ToApril2018.pdf>.
11. OHCHR, "Update of the Situation of Human Rights in Indian-Administered Kashmir and Pakistan-Administered Kashmir from May 2018 to April 2019, p 13 file:///C:/Users/pc1/Desktop/KashmirUpdateReport_8July2019.pdf
12. The Jammu and Kashmir Reorganisation Act, 2019 abolished Kashmir's autonomy and created two union territories, Jammu and Kashmir (J & K) and Ladakh. The J & K will have its own legislative assembly while Ladakh will be governed by a Lieutenant General appointed by New Delhi. Both territories have been annexed under Article 229 of the Indian Constitution that was framed for new territories beginning with Pondicherry, the former French colony.
13. Deeply concerned: UN Chief officer offers mediation in Kashmir dispute. AlJazeera, 17/2/20 <https://www.aljazeera.com/news/2020/02/concerned-chief-offers-mediation-kashmir-dispute-200217073630129.html>.
14. The Jammu and Kashmir Grant of Domicile Certificate (Procedure) Rules (2020) enables residency and property rights for various categories of non-residents, who can now also apply for government jobs.
15. A Nation Sold: Greater Kashmir Journal, 14 Mar 2015. <https://www.greaterkashmir.com/news/opinion/march-16-1846-a-nation.../70581.html>.
16. The Man who Purchased Kashmir, Kashmir Life, 29 June 2015, <https://kashmirilife.net/the-man-who-purchased-kashmir-issue-15-vol-07-81400>.
17. Mohan Krishen Teng Kaul Bhatt and Santosh Kaul, *Kashmir, Constitutional History and Documents*. 2nd New Delhi: Light & Life Publishers 2nd Ed.(2006) 11-15.
18. Ibid.
19. Rajesh Ankit, Ram Chandra Kak: Forgotten Premier of Kashmir, Epilogue JK Magazine, Volume 4, Issue 4, (2010) pages 36-39; See also SM Abdullah, *Blazing Chinara* A Critical Review VII (a) (2016) p 291 -92, translated from Urdu by Mohammad Amin; Introduction by MJ Akbar, Gulshan books.
20. Arts.2 (1) (b) and 15, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.
21. Kapur Vikas and Vipin Narang. 'The Fate of Kashmir: International Law or Lawlessness?'

- Stanford Journal of International Relations 3 (1) (2006) https://web.stanford.edu/group.sjr/3.1.06_kapur-narang.html,
22. Instrument of Accession 1947. jklaw.nic.in/instrument_of_accession_of_jammu_and_kashmir_state.pdf
23. Part XXI of the constitution of India deals with the "Temporary, Transitional and Special Provisions." It describes Article 370 as a temporary provision and addresses three key points. First, it notifies that Article 238, dealing with the administration of states is not applicable to the state of Jammu and Kashmir. Second, the power of the parliament to make laws for the state is limited. Third, concurrence and consultation with the state is necessary on matters specified in the Instrument of Accession (Constitution of India, part XXI).
24. Article 35 A was enacted under Article 370 (1) (d) in 1954 and gives the Jammu & Kashmir legislature full power to decide who is a "permanent resident" of the state. The Article gives "permanent residents" privileges regarding employment in the state, acquisition of immovable property and settlement, the right to scholarships and other forms of aid that the state government provides.
25. Burkina Faso/Mali, ICJ 1986, pp. 554. para. 23.
26. Christopher R. Rossi, *The Temptation of Uti Possidetis, Sovereignty and Territorial Temptation. The Grotian Tendency*, Cambridge Univ. Press (2017) p 106.
27. Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg, and Kavus Abushov, *Self-Determination and Secession in International Law*, Published to Oxford Scholarship Online: August 2014, 2014 DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198702375.0010001.
28. Report of Sir Owen Dixon, United Nations Representative for India and Pakistan to the Security Council: annex UN Security Council, S/1791, 15/9/50, digitallibrary.un.org/record/486273?In=en.
29. The Gazette of India N^o. 111, 14/5/54. <https://egazette.nic.in/WriteReadData/1954/E-2227-1954-0111-103041.pdf>.
30. Partha S Ghosh, *Identity, Ideology, and Conflict, Aspects of India's International Relations, 1700 to 2000: South Asia and the world*, edited by JK Ray, Vol X, Part 6 (2007), p. 151.
31. UN Security Council, *Security Council resolution 91 (1951) [The India-Pakistan Question]*, 30 March 1951, S/RES/91 (1951).
32. The government of India expressed the view that as the democratic process followed for the election of the legislative assembly of the state proved that the people had accepted to remain within the Union of India the UN resolutions on plebiscite 'had become obsolete and were no longer binding on India.' Report of the Security Council, 16 July 1963-15 July 1964. G.A.O.R.: XIX Session, Supplement N^o. 2 (A/5802), p. 88.
33. Chapter VII emphasis 'Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression Articles 39-51; and Chapter VIII: Regional Arrangements under Articles 52-54.
34. Resolution 47 (1948) On the India-Pakistan question submitted jointly by the Representatives for Belgium, Canada, China, Colombia, the United Kingdom and United States of America and adopted by the Security Council at its 286th meeting held on 21 April, 1948. (Document N^o. 5/726, dated the 21st April, 1948).
35. Ahmer Bilal Soofi, *Binding Resolutions*, Published September 14, 2019, Dawn.com/news/1505094.
36. Marko Divac Öberg, *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*, 16 Eur. J. Int'l l. 879, 885 (2005).
37. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) [1971] ICJ Rep 16*, para. 105. Request for Advisory Opinion (including the dossier of documents transmitted to the Court pursuant to article 65, paragraph 2 of the Statute)
38. Jacqué, 'L'avis de la Cour Internationale de Justice du 21 juin 1971', 76 *Revue Générale de Droit International Public* (1971) 1046, at 1083.
39. Namibia case supra 38, Para. 113.
40. Ibid Para. 117.
41. Namibia case. supra 38, 40 at para. 50.
42. Marko Divac Öberg, Supra 37, 891.
43. Ibid.
44. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Palestinian Territory*, Advisory Opinion ICJ Reports 2004, p 136 <https://www.icj-icj.org/en/case/131>.
45. Para 120.
46. Rosalyn Higgins, *The Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions are Binding*

- Under Article 25 of the Charter?, 21 Int'l & Com l.Q. 270, 282 (1976).
- Resolutions are Binding Under Article 25 of the Charter?, 21 Int'l & coMp. l.Q. 270, 282 (1976)
47. *Militarv and Puramilitary Activities in und aguinst Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14 at 44.
 48. Para 72.
 49. United Nations Chapter 5 the Security Council Functions and Powers Article 24 <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-v/index.html>
 50. Marko Divac Öberg, *Supra* 37, 43 at 885.
 51. In Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Belgium) [2004] ICJ Rep, p. 279 General list no 105 at 27–29, paras 64–70.
 52. SC.Res.1325, UNDocS/Res/1325(Oct31.2000).
 53. Ibid
 54. Ibid
 55. Kwadwo Appiagyeyi-Atua, "United Nations Security Council Resolution 1325 on Women, Peace, and Security — Is it Binding?" Human Rights Brief 18, N^o. 3 (2011): 2-6.
 56. Ibid.
 57. Michael Wood, *The Interpretation of UN Security Council Resolutions*, 2 Max Planck Yearbook of United Nations Law 73 (1998); see also Alexander Orakhelashvili, *The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review*, 11 Max Planck Yearbook of United Nations Law 143 (2007).
 58. Ibid.
 59. Stefan Talmon, *The Security Council as World Legislature*, 99 Am. J. Int'l l. 175, 180 (2005).
 60. Gérard Cahin; Denys Simon, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, (2001) at 95–115, at 95 Paris: A. Pédone; See also Michael Akehurst, 'Custom as a Source of International Law', *British Yearbook of International Law*, Volume 47, Issue 1, 1975, Pages 1–53, at 11.
 61. Nicaragua, *supra* note 48, para. 188.
 62. Ibid at para 191.
 63. Stephen M Schwebel, 'The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law', 73 ASIL Proceedings (1979) 301, at 303; Also see 'The Legal Effect of Resolutions and Codes of Conduct of the United Nations', in S. Schwebel, *Justice in International Law – Selected Writings of Stephen M. Schwebel* (1994) 499, at 503.
 64. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226.
 65. Para. 71.
 66. Para. 73.
 67. Para 255
 68. Ibid.
 69. Namibia, *Supra* 38, 40, 42, dissenting opinion of Judge Tanaka, at 292; Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium v Spain) (Second Phase) [1970] ICJ Rep 3, Separate Opinion of Judge Ammoun, at 303.
 70. GA Res 2625 (XXV) (Nicaragua, at 101, para. 191) was adopted unanimously.
 71. Article 55 of the Charter reinforces this principle by affirming that "conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples".
 72. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. Res. 1514 (Dec. 14, 1960); Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625 (Oct. 24, 1970).
 73. Ibid, para. 6 (declaring "[a]ny attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country" as incompatible with the purposes and principles of the United Nations' Charter); Friendly Relations Declaration, *supra* note 7 ("[n]othing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States . . .").
 74. United Nations General Assembly Resolution 1514 (XV) Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (United Nations General Assembly [UNGA]), 14th December 1960 (UN Doc A/ RES/1514(XV)).

75. Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ GL No 61, [1975] ICJ Rep 12, ICGJ 214 (ICJ 1975), 16th October 1975, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], 43-44.
76. The International Court of Justice has recognised the validity of a flexible approach in determining the “freely expressed wishes of the territory’s peoples”, holding that an actual consultation with the population may not always be necessary”: Ibid at 33.
77. General Assembly Resolution 1541 provided for three legitimate methods of decolonisation consistent with the principle of self-determination, independence, free association, and integration with an existing state. GA Res 1541, 15 UN GAOR Supp (no 16) at 29, UN Doc A/4684 (1960).
78. Michael P. Scharf, *Earned Sovereignty: Judicial Underpinnings*, 31 DENV. J. INT’L L. & POLY 373, 373–79 (2003).
79. Els Bogaerts, Remco Raben, *Beyond Empire and Nation: The Decolonisation of African and Asian societies 1930-1970s*, Brill (2012) 23-39.
80. Heather Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford University Press, 1988, 58-59.
81. William Twining, *Issues of Self determination*, (1991), Aberdeen University Press at 85.
82. (2017) 2 SCC 538.
83. Para 10.
84. Joshua Costellino, *International law and Self determination, The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulation of Post Colonial National Identity*. Martinus Nijhoff Publishers (2000) 22-23.
85. Ibid p 31.
86. Ivor Jennings, ‘The Approach to Self-Government’ (1956) Cambridge University Press 56, Also see M. Moore *National Self-discrimination and Succession* (1998) Oxford University Press, 1-13.
87. Costellino, *supra* 85 at 93.
88. Centre for Human Rights, *Status of International Instruments* (New York: UN 1987), UN Sales No, E 87. XIV 2, at 9.
89. In a subsequent appearance before the Human Rights Committee, India stated more explicitly that the UN Charter applies “ the right of self determination in the international context only to disputed territories and peoples”. Statement of the representative of India to the Human Rights Committee, UN Doc. CCFR/C/Sr 498 (1984) at 3.
90. Hannom Hurst, *Anatomy Sovereignty and Self determination. The Accumulation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press 1996, 41-42.
91. International Declaration of Human Rights <https://www.jus.uio.no/lm/en/pdf/un.universal.declaration.of.human.rights.1948.portrait.letter.pdf>
92. Harsh Dobhal, *Writings on Human Rights, Law, and Society in India: A Combat Law Anthology: Selections from Combat law, Human Rights Law Network, Socio legal Information Centre* (New Delhi) 2011, at 10.
93. Kashmir violence: 16 die after key militant killed. BBC news 10/7/16 <https://www.bbc.co.uk/news/world-asia-36758319>.
94. Mehak Andrabi, *Human Rights Crises in Kashmir: An Overview*. Legal Services. 16/4/21. <http://www.legalserviceindia.com/legal/author-11334-mehak-19.html>.
95. Six monthly Review of Human Rights situation in Indian administered Jammu and Kashmir (January to June 2020) Jammu and Kashmir Coalition of Civil Society. p 10 <https://jkccs.net/wp-content/uploads/2020/07/Bi-Annual-HR-Report-2020-JKCCSAPDP.pdf>.
96. Home Ministry report. 18/3/18. <https://economictimes.indiatimes.com/news/politics-and-nation/jk-saw-166-rise-in-civilian-sasualties-in-2017-home-ministry-report/articleshow/63823735.cms>.
97. Andrew Connolly, *Kashmir’s decade: A high death toll is warning sign*. The New Humanitarian. 11/6/19. <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2019/06/11/kashmir-s-decade-high-death-toll-warning-sign>.
98. ‘Humiliated’: Top Kashmiri leaders charged under ‘draconian’ law. AlJazeera Human Rights. 7/2/20 <https://www.aljazeera.com/news/2020/2/7/humiliated-top-kashmir-leaders-charged-under-draconian-law>.
99. Human Rights Committee, General Comment N°. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 November 1994, para 8.
100. Opinion N°. 45/2008 (India) adopted on 26 November 2008, Opinions adopted by the

- Working Group on Arbitrary Detention, Human Rights Council Thirteenth Session, 2 March 2010, UN Doc. A/HRC/13/30/Add.1, at www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-30-Add1.pdf (UN WGAD 2010), para 51.
101. Still a Lawless Law: Detention under the J&K Public Safety Act, 1978, Amnesty International, (2012), pp. 12-13 <https://www.amnesty.org/en/documents/asa20/035/2012/en/>
 102. Vienna Convention on the Law of Treaties, A/CONF.39/27 (1969), adopted 22 May 1969, entered into force 23 May 1980, para. 19(c).
 103. Still a Lawless Law, *supra* 102 at 14.
 104. Ayush Verma & Pratik "Jammu and Kashmir Public Safety Act, 1978: India's Use of Preventive Detention Violates Human Rights" (OxHRH Blog, March 2020), <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/jammu-and-kashmir-public-safety-act-1978-indias-use-of-preventive-detention-violates-human-rights/>.
 105. Raising the Stakes in Jammu and Kashmir, International Crises Group, Report no 310/Asia, 5/8/20. <https://www.crisisgroup.org/asia/south-asia/kashmir/310-raising-stakes-jammu-and-kashmir>.
 106. OHCHR (2018). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Report on the Situation of Human Rights in Kashmir: Developments in the Indian State of Jammu and Kashmir from June 2016 to April 2018, and General Human Rights Concerns in. Available at <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/DevelopmentsInKashmirJune2016ToApril2018.pdf>.
 107. Executive Summary page 4.
 108. Executive Summary page 5.
 109. *Ibid*, p. 7.
 110. *Ibid*, p. 11.
 111. Page 6.
 112. OHCHR (2019) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Update of the Situation of Human Rights in Indian -Administered Kashmir and Pakistan. p 22 Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/PK/KashmirUpdateReport_8July2019.pdf.
 113. Guidance on the use of less lethal weapons in law enforcement, United Nations Human rights, 2020, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/LLW_Guidance.pdf. Also see: General Comment N^o. 37, Human Rights Committee, September 17 2020, CCPR/C/GC/37: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/232/15/PDF/G2023215.pdf?OpenElement>.
 114. General Comment N^o. 37, Human Rights Committee, September 17 2020, CCPR/C/GC/37, at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/232/15/PDF/G2023215.pdf?OpenElement>.
 115. Laurence Boisson de Chazournes & Luigi Condorelli, Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests, 82 International Review of the Red Cross 67 (2000).
 116. Yves Sandoz, The International Committee of the Red Cross as guardians of International Humanitarian Law, 31-12-98. icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm.
 117. Jammu and Kashmir: The government of India grants the ICRC access to detainees. 22-6-95 ICRC. <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/57jm96.htm>.
 118. Kashmiris suffer further as ICRC stops humanitarian work. 15/1/20 TRT World. TRT.World.com/magazine/Kashmiris-suffer-further-as-ICRC-stops-humanitarian-work-32965.
 119. *Ibid*.
 120. Commentary of 2016. Article 3: Conflicts of Non International Character. ISRC. iht-database.icrc.org/ihl/full/GLI-Commentary/aRT3.
 121. OHCHR (2018). *supra* 110 -116, p. 17.
 122. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, rules 1-24, pp. 3-76.
 123. *Ibid*. Rules 11-24.
 124. *Ibid* Rules 15-24
 125. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.
 126. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

127. Protocol Additional II to the Geneva Conventions of 12 August 1949, p. 94.
ICRC https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0467.pdf.
128. Srinivas Burra, Why India should consider signing the Additional Protocols of Geneva Conventions. 8/6/17. The Wire <https://thewire.in/diplomacy/india-humanitarian-law-additional-protocols>.
129. Ibid.
130. Case N^o. IT-94-1-T, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 2, 1995).
131. At 111, 127 At 111, 127 (citing U.N. General Assembly Resolution 2675).
132. Ibid.
133. ICJ 1994 General list no 95.
134. Paras 37-50.
135. I.C.J. Reports 1986, p. 94, para. 176.
136. Ibid.
137. Paras 74-87.
138. Paras. 88 and 89.

ANEXOS

A JOINT SUBMISSION BY: THE UPR PROJECT AT BCU, UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, THE UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

.....

SUBMITTED TO: BRAZIL, FOURTH CYCLE. 41ST SESSION OF THE UPR WORKING
GROUP OCT - NOV 2022

About the UPR Project at BCU:

Birmingham City University's *Centre for Human Rights* established the *UPR Project* in 2018 as part of our consultancy service. We engage with the Human Rights Council's review process in offering support to the UPR Pre-sessions, providing capacity building for UPR stakeholders and NHRIs, and the filing of stakeholder reports in selected sessions. The UPR Project is designed to help meet the challenges facing the safeguarding of human rights around the world, and to help ensure that UPR recommendations are translated into domestic legal change in member state parliaments. We fully support the UPR ethos of encouraging the sharing of best practice globally to protect everyone's human rights. You can read more about the UPR Project here: www.bcu.ac.uk/law/research/centre-for-human-rights/projects-and-consultancy/upr-project-at-bcu.

Our Partners:

For this submission the UPR Project at BCU partners with Universidade Federal Fluminense & Universidade Estácio de Sá in Brazil. Founded in 1960, the *Universidade Federal Fluminense (UFF)* is a public institution, part of the Brazilian federal higher education system. UFF is the largest federal university in Brazil with respect to number of students enrolled, and has nationally and internationally been ranked among the best Brazilian universities. *The Universidade Estácio de Sá* was founded in 1970 and is part of one of Brazil's largest private-sector Higher Education groups. Its Law Graduation Program in Law is ranked amongst the best in Brazil and is known for qualifying Master's and PhD candidates for

academic research in the different fields of Law and fostering interdisciplinary critical reflection, stimulating the qualified scientific production focused on the area of concentration and its lines of research.

Compiled by:

Lead Authors: Natalia Brigagão, Dr. Alice Storey, Prof. Fernanda Duarte, Prof. Rafael Mario Iorio, Prof. Prof. Ricardo Perlingeiro & Dr. Anne Richardson Oakes *Contributing Authors:* Ana Paula Faria Felipe, Maria Carolina Freitas, Dr. Amna Nazir & Prof. Jon Yorke *Research Assistants:* Maria Eduarda Oliveira, Rebecca McCormick, Alexandra Da Silva Amaral, Alexandre Giralde, Angela Mendes, Caio Padilha, Carlos Manoel Nascimento, Cristina Lúcia Seabra Iorio, Fabricio Carvalho, Gabriel Perlingeiro, Iuri Meirelles, Juliana Perlingeiro, Karyne Castro Silva, Larissa Paciello, Mariése Garcia, Monique Borges, Regina Fábregas & Ronaldo Lucas da Silva.

Contact:

Dr. Alice Storey (Lead Academic of the UPR Project at BCU) Email: Alice.Storey@bcu.ac.uk
Address: Birmingham City University, School of Law, Curzon Building, 4 Cardigan Street, Birmingham, B4 7BD, UK.

INTRODUCTION

1. Internationally, the incarceration of women increased by 50% between 2000 and 2017.¹ In Brazil, which has the fourth largest population of women deprived of their liberty, this increase was even sharper, reaching 60%.² The rise in overincarceration has had a profound impact on

women's rights, particularly for women of colour who make up almost 70% of Brazil's female prison population. There are also concerning implications for the rights of the child, as seven in ten women deprived from liberty in Brazil in 2016 were mothers.³

2. This report evaluates the extent to which Brazil has implemented recommendations from cycle three which, directly or indirectly, concern the rights of pregnant women and mothers deprived of liberty. It discusses and proposes recommendations across four main topics:

- (1) female overincarceration,
- (2) implementation of detention alternatives,
- (3) prison conditions and healthcare,
- (4) violence, cruel, inhuman or degrading treatment, and accountability.

3. In this submission, we encourage Brazil to commit to improving its human rights protection and promotion by engaging meaningfully with the fourth cycle of the UPR in 2022. This includes giving full and practical consideration to all recommendations made by Member States, effectively implementing the recommendations Brazil accepts, and actively engaging with civil society throughout the process.

A. International Protections

4. In December 2010, the United Nations Rules for the Treatment of Female Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders, known as the 'Bangkok Rules', were adopted by the UN General Assembly.⁴ The Bangkok Rules provide global standards regarding women in prison and are intended to complement and supplement, as appropriate, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners ('Mandela Rules') and the United Nations Standard Minimum Rules for Noncustodial Measures ('Tokyo Rules').

B. Implementation of Recommendations from Cycle Three in 2017

Transparency Deficiencies in Incarceration Statistics

5. In the last cycle, *Angola* (para 136.82) and *Turkey* (para 136.79) encouraged Brazil to address prison overcrowding.⁵ Several other States recommended specific measures to that

aim. *Spain*, for instance, suggested that Brazil take measures to reduce incarceration, including by encouraging the use of alternative sentencing (para. 136.78).⁶ The use of detention alternatives was also recommended by the *United States of America* (para 136.107).⁷

6. Severe data inconsistencies make it impossible to assess the exact extent to which Brazil has reduced incarceration. While federal evidence gathered from state governments identified around 731,000 inmates in June 2019, the court system indicates that the prison population was almost 20% larger in February 2020.⁸ When questioned by journalists, officials in Rio de Janeiro admitted to having misreported numbers to the Ministry of Justice.⁹

7. Rather than an isolated incident, this misreporting exemplifies overarching deficiencies in the availability and reliability of official statistics. For example, Goiás has recently refused a freedom of information request for statistics regarding the gender and pre-trial detention status of inmates based on public security.¹⁰ Considering the importance of reliable evidence to the formulation and improvement of public policy, the lack of accurate information indicates fundamental deficiencies in Brazil's cooperation with federal states to improve detention conditions as recommended by *Algeria* (para. 136.81).¹¹

8. The federal administration has also neglected transparency. There was an unjustified two-year gap in national prison statistics between 2017 and 2018.¹² When the administration resumed its updates, it nevertheless failed to publish its general report¹³ and specialist report on women in prison.¹⁴ While we welcome the biannual updates of the new reporting system (SISDEPEN), its interactive webpages, which have replaced the written reports, contain a limited amount of information and are frequently offline.¹⁵ The system ignores and perpetuates inequalities in statistical and digital literacy and access, rendering data even more inaccessible for civil society.¹⁶ Additionally, open data and some sections of SISDEPEN website have not been updated since 2019.¹⁷

9. The new system also provides inconsistent information. While the interactive webpage for the first part of 2021 indicates that there were 673,614 persons in prison facilities,¹⁸ a statistical compilation hosted in the government's website, but unavailable on the SISDEPEN webpage,

states that there were 815,165 persons in the prison system in the same period.¹⁹

Female Overincarceration Trends

10. According to federal data, the number of women in prison increased 660% between 2000 and 2019, when the female prison population surpassed 37,000.²⁰ This has been a direct result of legislative changes to drugs policy, which increased the likelihood that those carrying small amounts of an illegal substance will be classified as drug dealers rather than users for criminal law purposes, due to a lack of an objective criteria.²¹ This has led to a rise in overincarceration, with 58% of drug trafficking cases in São Paulo concerning possession of small quantities of substances (<100g).²²

11. Such changes to drugs policy disproportionately impact women in poverty, who are often compelled, either by violence or circumstance, to engage in such activities and act as ‘drugs mules.’²³ Mothers are particularly affected, since handling the transportation or sale of small drugs quantities is often necessary to cope with the demands of unpaid care work. However, such women are more vulnerable to law enforcement involvement,²⁴ leading to a comparatively high increase in female imprisonment rate.²⁵ In 2021, 57.2% of women deprived of their liberty had been charged with a drugs-related crime. Furthermore, this number may be even higher, since only 46% of prisons provided comprehensive data on the offenses committed by people in prison.²⁶

12. Since the lack of objective criteria also allows for racial bias,²⁷ women of colour are the main victims of overincarceration, amounting to nearly 70% of the female population deprived of liberty.²⁸ In São Paulo, for example, black people are nearly 50% more likely than white people to be charged with drug trafficking as opposed to the lesser offence of possession for personal use. They are also more likely to be prosecuted for carrying lower amounts of illegal substance.²⁹

13. Brazil has neglected to make any substantial changes to its drugs policy in order to tackle the root causes of female overincarceration and its disproportionate impact on black women. Although the female prison population reduced in 2020, dropping to around 29,000, it increased again to over 30,000 in 2021 according to the SISDEPEN website.³⁰ While there is no updated information on how many mothers are deprived

of their liberty, over 70% of women deprived of liberty were mothers in 2016.³¹ Up to June 2021 there were at least 189 pregnant women, 86 breastfeeding women, and 1,043 children in female prisons.³² These numbers, however, do not provide a complete picture due to missing data.

14. The SISDEPEN website indicates that 30,199 women were imprisoned in the first semester of 2021,³³ which is inconsistent with additional official information during the same period (45,218).³⁴ Although the first report does not include those in house arrest, excluding such population from the second, as well as inmates in other types of alternative detention, this still leaves a 25% discrepancy unaccounted for.³⁵

Detention Alternatives for Pregnant Women and Mothers

15. Brazil received recommendations to improve the judicial process in order to minimise the length of pre-trial detention and reduce the overall number of prisoners awaiting trial (*United States of America*, para 136.107; *Slovenia*, para 136.108).³⁶ It has made some effort to implement these recommendations by considering pre-trial detention alternatives for pregnant women and mothers. Brazil has also taken steps towards *Denmark’s* (para 136.94)³⁷ recommendation to incorporate the Bangkok Rules into public policies by making legal adjustments to implement Rule 64, according to which “non-custodial sentences for pregnant women and women with dependent children shall be preferred where possible and appropriate.”³⁸

16. Nevertheless, overall, implementation has been poor. Auditors found that Brazil has not taken steps to nationalise the “Mulheres Livres” Project, which aims to reduce incarceration of pregnant women and mothers through the identification of alternative detention beneficiaries, legal support, social assistance, and training. In 2020, it had only been implemented in one state, while negotiations were underway with two others.³⁹

17. The implementation of detention alternatives has also encountered judicial resistance. While Law 13.257/2016⁴⁰ allowed courts to determine pre-trial house arrest for pregnant women, women with children under twelve, or children with disabilities, judges

have been reluctant to exercise such power. Courts often impose undue conditions not established by statute – requiring, for example, that they demonstrate their indispensability for childcare.⁴¹

18. Given persistent pushback, in 2018, the Supreme Court⁴² determined that courts must convert pre-trial detention into house arrest for all pregnant and postpartum women, as well as mothers of children or persons with disabilities, unless they committed a crime of violence, severe threat, or against their descendants. A discretionary ground also allowed judges to refuse requests in other ‘highly exceptional’ cases. While the ruling gave state courts 60 days to actively implement these parameters, research suggests that they have failed to do so. In São Paulo, the high court refused to monitor compliance. It merely communicated the ruling and initiated data collection.⁴³

19. Law 13.769/2018⁴⁴ made changes to post-trial detention, establishing conditions under which mothers of children and persons with disabilities who did not commit a crime with violence, severe threat, or against their child and are first offenders may progress to a regime with partial deprivation of liberty after a detention period.⁴⁵ The Law also reiterated the Supreme Court ruling by establishing that the pre-trial detention of pregnant women, mothers of children under twelve and of persons with disabilities *will be* converted into house arrest.⁴⁶ The legislature refrained from including an unspecified ground for exceptions which would allow for increased judicial discretion. Nevertheless, the prevailing understanding is that courts may still refuse to enforce such right in ‘highly exceptional cases’ even though this restriction to women’s rights is not provided by statute.⁴⁷

20. Wide judicial discretion has made the enforcement of a woman’s right to house arrest the exception rather than the rule in several states. Up to January 2019, São Paulo Courts had denied 60% of requests.⁴⁸ This percentage remained unaltered according to a 2020 journalistic investigation, which demonstrated that other states had similarly high denial rates.⁴⁹ NGO data estimates that up to December 2019, 43.8% of women entitled to house arrest remained in prison. In two states, no women had afforded the right to house arrest at all.⁵⁰

21. The full extent of the implementation of house arrest is unknown due to data deficiencies. While the 2020 investigation found that 3,527 women had been granted house arrest nationally, some states informed solely the number of successful requests while omitting denials, and several rejected freedom of information requests, denying that they have access to these statistics.⁵¹

22. Research indicates that 17.6% of female prisons have no knowledge of whether inmates are mothers.⁵² Such lack of information indicates a failure by law enforcement and judges to observe their statutory duty to gather information about the existence and age of children, whether they have disability, and their alternative caretaker at the time of arrest and interrogation.⁵³

23. The legal changes to the right to pre-trial house arrest has had limited impact. Between 2016 and 2019, the rate of female pre-trial detention decrease was nearly equal to that of overall female detention decrease.⁵⁴ Statistics of female pre-trial arrest remained consistent between 2016⁵⁵ and 2021.⁵⁶

24. In 2020, the National Council of Justice⁵⁷ issued recommendations for courts to improve the enforcement of the right to house arrest and extend detention alternatives to other beneficiaries due to COVID-19. Nevertheless, research suggests that problems relating to access to justice have been exacerbated during the pandemic. Outcomes of appeals made by pregnant women and mothers to the second highest national court (‘STJ’) show that the denial rate increased from 43% before March 2020 to 55% thereafter.⁵⁸ Since official statistics reflect an increase in the prison population between 2020 and 2021,⁵⁹ the Court’s shift could indicate a larger trend: that Brazil could be moving away from, instead of towards, detention alternatives.

Discrimination in Access to Detention Alternatives

25. Courts often refuse to enforce women’s rights to detention alternatives on the basis of unlawful exceptions. Research investigating the grounds for unsuccessful house arrest requests found in São Paulo that 35% of decisions argued that mothers had failed to prove their indispensability, establishing an unlawful condition which has been precluded by higher

courts, while 22% justified the denial on the basis of vague objectives to ‘protect the public order’ or ‘enforce criminal law.’⁶⁰

26. Judicial decisions are often discriminatory and enforce harmful gender stereotypes, suggesting that Brazil has neglected to fully implement the *Islamic Republic of Iran’s* (para 136.86)⁶¹ and *Thailand’s* (para 136.189)⁶² recommendations to strengthen measures to eliminate discrimination against women and girls and its capacity-building programmes for judges and legal personnel on women’s rights. House arrest requests are often denied because women have deviated from societal expectations of motherhood by, e.g., leaving their children under someone else’s care⁶³ or leaving during a particular time of the day⁶⁴.

27. Discriminatory refusals suggest that Brazil has not complied with *Denmark’s* (para.136.94)⁶⁵ recommendation to incorporate the Bangkok Rules into public policies. Several courts have failed to observe Bangkok Rule 61, by considering women’s caretaking responsibilities and backgrounds as a detrimental rather than a mitigating factor while disregarding their lack of criminal history and the relative non-severity and nature of the criminal conduct.⁶⁶ Rulings often deem mothers unfit for having committed an offense,⁶⁷ even for minor infractions such as shoplifting due to hunger.⁶⁸ Others have directly discriminated against poor women by, e.g., denying house arrest based on their reliance on state benefits.⁶⁹

28. Many refusals have been justified by the existence of other female family members, forcing caring responsibilities upon other women based on their gender and often without prior consent.⁷⁰ In addition to violating women’s freedom of choice, such decisions fail to appropriately ensure that appropriate provision has been made for the care of children in accordance with Bangkok Rule 64.⁷¹

29. This has also led to discrimination against women from the LGBTQ+ community. A recent ruling denied a request for house arrest on the basis of the petitioner’s same-sex marriage and the existence of a second mother – disregarding the petitioner’s rights and the fact that the spouse was unable to care for all children.⁷² This suggests that Brazil has failed to take sufficient steps to comply with *Ireland’s* (para 136.90)⁷³ recommendation to give particular

attention to LGBTQ+ prisoners and *Mexico’s* (para 136.196)⁷⁴ recommendation to ensure the effective implementation of measures to prevent, punish and eradicate all forms of violence and discrimination against women and the LGBTQ+ community .

30. Women who are denied their right are forced to appeal, which is time-consuming and costly. It is also unclear whether higher courts are sufficiently receptive to requests. STJ has denied appeals with reference to conditions not prescribed by law, such as not having previously enjoyed the right to house arrest.⁷⁵

31. These constraints on access to justice further entrench intersectional inequalities on the basis of socioeconomic status and race. A 2019 study of rulings in indicated that 74% of women who appeal to higher federal courts had a private lawyer, while only 26% relied on public defenders.⁷⁶ These inequalities in access to justice disproportionately impact black women. In São Paulo, 57% of mothers in prison assisted by public defenders are women of colour.⁷⁷ In this regard, Brazil has failed to strengthen measures to prevent and punish discrimination against people of African descent and women and girls as recommended by *Rwanda* (para. 136.36).⁷⁸

Prison Conditions and Healthcare for Women

32. In 2017, *Ireland* (para 136.90)⁷⁹ recommended that Brazil ensure conditions at detention centres comply with international and Brazilian law with particular attention to pregnant women and children. Brazil also received recommendations to improve prison conditions from *Angola* (para 136.82)⁸⁰, *Algeria* (para 136.81), *Namibia* (para 136.75), *Japan* (para 136.92), *Australia* (para 136.95), *Cabo Verde* (para 136.84).⁸¹ The *Republic of Korea* (para 136.76),⁸² specifically recommended the improvement of access to water, food, and medical care whilst in detention. Similarly, *South Africa* prompted Brazil to address overcrowding, sanitation, violence, and medical and psychological care in prisons (para 136.77).⁸³

33. Whilst these recommendations were supported, Brazil has not taken sufficient steps to fulfil these commitments. Many prisons lack access to water and proper ventilation⁸⁴ and neglect nutrition. Rio de Janeiro inspectors reported that caterers in the state’s only prison

for pregnant women had never considered catering for their specific nutrition needs.⁸⁵

34. Brazil has also neglected the implementation of the National Policy for Women Deprived of Liberty and Former Inmates.⁸⁶ The programme's inter-ministerial committee has failed to meet as often as required; present a working plan with specific goals, timelines, and monitoring indicators; and implement required mechanisms of planning and evaluation.⁸⁷ Auditors also found that the Secretariat for Women's Policies, which co-ordinates the committee, did not allocate any funds to such policies between 2016 and 2018.⁸⁸

35. The lack of investment in policies for women deprived of liberty has also led Brazil to neglect recommendations made in the last UPR cycle. *Sweden* (para 136.93)⁸⁹, for example, encouraged Brazil to take the necessary measures to increase the number of gynaecologists in the prison system, which the government accepted. However, from 2016 to 2021, the number of prisons with gynaecologists only increased from six to seven – an unacceptable number in the fifth largest country in the world.⁹⁰

36. Inspectors and researchers have reported that female prisons have extremely poor STI and prenatal healthcare.⁹¹ Syphilis and HIV transmission rates are almost seven times higher among women deprived of liberty, while the mother-to-child transmission rate is 66.7% in prisons, nearly twice the general 36.6% rate.⁹² There are reports that mother-to-child transmission is aggravated by prison healthcare neglecting to perform essential tests.⁹³

37. Brazil has systematically neglected the healthcare of pregnant women and mothers in prison. 68% of them considered their care inadequate in 2016,⁹⁴ an issue which continues to be reflected in recent reports. In 2019, researchers found that many lacked basic knowledge about childbirth.⁹⁵ Women in Rio have reported unavailability of ambulances⁹⁶ and the severing of outside communications during evenings and weekends, which eliminates all means of contact during health emergencies and has forced a woman into unassisted childbirth in unsafe conditions in her cell.⁹⁷ Another mother reported being harassed to reduce the frequency of use of asthma medication to reduce costs.⁹⁸

38. By neglecting women deprived of liberty, Brazil has neglected recommendations by *Switzerland* (para. 136.158)⁹⁹ and *Uruguay*

(para. 136.159)¹⁰⁰ to ensure access to reproductive healthcare, including high-quality prenatal care without discrimination, as well as *Iceland's* recommendation to promote effective assistance measures during pregnancy and birth (para. 136.162).¹⁰¹ No substantive steps have been taken to ensure continued effectiveness of strategies to combat HIV-AIDS among such specifically affected group in line with *Bahamas'* recommendation (para. 136.157).¹⁰²

Impact of COVID-19 on Pregnant Women and Mothers in Prison

39. The pandemic has had a disproportionate impact on persons deprived of liberty. While official statistics indicate that infection rates in prison were only 3.3% higher than that of the general population, they also suggest that cases were severely underreported. In 2020, infection rates of prison employees were 147.8% higher than the general population.¹⁰³ The number of deaths in prison due to unknown causes rose by 227.7%, while those due to natural causes increased from 88.3 to 99.7 for each 100,000 inhabitants.¹⁰⁴

40. Civil society has expressed concerns that COVID-19 deaths in prisons may have been intentionally concealed. The State of Rio de Janeiro ceased autopsies of prisoners who died due to natural causes, while a São Paulo prison reportedly registered at least two deaths under such general category despite strong suspicions of COVID-19 infection.¹⁰⁵ Organisations have also condemned a national decree¹⁰⁶ which authorised the burial and cremation of people without formal registration of the death, in cases where family members or people known to the deceased are absent. Given the existing constraints on communications with prisoners' next-of-kin, concerns have been raised that this has led to COVID-19 victims in the prison system turning into "disappeared persons."¹⁰⁷

41. Transparency deficiencies strengthen underreporting suspicions. According to a 2020 report, 32% of states lacked publicly available information about COVID-19 in prisons.¹⁰⁸ Available data was severely inconsistent. For example, in April, the Minas Gerais State reported 50 suspected cases of COVID-19, while this number was 32% lower than national statistics.¹⁰⁹ Up to May 2020, only 0.09% of prisoners had been tested.¹¹⁰

42. Inmates and their families have reported that management has hindered their communication to conceal the severity of health conditions and infection rates. Visitations were banned nationally,¹¹¹ and many facilities restricted phone calls.¹¹² Others refused to isolate those infected, shut down calls to help those who were unwell with physical violence, and forbid communication with family members entirely,¹¹³ leading to several riots in 2020.¹¹⁴

43. The complete extent to which female prisons for pregnant women and mothers were particularly affected is unknown. In 2020, 96% of states refused to provide disaggregated data on COVID-19 in prisons by gender and age.¹¹⁵

44. Nevertheless, evidence indicates that pregnant women have been disproportionately impacted by the pandemic. In 2020, the number of deaths of pregnant and postpartum women due to COVID-19 in Brazil was 3.4 times higher than the number of reported deaths for the rest of the world.¹¹⁶ Brazilian rates represented 77.5% of all COVID-related maternal deaths internationally, of which 28% of fatal cases had not been admitted to ICU and 15% received no ventilatory support.¹¹⁷ Intersectional inequalities aggravated these shortcomings, with the mortality rate due to COVID-19-related respiratory conditions for Black pregnant and postpartum women reaching a level almost twice as high as that of white women in the same group.¹¹⁸

45. At least one prison interrupted paediatric care during the pandemic, leading to a child falling ill because of a missed vaccination, while a woman gave birth in her prison cell with improvised health from enforcement staff due to a lack of medical help.¹¹⁹ In Minas Gerais, a prison which recorded twenty COVID-19 cases among women and children had no doctors on site.¹²⁰

46. Brazil has therefore neglected its commitments to combat high maternal mortality rate in compliance with the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women ('CEDAW'), as recommended by *Estonia* (para 136.185).¹²¹ It has also failed to comply with *Colombia's* (para 136.54)¹²² recommendation to continue reinforcing the policy on effective and qualitative access to health services for women of African descent. Both recommendations were supported but have not been implemented.

Childcare and Breastfeeding Restrictions in Prison

47. Brazil has not taken sufficient steps to implement *Thailand's* (para 136.96)¹²³ recommendation to improve facilities dedicated to pregnancy and maternity in prisons in line with the Bangkok Rules or continue efforts towards the promotion of the rights of the child as recommended by *Armenia* (para. 136.201).¹²⁴ While Law 7210/1984 establishes that all female prisons must have nursery and day-care facilities for children under six months and seven years old respectively,¹²⁵ their capacity was limited to 758 children in 2021,¹²⁶ when at least 1,043 children were living with their mothers in prison.¹²⁷ Between 2016 and 2021, capacity remained nearly unaltered, and the number of prisons with paediatric care dropped from six to two.¹²⁸

48. Brazilian prisons also lack appropriate conditions under which women can enjoy, for a suitable period, their constitutional right to remain with their child while breastfeeding.¹²⁹ While WHO and UNICEF recommend breastfeeding for two years to protect women and children from life-threatening and chronic diseases, statutory protection only covers six months,¹³⁰ after which babies are often separated from their mothers.¹³¹

49. We welcome a recent decree issued by the State of Pará to improve the psychological, medical, and social care of breastfeeding mothers deprived of liberty and enable cohabitation for breastfeeding for up to two years. Nevertheless, policy still compels women to begin the cessation of breastfeeding at the six-month mark, which unduly restricts their bodily autonomy and their freedom to make decisions concerning their health and their children's.¹³² Since prisons have a statutory obligation to provide facilities to welcome children under seven, we see no reasonable justification for restricting mother-child cohabitation or breastfeeding at an earlier age.

Violence and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment

50. Pregnant women and mothers are often victims of various forms of violence and cruel, inhuman or degrading treatment in prison, contrary to Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In this

regard, Brazil has failed to take sufficient steps to ensure respect for and protection of human rights for all detainees in compliance with domestic and international laws and standards (*Austria*, para. 136.83; *Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 136.80).¹³³

51. Reports of psychological violence are frequent in female prisons. Mothers have described prisons as 'hell' or a 'purgatory'.¹³⁴ Torture prevention inspectors have reported the isolation of a pregnant woman in unhealthy conditions¹³⁵ as a form of punishment in violation of Bangkok Rule 22,¹³⁶ as well as cases of mothers who were threatened with separation from their child to enforce unreasonable childcare rules.¹³⁷

52. Pregnant women deprived of liberty are often victims of obstetric violence. In 2016, nearly 90% of women deprived of liberty stated that their 'intimacy' had been disrespected during birth,¹³⁸ suggesting that they may have experienced sexual violence. 16% and 14% of women specifically reported physical violence perpetrated by healthcare professionals and enforcement officers respectively.¹³⁹ There is no evidence of improvement, since a 2021 study found an identical obstetric violence rate of 14% by both perpetrator groups.¹⁴⁰ Within the prison system, Brazil has therefore neglected to implement supported recommendations from *Iraq* (para 136.187)¹⁴¹ and *Egypt* (para 136.184)¹⁴² to take measures to combat violence against women and children.

53. Obstetric violence is often associated with prisons' lack of compliance with legal obligations. In 2016, only 3% of women deprived of liberty enjoyed their right to a companion during childbirth,¹⁴³ while 89% reported that the prison had neglected its duty¹⁴⁴ to inform their families that they were in labour.¹⁴⁵ The 2021 study found that 73% of families had not been contacted about the birth, suggesting that there has been little improvement.¹⁴⁶ In 2020, Rio de Janeiro inspectors also found that the use of handcuffs including before, during, and after birth remained frequent.¹⁴⁷ While Brazil has not followed *Denmark's* (para 136.94)¹⁴⁸ recommendation to adopt Bill 5654/2016, which reaffirms the right to freedom from violence during childbirth and prohibits the use of handcuffs, such practice was banned by statute in 2017.¹⁴⁹

Lack of Accountability for Human Rights Violations in the Judiciary

54. While statutory guarantees are indispensable for the fulfilment of the rights of women deprived of liberty, judicial enforcement deficiencies often hinder their enjoyment of such protections. In some cases, courts have actively violated women's rights to be free from cruel, inhuman or degrading treatment and their sexual and reproductive health rights. In 2017, a judge granted an urgent injunction requested by the prosecution to compel the State of São Paulo to carry out a forced sterilisation procedure of a woman deprived of liberty during childbirth on the basis of her socioeconomic status and drug addiction. While the prosecution presented a signature as indication of consent, it also stated that the woman was reluctant to proceed.¹⁵⁰

55. The Court did not hear the woman or assign her any legal representation, and no informed consent procedures were followed. When an appeal was granted, the procedure had already been performed. The victim had also been immediately separated from her child at birth, as the same judge had stripped her of parental rights.¹⁵¹ This was not an isolated case. In 2019, another ruling reportedly stripped a child from a mother deprived of liberty at the time of birth and placed them for adoption without parental consent.¹⁵²

56. While the prosecutor and judge who ordered the forced sterilisation procedure were investigated by their respective institutions, neither was held accountable for the human rights violation nor were they removed from office. The first was suspended for 15 days,¹⁵³ while the second's investigation was archived.¹⁵⁴

57. Such case exemplifies Brazil's failure in strengthening mechanisms of prosecution of all perpetrators of sexual and gender-based violence in accordance with *Slovakia's* recommendation (para 136.191),¹⁵⁵ bringing the perpetrators of violence against women to justice, as advised by *Togo* (para 136.192),¹⁵⁶ and taking further efforts in combating violence against women, including by enhancing trust in the judicial system, as recommended by *Spain* (para 136.119).¹⁵⁷ It also suggests that not enough has been done to provide human rights training to officials in the legal and judicial system, as recommended by *Ireland* (para 136.90)¹⁵⁸ or to implement *Thailand's* (para 136.189)¹⁵⁹ recommendation

to strengthen capacity-building programmes for judges and legal personnel on women's rights and violence against women.

58. Illustrating the severe deficiencies in judicial accountability in Brazil, this case also strengthens the case for stronger reliance on additional extrajudicial alternatives for human rights enforcement. Judiciable guarantees, while indispensable, are insufficient for the enjoyment of the rights of women deprived of liberty.

Recommendations

We recommend that the Government of Brazil should:

- i. Create a statutory duty for all detention facilities to gather and publish data disaggregated by gender, age, race, ethnicity, migratory status, disability, geographic location and income, as well as pre- or post-trial detention status, type of offense, number and age of children, according to United Nations guidance on Human Rights-Based Approach to Data (HRBAD).¹⁶⁰
- ii. Collaborate with the court system to gather custody hearing data and compare its incarceration data with numbers provided by prisons' self-reporting system, as well as investigate any discrepancies.
- iii. Consolidate all existing and new prison-related data, including open data, reports, and webpages from all existing sources, into a single system with biannual updates and no interruptions to reporting and website operation.
- iv. Ensure that data is equally available to persons in poverty, and particularly those with low digital literacy and access, by resuming the publication of written statistical reports, including the specialist report on women in prison, in accordance with the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights' recommendations for the digital welfare state.¹²⁵
- v. Amend Law 11.343/2006 to include objective criteria according to which law enforcement and courts must identify the threshold between drug possession and drug trafficking to address the root causes of female overincarceration and prevent discriminatory outcomes derived from bias.
- vi. Implement and monitor the execution of "Mulheres Livres" project in all states.

vii. Order the direct and automatic enforcement of the pregnant women's and mothers' rights to pre-trial detention alternatives for those who fulfil statutory criteria. This would place the burden of appeal in highly exceptional cases with the prosecution and ensure that women presumably entitled to house arrest are not unlawfully imprisoned while a judicial decision is pending.

viii. Strengthen equality legislation by introducing new statutory protections against all direct or indirect discrimination, including intersectional discrimination, on the basis of grounds established by international human rights law, including gender, race, sexual orientation, gender identity, and socioeconomic status, with specific reference to discrimination against persons deprived of liberty.

ix. Amend legislation to reiterate that pregnant women and mothers shall not be required to offer proof of indispensability for childcare to enjoy the right to a detention alternative, and that their request must not be denied solely due to the existence of other family members.

x. Amend legislation to extend the right to house arrest to all pregnant women and mothers of children and persons with disabilities regardless of pre- or post-trial detention status to increase compliance with Bangkok Rule 64, according to which custodial sentences must only be considered when the offence is serious or violent or the woman represents a continuing danger.¹⁶¹

xi. Implement mandatory human rights and gender sensitivity training for all members of the Judiciary and prison employees.

xii. Amend the National Policy for Women Deprived of Liberty and Former Inmates to specify procedures for annual planning, monitoring, implementation, and evaluation with reference to measurable goals, timelines, monitoring indicators, and stakeholder engagement.

xiii. Ensure that pregnant women and mothers deprived of liberty with children under their care are placed in suitable detention facilities, preferably separate from other prisons to best tailor the environment to pregnancy and motherhood.

xiv. Ensure that all female prisons have safe conditions and appropriate access to healthcare through permanent medical personnel before

xvi. Grant immediate access to detention alternatives to all pregnant women and mothers of children and persons with disabilities who have not committed a crime of violence, serious threat, or against their dependents and who are imprisoned in facilities without obstetric and paediatric care.

xvii. Ensure the respect for women's bodily autonomy by enabling mothers to breastfeed their children for as long as they choose and providing them with appropriate facilities for mother-child cohabitation in detention or, in case such facilities are unavailable or unsuitable, house arrest.

xviii. Ensure the independence of investigation and adjudication of claims concerning human rights violations in the judiciary and consider establishing a stronger accountability mechanism to include external experts and civil society representatives in decision-making processes and implement special procedures which are compatible with the gravity of such infractions.

NOTES

1. Brazil / USA: female mass incarceration' (Prison Insider, 1 April 2021) <<https://www.prison-insider.com/en/articles/brazil-usa-female-mass-incarceration>> accessed 21 March 2022
2. *ibid.*
3. 'ITTC analisa: Infopen mulheres 2016 e maternidade' (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 31 July 2018) <<http://ittc.org.br/ittc-analisa-infopen-mulheres-2016-e-maternidade/>> accessed 21 March 2022
4. UN General Assembly (Resolution A/RES/65/229).
5. UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (18 July 2017) Un Doc A/HRC/36/11, para. 136.82, 136.79.
6. *Ibid.*, para. 136.78
7. *ibid.*, para. 136.107.
8. Thandara Santos, 'Os dados sobre o sistema prisional e as suas dissonâncias' (G1 Globo, 19 February 2020) <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/os-dados-sobre-o-sistema-prisional-e-suas-dissonancias.ghtml>> accessed 21 March 2022
9. *ibid.*
10. 'Goiás é o único estado do país a não divulgar número de presos provisórios e dados por gênero' (G1 Globo, 19 February 2020) <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/goias-e-o-unico-estado-do-pais-a-nao-divulgar-numero-de-presos-provisorios-e-dados-por-genero.ghtml>> accessed 21 March 2022
11. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4) para. 136.81
12. 'Brazil / USA: female mass incarceration' (Prison Insider, 1 April 2021) <<https://www.prison-insider.com/en/articles/brazil-usa-female-mass-incarceration>> accessed 21 March 2022.
13. See <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorios-sinteticos>>
14. See <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopen-mulheres>>
15. See <<https://web.archive.org/web/20220319170618/https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> (preview no longer available)
16. See <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/resolveuid/33305a66a019424494f98ea387848eab>> accessed 10 March 2022 (preview no longer available)
17. See <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados>>
18. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Presos em Unidades Prisionais no Brasil' (Governo Federal, 19 January 2022) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWlXyYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022
19. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022) <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brazil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISDEPEN website).
20. Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres e Núcleo Especializado de Situação Carcerária, 'Recomendação Acompanhante mulheres encarceradas' (Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 9 February 2021), 4 <<https://www.conjur.com.br/dl/defensoria-recomenda-gravidas-tenham.pdf>> accessed 21 March 2022
21. Alicia Ramos e Karina Rabelo, 'Mulheres na cadeia: crescimento populacional e questões de gênero' (Observatório das Desigualdades, 1 September 2021) <<http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1994>> accessed 21 March 2022
22. Thiago Domenici and Iuri Barcelos, 'Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo' (Agência Pública, 6 May 2019) <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>> accessed 21 March 2022.

23. Brazil/ USA: female mass incarceration' (Prison Insider, 1 April 2021) <<https://www.prison-insider.com/en/articles/brazil-usa-female-mass-incarceration>> accessed 21 March 2022
24. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 258 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022
25. Alicia Ramos e Karina Rabelo, 'Mulheres na cadeia: crescimento populacional e questões de gênero' (Observatório das Desigualdades, 1 September 2021) <<http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1994>> accessed 21 March 2022
26. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022), 15 <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISDEPEN website).
27. Fausto Salvadori, 'Opinion: Brazil's racist wave of mass incarceration' (The Washington Post, 14 June 2021) <<https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/06/14/brazil-war-on-drugs-racism-mass-incarceration/>> accessed 21 March 2022.
28. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022.
29. Thiago Domenici and Iuri Barcelos, 'Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo' (Agência Pública, 6 May 2019) <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>> accessed 21 March 2022.
30. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022.
31. 'ITTC analisa: Infopen mulheres 2016 e maternidade' (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 31 July 2018) <<http://ittc.org.br/ittc-analisa-infopen-mulheres-2016-e-maternidade/>> accessed 21 March 2022
32. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022
33. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022
34. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022) <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISDEPEN website).
35. *ibid.*
36. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.107, 136.108.
37. *ibid.*, para. 136.94.
38. UNGA, 'United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)' (16 March 2011) Un Doc A/RES/65/229, p.46-47
39. Departamento Penitenciário Nacional, 'Relatório de Avaliação: 2020' (Ministério da

- Justiça e Segurança Pública - Controladoria-Geral da União, 2020), 59 <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/relatorio-de-avaliacao-departamento-penitenciario-nacional-2020>>
40. Law 13257/2016, 8 March 2016 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>
 41. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) - 5ª C. Criminal - HCC -1628231-6 [2017] "Brazil's second-highest court has clarified that house arrest should be the norm, not an exception, and that such proof is unnecessary." <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437332403/habeas-corpus-hc-16282316-pr-1628231-6-acordao-inteiro-teor-437332413>>; 'STJ: afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante exige fundamentação idônea e casuística' (Canal Ciências Criminais, 8 September 2020) <<https://canalcienciascriminais.com.br/stj-afastamento-da-prisao-domiciliar-para-mulher-gestante-exige/>> accessed 21 March 2022; Supremo Tribunal de Justiça (STJ) – T6 Sexta Turma - HC: 587817 PR 2020/0136893-5 [2020] <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101091346/habeas-corpus-hc-587817-pr-2020-0136893-5/inteiro-teor-1101091356>>; Supremo Tribunal de Justiça (STJ) – T6 Sexta Turma – HC: 362922 PR 2016/0185346-9 [2017] <> ; See Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais, 'Maternidade no CárcereLein. 13.769/2018' (Ministério Público do Estado do Paraná, 2019) <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf> <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860515936/habeas-corpus-hc-362922-pr-2016-0185346-9/inteiro-teor-860515996?ref=juris-tabs>> ; Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais, 'Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018' (Ministério Público do Estado do Paraná, 2019) <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf>
 42. Supremo Tribunal Federal (STF) - Segunda Turma - HC: 143641/ SP [2018] <> <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20143641%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>
 43. Camila Dias and Vanessa Meneguetti, 'A (não) aplicação da prisão domiciliar a mulheres presas mães ou gestantes: reflexões sobre as relações entre punição e gênero' (ANPOCS 44th edn, 2020) 7, <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/44-encontro-anual-da-anpocs/gt-32/gt47>> accessed 21 March 2022.
 44. Law 13769/2018, 19 December 2018 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>
 45. Law 13769/2018, 19 December 2018, art 2 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm> amending article 318-A of Decreto-Lei nº 3689/1941, 3 October 1941 (Criminal Code) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art318a>
 46. Law 13769/2018, 19 December 2018, art 1 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm> amending Article 112, § 3º of Law 7210/1984, 11 July 1984 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm#art112%C2%A73>
 47. Supremo Tribunal de Justiça (STJ) - T5 Quinta Turma - AgRg HC: 426526 RJ 2017/0307335-4 [2019] <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678477891/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-426526-rj-2017-0307335-4>>
 48. Léo Arcoverde, Milena Teixeira e Paula Paiva Paulo, 'Justiça de SP nega 60% dos pedidos de prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos' (G1 Globo, 6 February 2020) <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/06/justica-de-sp-nega-60percent-dos-pedidos-de-prisao-domiciliar-para-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-de-ate-12-anos.ghtml>> accessed 21 March 2022
 49. Clara Velasco, Gabriela Caesar, Milena Teixeira e Thiago Reis, 'Em dois anos, 3,5 mil mulheres grávidas ou com filhos pequenos deixam prisão após decisão do STF' (G1 Globo, 19 February 2020) <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-dois-anos-35-mil-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-deixam-prisao-apos-decisao-do-stf.ghtml>> accessed 21 March 2022

50. Jennifer Mendonça, '40% das mulheres com direito a prisão domiciliar seguiram em regime fechado' (Ponte, 14 December 2021) <<https://ponte.org/mais-de-40-das-mulheres-condenadas-com-direito-a-prisao-domiciliar-continuaram-presas/>> accessed 21 March 2022
51. Clara Velasco, Gabriela Caesar, Milena Teixeira e Thiago Reis, 'Em dois anos, 3,5 mil mulheres grávidas ou com filhos pequenos deixam prisão após decisão do STF' (G1 Globo, 19 February 2020) <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-dois-anos-35-mil-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-deixam-prisao-apos-decisao-do-stf.ghtml>> accessed 21 March 2022
52. Jennifer Mendonça, '40% das mulheres com direito a prisão domiciliar seguiram em regime fechado' (Ponte, 14 December 2021) <<https://ponte.org/mais-de-40-das-mulheres-condenadas-com-direito-a-prisao-domiciliar-continuaram-presas/>> accessed 21 March 2022.
53. Law 13257/2016, 8 March 2016, art.41 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13257.htm>.
54. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISEPEN, July - December 2019 (Ministério da Justiça, 2019) <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-nacional-2_2019.xls&wdOrigin=BROWSELINK> accessed 21 March 2022; Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISEPEN, December 2016 (Ministério da Justiça, 2016) <<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-dez-2016-nacional.xls&wdOrigin=BROWSELINK>> accessed 21 March 2022
55. 14,486 - Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISEPEN, December 2016 (Ministério da Justiça, 2016) <<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-dez-2016-nacional.xls&wdOrigin=BROWSELINK>> accessed 21 March 2022
56. 14,467 - Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022) <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISEPEN website).
57. National Council of Justice Recommendation 62/2020: "review of provisional detention rulings for, among other groups, pregnant and breastfeeding women, mothers and guardians or children under 12 or person with a disability, as well as persons in overcrowded prisons or prisons without healthcare personnel. 'Maximum exceptionality' of new provisional detention rulings." See <[tps://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf)>
58. Manuela Moser e Marília de Nardin Budó, 'Que pandemia? Superior Tribunal de Justiça mantém padrão de decisões sobre prisões preventivas para gestantes, mães de crianças e responsáveis por pessoas com deficiência' (Covid nas Prisões, 21 September 2020) <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/stj-mantem-padrao-de-decisoes-sobre-prisoas-preventivas-para-mulheres>> accessed 21 March 2022.
59. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 - Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTjBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022
60. Christopher Ravagnani, Josielly Ito and Bruno Neves, 'Maternidade e Prisão: pesquisa empírica no TJSP após o HC coletivo 143.641 do STF' (2019), Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, Vol. 7, Nº 2, 139 <https://www.academia.edu/41612531/Maternidade_e_Pris%C3%A3o_pesquisa_emp%C3%ADrica_no_TJSP_ap%C3%B3s_o_HC_coletivo_143_641_do_STF> accessed 21 March 2022
61. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Brazil' (n 4), para. 136.86

62. *ibid.*, para. 136.189.
63. Camila Dias and Vanessa Meneguetti, 'A (não) aplicação da prisão domiciliar a mulheres presas mães ou gestantes: reflexões sobre as relações entre punição e gênero' (ANPOCS 44th edn, 2020) 7, 11 <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/44-encontro-anual-da-anpocs/gt-32/gt47>> accessed 21 March 2022.
64. Gil Alessi, 'Meus bebês tinham esquecido de mim': as mães impedidas de deixar a prisão no Brasil' (EL PAÍS, 12 December 2018) <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/06/politica/1544101278_421724.html> accessed 21 March 2022
65. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.94.
66. UNGA, 'United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)' (16 March 2011) Un Doc A/RES/65/229, p. 45.
67. Camila Dias and Vanessa Meneguetti, 'A (não) aplicação da prisão domiciliar a mulheres presas mães ou gestantes: reflexões sobre as relações entre punição e gênero' (ANPOCS 44th edn, 2020) 7, 11 <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/44-encontro-anual-da-anpocs/gt-32/gt47>> accessed 21 March 2022.
68. Instituto Terra Trabalho e Cidadania, 'MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres' (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITTC, 2019), 13 <<https://itcc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadesemprisao-aplicacao-marco-legal.pdf>> accessed 21 March 2022.
69. Gil Alessi, 'Meus bebês tinham esquecido de mim': as mães impedidas de deixar a prisão no Brasil' (EL PAÍS, 12 December 2018) <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/06/politica/1544101278_421724.html> accessed 21 March 2022.
70. Instituto Terra Trabalho e Cidadania, 'MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres' (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITTC, 2019), 18 <<https://itcc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadesemprisao-aplicacao-marco-legal.pdf>> accessed 21 March 2022.
71. UNGA, 'United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)' (16 March 2011) Un Doc A/RES/65/229, p.46-47
72. Amanda Audi and others, 'Juizes ignoram a lei e mantêm mais de 3 mil mães na cadeia longe dos filhos durante a pandemia' (The Intercept Brasil, 9 May 2020) <<https://theintercept.com/2020/05/09/juizes-ignoram-lei-maes-presas-pandemia/>> accessed 21 March 2022
73. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.90
74. *ibid.*, para. 136.196.
75. Amanda Audi and others, 'Juizes ignoram a lei e mantêm mais de 3 mil mães na cadeia longe dos filhos durante a pandemia' (The Intercept Brasil, 9 May 2020) <<https://theintercept.com/2020/05/09/juizes-ignoram-lei-maes-presas-pandemia/>> accessed 21 March 2022
76. Instituto Terra Trabalho e Cidadania, 'MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres' (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITTC, 2019), 14 <<https://itcc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadesemprisao-aplicacao-marco-legal.pdf>>.
77. Camila Boehm, 'Mulheres presas enfrentam obstáculos para exercer maternidade em SP' (Agência Brasil, 6 February 2020) <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/mulheres-presas-enfrentam-obstaculos-para-exercer-maternidade-em-sp>> accessed 21 March 2022.
78. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.36.
79. *ibid.*, para. 136.90.
80. *ibid.*, para. 136.82.
81. *ibid.*, paras. 136.82, 136.81, 136.75, 136.92, 136.95 and 136.84, respectively..
82. *ibid.*, para. 136.76.
83. *ibid.*, para. 136.77.
84. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 254 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022.

85. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 'Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro' (ALERJ, 2016), 40 <<https://www.cressrj.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Mulheres.pdf>> accessed 21 March 2022.
86. Portaria Interministerial nº 210, 16 January 2014 (Ministry of Justice, 2014), see <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/361/1/PRI_GM_2014_210.pdf> and Decreto nº 9871/2019, 27 June 2019 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9871.htm>.
87. Departamento Penitenciário Nacional, 'Relatório de Avaliação: 2020' (Ministério da Justiça e Segurança Pública - Controladoria-Geral da União, 2020), 52-56 <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/relatorio-de-avaliacao-departamento-penitenciario-nacional-2020>>.
88. Departamento Penitenciário Nacional, 'Relatório de Avaliação: 2020' (Ministério da Justiça e Segurança Pública - Controladoria-Geral da União, 2020), 56 <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/relatorio-de-avaliacao-departamento-penitenciario-nacional-2020>>.
89. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.93.
90. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SIDESPEN, December 2016 (Ministério da Justiça, 2016) <<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinfopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-dez-2016-nacional.xls&wdOrigin=BROWSELINK>> accessed 21 March 2022; Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SIDESPEN, July - December 2019 (Ministério da Justiça, 2019) <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinfopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-nacional-2_2019.xls&wdOrigin=BROWSELINK> accessed 21 March 2022
91. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 'Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro' (ALERJ, 2016), 69 <<https://www.cressrj.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Mulheres.pdf>> accessed 21 March 2022
92. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 255-256 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022
93. *ibid*, 254
94. Maria do Carmo Leal and others, 'Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil' (2016) Ciência & Saúde Coletiva, 21(7):2061-2070, 2064 <<https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Bk/?format=pdf&lang=pt>>
95. Khesia Matos, Susanne Silva and Emanuela Nascimento, 'Filhos do cárcere: representações sociais de mulheres sobre parir na prisão' (2019) Interface - Comunicação, Saúde, Educação, 23(7), e180028, 8 <https://www.researchgate.net/publication/334280181_Filhos_do_carcere_representacoes_sociais_de_mulheres_sobre_parir_na_prisao>.
96. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 'Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro' (ALERJ, 2016), 69 <<https://www.cressrj.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Mulheres.pdf>> accessed 21 March 2022.
97. Luiza Souto, 'Presas dão à luz algemadas; relatório cita laqueadura sem permissão' (Portal Geledés, 28 October 2021) <<https://www.geledes.org.br/presas-dao-a-luz-algemadas-relatorio-cita-laqueadura-sem-permissao/>> accessed 21 March 2022.
98. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 259 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022.
99. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.158.
100. *ibid*., para. 136.159.
101. *ibid*., para. 136.162.
102. *ibid*., para. 136.157.
103. Betina Warmling Barros, 'O sistema prisional em 2020-2021: entre a Covid-19, o atraso na vacinação e a continuidade dos problemas estruturais' (Anuário Brasileiro de Segurança

- Pública, 2021), 207 <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/11-o-sistema-prisional-em-2020-2021-entre-a-covid-19-o-atraso-na-vacinacao-e-a-continuidade-dos-problemas-estruturais.pdf>>
104. *ibid.*, 209.
105. Flávio Costa, 'Coronavírus: MP investiga se morte de preso no Rio foi subnotificada' (UOL, 26 March 2020) <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/26/coronavirus-mp-pede-esclarecimentos-sobre-morte-de-preso-no-rio.htm>> accessed 21 March 2022
106. Portaria Conjunta, nº 1, 30 March 2020 (Conselho Nacional de Justiça, 31 March 2020), see <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/SEI-CNJ-0857532-Portaria.pdf-2.pdf>>
107. Fabio Mallart and others, 'Brazil's prisons: Covid-19 massacre imminent' (Latin American Bureau, April 6 2020) <<https://lab.org.uk/brazils-prisons-covid-19-massacre-imminent/>> accessed 21 March 2022
108. Clara Assunção, 'Com quase 887 mil presos, Brasil desconhece extensão da covid-19 nas prisões' (Brasil de Fato, 14 October 2020) <<https://www.brasildefato.com.br/2020/10/14/com-quase-887-mil-presos-brasil-desconhece-extensao-da-covid-19-nas-prisoos>> accessed 21 March 2022
109. Arthur Stabile and Josmar Jozino, 'Preso morre de coronavírus antes de Justiça julgar seu pedido de liberdade' (Ponte, 22 April 2020) <<https://ponte.org/preso-morre-de-coronavirus-antes-de-justica-julgar-seu-pedido-de-liberdade/>> accessed 21 March 2022
110. Josmar Jozino, 'Apenas 0,09% dos presos no Brasil fizeram teste da Covid-19' (Ponte, 1 May 2020) <<https://ponte.org/apenas-009-dos-presos-no-brasil-fizeram-teste-da-covid-19/>> accessed 21 March 2022
111. *ibid.*
112. Andrea DiP, 'Gestantes e mães com bebês enfrentam pandemia dentro das prisões' (A Pública, 10 May 2020) <<https://apublica.org/2020/05/gestantes-e-maes-com-bebes-enfrentam-pandemia-dentro-das-prisoos-paulistas/>> accessed 21 March 2022
113. 'Pastoral Carcerária divulga relatos e denúncias sobre o sistema carcerário em tempos de pandemia' (Pastoral Carcerária, 22 April 2020) <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pastoral-carceraria-divulga-relatos-e-denuncias-sobre-o-sistema-carcerario-em-tempos-de-pandemia>> accessed 21 March 2022.
114. 'Inmates in Brazil Prison Protest Suspension of Visits' (VOA News, 3 May 2020) <https://www.voanews.com/a/covid-19-pandemic_inmates-brazil-prison-protest-suspension-visits/6188623.html> accessed 21 March 2022.
115. Clara Assunção, 'Com quase 887 mil presos, Brasil desconhece extensão da covid-19 nas prisões' (Brasil de Fato, 14 October 2020) <<https://www.brasildefato.com.br/2020/10/14/com-quase-887-mil-presos-brasil-desconhece-extensao-da-covid-19-nas-prisoos>> accessed 21 March 2022
116. Maria Takemoto and others, 'The tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting' (2020) *Int J Gynecol Obstet*, Vol. 151, Issue 1: 154-156 <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ijgo.13300>>
117. Marcus Nakamura-Pereira and others, 'Worldwide maternal deaths due to COVID-19: A brief review' (2020) *Int J Gynecol Obstet*, Vol. 151, Issue 1: 148-150 <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ijgo.13328>>
118. Carlos A. Scheler and others, 'Mortality in pregnancy and the postpartum period in women with severe acute respiratory distress syndrome related to COVID-19 in Brazil' (2020) *Int J Gynecol Obstet*, 2021; Vol. 155, Issue 3: 475-482 <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ijgo.13804>>.
119. Judite Cypreste, 'Justiça mantém 19 grávidas e 13 lactantes presas no estado de SP apesar de recomendação do CNJ' (G1 Globo, 26 October 2020) <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/26/justica-mantem-19-gravidas-e-13-lactantes-presas-no-estado-de-sp-apesar-de-recomendacao-do-cnj.ghtml>> accessed 21 March 2022.
120. Lara Alves, 'Surto de coronavírus: 15 mulheres e 5 bebês estão infectados em prisão de MG' (O Tempo, 23 March 2021) <<https://www.otempo.com.br/cidades/surto-de-coronavirus-15-mulheres-e-5-bebes-estao-infectados-em-prisao-de-mg-1.2463411>> accessed 21 March 2022.

121. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.185.
122. *ibid.*, para. 136.54.
123. *ibid.*, para. 136.96.
124. *ibid.*, para. 136.201.
125. Law 7210/1984, 11 July 1984, art.89 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>
126. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022) <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISDEPEN website).
127. Departamento Penitenciário Nacional, 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de Janeiro a Junho de 2021 – Aprisionamento Feminino' (Governo Federal, 9 December 2021) <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNnNy05MUYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> accessed 21 March 2022
128. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) '10º Ciclo, Janeiro - Junho 2021' (Ministério da Justiça, 12 January 2022) <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>> (no longer available at the official SISDEPEN website); Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SIDESPEN, December 2016 (Ministério da Justiça, 2016) <<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Ffinfopen%2Frelatorios-analiticos%2Fbr%2Frelatorioconsolidado-dez-2016-nacional.xls&wdOrigin=BROWSELINK>> accessed 21 March 2022
129. Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988, Article 5th, L <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641516/artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>>
130. Law 7210/1984, 11 July 1984, art.83 § 2º <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>
131. Carolina Fioratti and Franciele Rodrigues, 'Como prisões limitam a amamentação dos filhos das detentas' (Nexo, 16 January 2022) <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2022/01/16/Como-pris%C3%B5es-limitam-a-amamenta%C3%A7%C3%A3o-dos-filhos-das-detentas>> accessed 21 March 2022
132. 'Portaria sobre grávidas e puérperas da Seap/PA é apresentada em evento nacional' (Agência Pará, 15 June 2021) <<https://agenciapara.com.br/noticia/29080/>> accessed 21 March 2022
133. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.83; para. 136.80.
134. Bruna Santos and Vânia Rezende, 'Sistema carcerário feminino: uma análise das políticas públicas de segurança com base em um estudo local' (2020) Cad. EBAPE.BR, v. 18, n° 3, Rio de Janeiro, pp.583-59, 589 <<https://www.scielo.br/j/cebape/a/nb3pxjFQ7hDkWFxJ9D8MzFc/?format=pdf&lang=pt>>.
135. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 'Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro' (ALERJ, 2016), 44 <<https://www.cressrj.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Mulheres.pdf>> accessed 21 March 2022.
136. UNGA, 'United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)' (16 March 2011) Un Doc A/RES/65/229, p.34.
137. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 256 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022
138. Maria do Carmo Leal and others, 'Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil' (2016) Ciência & Saúde Coletiva, 21(7):2061-2070, 2066 <<https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Bk/?format=pdf&lang=pt>>.
139. *ibid.*, 2064.
140. Gessica Leal, Celina Magalhães, Daisy Pereira, 'Grávidas e puérperas em situação de privação de liberdade: avaliação do atendimento pré e pós-parto' (2021) Revista Brasileira de Execução Penal, Brasília, v. 2, n. 2, p. 161-180,

- 173 <<http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/article/view/279/213>>
141. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.187.
142. *ibid.*, para. 136.184.
143. Mariana Paganote Dornellas, 'Gestantes e puérperas presas após a Lei da Primeira Infância: uma análise de casos' (2021) *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 9, n. 1, pp.251-268, 255 <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i1.5561>> accessed 21 March 2022; Law 8069/1990, 13 July 1990, art.8 § 6º <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>.
144. Maria do Carmo Leal and others, 'Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil' (2016) *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(7):2061-2070, 2067 <<https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Blk/?format=pdf&lang=pt>>; Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres e Núcleo Especializado de Situação Carcerária, 'Recomendação Acompanhante mulheres encarceradas' (Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 9 February 2021), 8 <<https://www.conjur.com.br/dl/defensoria-recomenda-gravidas-tenham.pdf>> accessed 21 March 2022
145. *ibid.*, 2067.
146. Gessica Leal, Celina Magalhães, Daisy Pereira, 'Grávidas e puérperas em situação de privação de liberdade: avaliação do atendimento pré e pós-parto' (2021) *Revista Brasileira de Execução Penal*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 161-180, 173 <<http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/article/view/279/213>>.
147. See Decreto Nº. 8.858, 26 September 2016 <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8858-26-setembro-2016-783658-publicacaooriginal-151130-pe.html>>; Law 13434/2017, 12 April 2017 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13434.htm>.
148. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.94.
149. Law 13434/2017, 12 April 2017 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm>
150. Ana Beatriz Anjos, 'Não quero que isso aconteça com mais nenhuma mulher' (exame, 12 August 2018) <<https://exame.com/brasil/nao-quer-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/>> accessed 21 March 2022; 'Onde está a bebê de Janaína, a mulher que sofreu laqueadura compulsória?' (Portal Geledés, 23 June 2018) <<https://www.geledes.org.br/onde-esta-bebe-de-janaina-mulher-que-sofreu-laqueadura-compulsoria/>> accessed 21 March 2022.
151. *ibid.*
152. Camila Boehm, 'Mulheres presas enfrentam obstáculos para exercer maternidade em SP' (Agência Brasil, 6 February 2020) <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/mulheres-presas-enfrentam-obstaculos-para-exercer-maternidade-em-sp>> accessed 21 March 2022.
153. Plínio Aguiar, 'Promotor que pediu laqueadura em mulheres de Mococa é suspenso' (R7, 15 August 2019) <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/promotor-que-pediu-laqueadura-em-mulheres-de-mococa-e-suspenso-15082019>> accessed 21 March 2022.
154. 'Ação sobre juiz que ordenou laqueadura em presa é arquivada' (Estado de Minas, 1 October 2018) <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2018/10/01/interna_nacional,993384/acao-sobre-juiz-que-ordenou-laqueadura-em-presa-e-arquivada.shtml> accessed 21 March 2022.
155. See UNHRC, 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil' (n 4), para. 136.191.
156. *ibid.*, para. 136.192.
157. *ibid.*, para. 136.119.
158. *ibid.*, para. 136.90.
159. *ibid.*, para. 136.189.
160. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 'A Human Rights-Based Approach to Date: leaving no one behind in the 2030 Agenda for Sustainable Development' (United Nations, 2018 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>>.
161. UNGA, 'United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)' (16 March 2011) Un Doc A/RES/65/229 6-47.



The poster features a dark background with a decorative border of colorful triangles at the top and bottom. On the right side, there is a large, detailed image of a statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales. To the left of the statue, the text is arranged in a clear hierarchy. At the top left, a circular arrangement of colorful triangles frames the Roman numeral 'VIII'. Below this, the title of the course is written in large, bold, white letters. Further down, the theme of the course is stated in bold white letters. The dates and location are provided in a smaller white font, followed by a link to the registration portal in a teal color. At the bottom left, four logos are displayed: Fbuni, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, IIDH, and the Government of Ceará.

VIII

Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos

DIREITOS HUMANOS DOS VULNERÁVEIS, MARGINALIZADOS E EXCLUÍDOS

15 A 26 DE AGOSTO DE 2022
FORTALEZA, CEARÁ.
LINK PARA INSCRIÇÕES PRÉVIAS:
[PORTALCURSOCETREI.PGE.CE.GOV.BR](https://portalcursocetrei.pge.ce.gov.br)

Fbuni
Centro Universitário Faculdades Brasil

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

CEARÁ
GOVERNO DO ESTADO
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROGRAMA DO CURSO EM PORTUGUÊS E ESPANHOL

VIII CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO DOS DIREITOS DOS VULNERÁVEIS, MARGINALIZADOS E EXCLUÍDOS (CURSO DE EXTENSÃO), DE 15 a 26 DE AGOSTO DE 2022

	Segunda-feira 15	Terça-feira 16	Quarta-feira 17	Quinta-feira 18	Sexta-feira 19	Sábado 20
8h30	Introdução ao VII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos	O sistema internacional de proteção dos direitos humanos	A vulnerabilidade, a marginalização e a exclusão exacerbadas pela Covid-19.	A importância das políticas sociais para a inclusão e dignificação dos vulneráveis	Visita a instituições governamentais e não governamentais	Oficinas Sessão plenária (apresentação de propostas)
10h	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO		RECESSO
10h30	Apresentação dos participantes. Estratégia metodológica do VII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos	A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: composição e atribuições	A vulnerabilidade e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos	O direito à saúde dos segmentos vulneráveis	Continuação da visita	Oficinas Sessão plenária (continuação)
12h	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO
14h	Apresentação da equipe de facilitadores das oficinas e do estudo de caso; introdução à temática dessas atividades	A Corte Interamericana de Direitos Humanos: composição e competência consultiva e contenciosa	A proteção dos grupos vulneráveis, marginalizados e excluídos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	A vulnerabilidade dos povos indígenas Eloy Terena (sugestão)	A exclusão como afronta aos direitos civis e políticos	Relatório das visitas realizadas (seguido de debates)
15h30	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO	
16h	Oficinas Trabalho em grupos	Oficinas Trabalho em grupos	Oficinas Trabalho em grupos	Oficinas Trabalho em grupos	Oficinas Trabalho em grupos	Conferência magna

**VIII CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO DOS DIREITOS DOS VULNERÁVEIS, MARGINALIZADOS E EXCLUÍDOS
(CURSO DE EXTENSÃO), DE 15 A 26 DE AGOSTO DE 2022**

	Segunda-feira 22	Terça-feira 23	Quarta-feira 24	Quinta-feira 25	Sexta-feira 26
8h30	O grito dos excluídos num universo de exclusão	O desafio da educação inclusiva	O tributo como instrumento de inclusão indutor da justiça social (Denise Lucena Cavalcante)	O direito das minorias no contexto latino-americano	Estudo de caso (sessão plenária de cada um dos três grupos)
10h	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO
10h30	O racismo estrutural como forma de exclusão	As ações afirmativas no estado democrático de direito	O papel das mídias sociais na promoção da tolerância e das políticas inclusivas	Os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade as Regras de Mandela	Avaliação final
12h30	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO	ALMOÇO
14h	A exclusão social e a marginalidade económica	A acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência	A responsabilidade i do estado, no plano nacional e internacional, em situações de vulnerabilidade	As pessoas em situação de rua e o caminho do reconhecimento de seus direitos	Entrega de certificados e fotografia do grupo de alunos(as) e professores(as)
15h30	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO
16h	Estudo de caso Trabalho em grupos	Estudo de caso Trabalho em grupos	Estudo de caso Trabalho em grupos	Estudo de caso Trabalho em grupos	Conferência magna de encerramento

17h30	RECESSO	RECESSO	RECESSO	RECESSO
19h	Grupos de estudos	Visita ao Cine São Luís. Projeção de filme seguida de debate.	Grupos de estudos	Encontro de ex-alunos(as) dos cursos interdisciplinares do Brasil e da Costa Rica

Temas para as oficinas:

- 1. Os direitos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos no âmbito municipal: propostas inovadoras
- 2. Os direitos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos no âmbito estadual: propostas inovadoras
- 3. Os direitos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos no âmbito federal: propostas inovadoras

VIII CURSO BRASILEÑO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS: DERECHOS HUMANOS DE LOS VULNERABLES, MARGINADOS Y EXCLUIDOS (CURSO DE EXTENSIÓN), DEL 15 AL 26 DE AGOSTO DE 2022

Lunes 22			Martes 23		Miércoles 24		Jueves 25		Viernes 26	
8:30	El grito de los excluidos en un universo de exclusión	El desafío de la educación inclusiva	El tributo como instrumento de inclusión social e inductor de la Justicia social	El derecho de las minorías en el contexto brasileño	Estudio de caso (sesión plenaria de cada uno de los tres grupos)					
	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO					
10:00	El racismo estructural como forma de exclusión	Las acciones afirmativas en el estado democrático de derecho	El papel de los medios de comunicación social en la promoción de las políticas de inclusión	Los derechos humanos de los encarcelados y las Reglas de Mandela	Evaluación final					
10:30										
12:30	COMIDA	COMIDA	COMIDA	COMIDA	COMIDA					
14:00	La exclusión social y la marginalidad económica	La accesibilidad y la inclusión de las personas con discapacidad	Las personas en situación de calle y el camino del reconocimiento de sus derechos	La responsabilidad del estado en un mundo de excluidos	Entrega de certificados y fotografía del grupo de alumnos y profesores.					
15:30	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO					
16:00	Estudio de caso Trabajo en grupos	Estudio de caso Trabajo en grupos	Estudio de caso Trabajo en grupos	Estudio de caso Trabajo en grupos	Conferencia magistral de cierre del curso					
17:30	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO					

19:00	Acto de inauguración Conferencia magistral	Grupos de estudios	Grupos de estudios	Vista al Cineteatro São Luis. Proyección de película seguida de debate	Grupos de estudios



VIII CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS: DERECHOS HUMANOS DE LOS VULNERABLES, MARGINADOS Y EXCLUIDOS (CURSO DE EXTENSION) DEL 15 AL 26 DE AGOSTO DE 2022

	Lunes 15	Martes 16	Miércoles 17	Jueves 18	Viernes 19	Sábado 20
8:30	Introducción al VII Curso Brasileño Interdisciplinario de los Derechos Humanos	El sistema internacional de protección de los derechos humanos	La protección de los grupos vulnerables, marginados y excluidos	La importancia de las políticas sociales para la inclusión y dignificación de los vulnerables	Visita a instituciones gubernamentales y no gubernamentales	Talleres Sesión plenaria (presentación de propuestas)
10:00	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO
10:30	Presentación de los participantes. Estrategia metodológica del VIII Curso Brasileño Interdisciplinario de los Derechos Humanos	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: composición y atribuciones	La vulnerabilidad, la marginación y la exclusión exacerbadas por la Covid-19. Los principales impactos de la pandemia	El derecho a la salud de los segmentos vulnerables	La vulnerabilidad de las mujeres presidiarias	Talleres Sesión plenaria (continuación)
12:00	COMIDA	COMIDA	COMIDA	COMIDA	COMIDA	COMIDA
14:00	Presentación del equipo de facilitadores de los talleres y del estudio de caso: introducción a la temática de esas actividades	La Corte Interamericana de Derechos Humanos: composición y competencia consultiva y contenciosa	La vulnerabilidad y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos	La vulnerabilidad de los grupos indígenas y tribales	La exclusión social como afronta a los Derechos humanos	Informe de las visitas realizadas (seguido de debates)
15:30	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO
16:00	Talleres Trabajo en grupos	Talleres Trabajo en grupos	Talleres Trabajo en grupos	Talleres Trabajo en grupos	Talleres Trabajo en grupos	Conferencia magistral
17:30	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO	INTERVALO

19:00	Grupos de estudios	Momento cultural Visita guiada al Teatro José de Alencar y presentación musical en el foyer	Grupos de estudios	Encuentro de ex alumnos de los cursos interdisciplinarios de Brasil y Costa Rica	

Temas de los talleres:

- 1. Los derechos de los vulnerables, marginados y excluidos en el ámbito municipal: propuestas innovadoras
- 2. Los derechos de los vulnerables, marginados y excluidos en el ámbito estatal: propuestas innovadoras
- 3. Los derechos de los vulnerables, marginados y excluidos en el ámbito federal: propuestas innovadoras

PORTFÓLIO DO CURSO



VIII

Curso Brasileiro Interdisciplinar
em Direitos Humanos

Uma longa tradição



Figura 1: O curso em Direitos Humanos em San José, Costa Rica. Conferência Magna do Secretário Geral da OEA no XXX Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos na Costa Rica

O Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos tem sua origem na Costa Rica, sede do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Desde 1982 o Curso vem construindo uma rede que já alcança mais de 3500 ex-alunos, tendo trabalhado temas como: educação em direitos humanos, direitos econômicos sociais e culturais, participação política e direitos humanos desde a dimensão da pobreza.

Em 2012, o curso foi replicado pela primeira vez fora da Costa Rica, através de uma parceria entre o Institu-

to Brasileiro de Direitos Humanos e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, e se realizou entre 18 e 29 de junho em Fortaleza, Ceará.

O Curso no Brasil se aproveitou da grande experiência do curso costarricense, seguindo suas diretrizes e tomando como modelo sua concepção acadêmica.

A edição brasileira se caracteriza por tratar, também, de temas relacionados com a realidade brasileira e contar com professores nacionais (além de estrangeiros), com reconhecida competência em suas áreas de atuação.

Um grande começo !

Os sete primeiros Cursos Brasileiros Interdisciplinares em Direitos Humanos foram considerados exitosos pela totalidade de seus participantes.

O primeiro teve como temática central “Os Direitos Humanos desde a Dimensão da Pobreza”. O segundo tratou do “Acesso à Justiça e Segurança Cidadã”. O terceiro elegeu como tema central “Igualdade e Não Discriminação”. O quarto teve como temática central “O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana”. O quinto abordou “O Princípio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana”. O sexto versou “Direitos Humanos e Meio Ambiente”. O sétimo sobre “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Os sete contaram com um numeroso grupo de alunos e observadores

A partir do II Curso, abrimos a participação para alunos e observadores do exterior, sobretudo da América Latina. Espera-se que, na oitava versão, esse número se amplie consideravelmente.

O curso é bilíngue (português e espanhol), não havendo tradução simultânea.



2 PARCEIROS



VIII
Curso Brasileiro Interdisciplinar
em Direitos Humanos



Fundado em 1990 e com sede em Fortaleza, Ceará, o IBDH é uma sociedade civil sem fins lucrativos, cuja finalidade é desenvolver o ensino e a pesquisa em Direitos Humanos, assim como garantir sua promoção. O Instituto realiza cursos, seminários, fóruns e congressos, além de editar revistas e livros de investigação científica e manter uma biblioteca especializada.

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

O IIDH é uma instituição autônoma, de caráter acadêmico, cujo mandato fundamental é a promoção, investigação e educação em Direitos Humanos, com ênfase na realidade das Américas. Foi criado em 1980 por um convênio entre a Corte Internacional de Direitos Humanos e o Governo da República da Costa Rica, país onde se localiza sua sede.



DATA E LUGAR

O VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos terá lugar no Hotel Praia Centro (Fábrica de Negócios), em Fortaleza, Ceará, de 15 a 26 de agosto de 2022. O evento possui caráter de imersão, com atividades nos três turnos.

Apoios de peso

O Curso é organizado pelas seguintes instituições: Centro de Estudos e Treinamentos da Procuradoria-Geral do Estado (CETREI), Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) e Centro Universitário Farias Brito (FBUi).

Numerosas instituições locais, nacionais e estaduais também apoiarão esta edição: Casa Civil, Vice-Governadoria, Assembleia Legislativa, Jornal O POVO, Unifametro, Câmara Municipal de Fortaleza. E muitas outras.

III O CURSO



VIII

Curso Brasileiro Interdisciplinar
em Direitos Humanos

Ação e reflexão

O Curso Brasileiro em Direitos Humanos tem uma proposta completa e abrangente. É estruturado, em primeiro lugar, como plataforma de capacitação em Direitos Humanos no Brasil e no Sistema Interamericano, com subtemas que mudam a cada edição.

O Curso se estrutura em três pilares: estudo, reflexão e respostas.

Seu elevado nível acadêmico é reconhecido por seus participantes. Destaque para a publicação de livros e a presença de professores de nomeada, mestres e doutores em sua maioria, do Brasil e do exterior.

Todas as atividades são pensadas de maneira a gerar novas ideias e debates, aproveitando a oportu-

nidade única de unir, num espaço eminentemente acadêmico, professores universitários, formuladores de políticas, operadores da justiça, ativistas da sociedade civil, dentre muitos outros.

As oficinas e o estudo de caso, além de reflexão e debate, se propõem gerar respostas conjuntas e planos de ação que impactem positivamente o tema discutido, o qual se enriquece através do debate plural e democrático.

O Curso combina conferências magnas, painéis, estudo de caso e oficinas temáticas, com o objetivo de elaborar propostas de ação ante questões magnas do cenário brasileiro e latino-americano relativas à temática central.

Legado que dura

O impacto do curso não se resume às duas semanas de imersão: sua proposta de capacitação e discussão vai além do público imediatamente envolvido, mediante a publicação de obras relacionadas com o tema de cada edição. Os artigos são escolhidos através de uma seleção internacional aberta ao público em geral, com o emprego, inclusive, das redes sociais.

Neste ano o Curso publicará quatro livros sobre a temática DIREITOS HUMANOS DOS VULNERÁVEIS, MARGINALIZADOS E EXCLUÍDOS (em português, francês, inglês e espanhol). Além disso, publicará a oitava edição da Série Estudos de Ciências Penais e Direitos Humanos, em homenagem ao Dr. Antonio Sánchez Galindo, ilustre escritor mexicano.

Os interessados em participar dessas publicações deverão enviar os artigos (15 a 25 páginas, espaço simples, fonte Times New Roman 12, notas ao pé de página) para o e-mail cesarbl@matrix.com.br até o dia 30 de maio deste ano, com os respectivos dados pessoais (situação acadêmica, títulos, instituição a que pertence e exercício profissional), em cinco linhas.

A página do IBDH na Internet servirá não apenas de portal institucional, mas também de veículo de divulgação do Curso e de seus temas e autores ao disponibilizar on-line o conteúdo dos livros, alcançando uma audiência potencial de centenas de pesquisadores e profissionais interessados na temática.



Pela natureza interdisciplinar do Curso, espera-se a participação de pessoas provenientes de diversos setores e disciplinas do continente latino-americano que tenham vínculos acadêmicos ou profissionais com o eixo temático DIREITOS HUMANOS DOS VULNERÁVEIS, MARGINALIZADOS E EXCLUÍDOS.



4 PERFIL DOS PARTICIPANTES

VIII
Curso Brasileiro Interdisciplinar
em Direitos Humanos



ENCERRAMENTO DOS SETE CURSOS



**MANUAL DE ORIENTAÇÃO AOS PARTICIPANTES
(VIII CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR
EM DIREITOS HUMANOS) 2022**



Fortaleza, 15 de agosto de 2022

Estimados(as) participantes:

Bem-vindos(as) ao **VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Os Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos**. A todos(as) os(as) senhores(as) desejamos uma proveitosa experiência acadêmica e pessoal.

Temos adiante duas semanas de intenso trabalho acadêmico durante as quais compartilharemos uma oportunidade única para nos enriquecer mutuamente através do estudo e do intercâmbio de experiências, com vistas a fortalecer o trabalho que nossas instituições realizam a favor dos Direitos humanos e da democracia na região.

O projeto do programa, a seleção de participantes e docentes e a construção da proposta metodológica se sustentaram sobre o eixo temático O Desafio dos Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos. O *VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos* pretende dar uma contribuição vigorosa, substantiva, às estratégias e políticas de fortalecimento da vigência dos Direitos humanos e da democracia no continente latino-americano, de modo particular no Brasil, especialmente no que concerne aos Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos.

A matriz deste Curso, oferecido há mais de 30 anos na Costa Rica, converteu-se num ponto de convergência do movimento de Direitos humanos das Américas. O *Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos* é amplamente reconhecido no continente e fora do hemisfério como um espaço de capacitação único em sua modalidade, do qual tomam parte profissionais provenientes de diferentes áreas de trabalho, de 24 países do continente, além de observadores(as) da Europa e da Ásia.

O Curso no Brasil se distingue por sua alta qualidade acadêmica, por seu corpo docente que reúne reconhecidos(as) especialistas e ativistas de nível nacional e internacional, pela pertinência dos temas tratados, pela efetividade didática de sua proposta metodológica e sua cuidadosa organização logística.

Sendo um notável processo de geração de conhecimentos, capacitação, mudança e ação, o Curso recolhe a vasta experiência acumulada ao longo dos anos, mas também reflete sua capacidade de inovação e de resposta às problemáticas atuais que enfrentam nossas sociedades.

Todos esses fatores convertem o Curso Brasileiro num espaço de permanente vigência e na atividade emblemática do IBDH e do IIDH.

O êxito e o prestígio do Curso Interdisciplinar se explicarão, em última instância, pelas pessoas participantes e pela capacidade que demonstrarão como agentes multiplicadores. Certamente, a metodologia do Curso, que promove o protagonismo e a proatividade dos(as) participantes, requer um forte compromisso e esforço durante as atividades presenciais e nas ações posteriores que empreendam seus (suas) participantes ao regressarem a seus estados e/ou países. O Curso não é, ademais, uma simples atividade do IBDH e do IIDH (de sua sede em San José, Costa Rica, com a liderança de seu Escritório Regional para a América do Sul, com sede em Montevidéu), senão que, pela ação dos(as) participantes e das organizações que representam, traduz-se em patrimônio acadêmico do movimento de Direitos humanos do Brasil e, afinal, da América Latina.

Para este Curso recebemos um alto número de solicitações de pessoas interessadas. A maioria das postulações reunia as qualidades acadêmicas e profissionais para serem consideradas; porém, por razões metodológicas e levando em conta critérios de proporcionalidade e prioridade, escolheu-se um grupo limitado, do qual os(as) senhores(as) são parte. Desde essa perspectiva, sua participação significa um privilégio, mas também uma responsabilidade. Estamos seguros de que todos e todas saberão responder adequadamente às expectativas que o IBDH e o IIDH, assim como as instituições parceiras e apoiadoras, têm de sua participação neste processo educativo.

Por nossa parte, faremos os maiores esforços para manter o mais alto nível. Nesse sentido lhes agradecemos de antemão a objetividade com que avaliem cada uma das atividades programadas e os serviços que oferecemos. Seus comentários, sugestões e recomendações serão analisados com seriedade, como sempre se fez, e levados em conta no sentido de aperfeiçoar as futuras edições do Curso.

Durante as próximas duas semanas, um amplo grupo de pessoas provenientes de diferentes realidades, conviverá, enfrentará muitos problemas comuns e aprenderá de nossas experiências. Nesse tempo fecundo, proporemos soluções e projetos conjuntos e também sonharemos com melhores dias no futuro do continente e faremos esforços para realizar esses sonhos, especialmente em matéria de respeito à dignidade da pessoa humana.

Esperamos que o sentimento de irmandade que nos acercará neste período se traduza numa base sólida que nos permita reconhecer que o problema da outra pessoa não nos é alheio e que a vigência plena dos Direitos humanos, desde sua integralidade, e o fortalecimento da democracia, como sistema de governo e como forma de vida, é um assunto concernente a todos e todas e é um repto que devemos assumir, não importa o lugar onde vivamos ou o trabalho que realizemos. Esta perspectiva de solidariedade é especialmente válida nesta ocasião, pois nunca poderemos falar de respeito aos Direitos humanos nem de democracia sustentável enquanto persista a vergonhosa realidade de milhões de pessoas sem acesso (ou com acesso insuficiente) à justiça e que vivem em condições precárias e elevada insegurança.

Seja esta, então, uma ocasião propícia para estreitar laços, unir esforços, propor soluções, construir e fortalecer estratégias para a consecução desses objetivos. Sabemos que, a partir deste Curso, não se poderão solucionar todos os problemas, nem sequer boa parte deles. O Curso, porém, pode ser motivo para renovar e fortalecer nossos compromissos comuns e continuar crendo que respostas positivas ante os problemas que enfrentamos são possíveis, com trabalho sério e constante, por maiores que sejam ditos problemas.

Atenciosamente,

César Barros Leal – José Thompson
Presidente do IBDH/Diretor-Executivo do IIDH

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH)

Fundado em 1990, com sede em Fortaleza, Ceará, o IBDH é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, cuja finalidade é desenvolver o ensino e a pesquisa em Direitos humanos, assim como garantir sua promoção. Para isso realiza cursos, seminários e congressos (locais, nacionais e internacionais, com destaque para a parceria com o Instituto Interamericano de Direitos Humanos e o Instituto Colombiano de Direitos Humanos) e mantém intercâmbio com entidades congêneres do Brasil e do exterior.

Além de editar livros e revistas, assim como trabalhos diversos de investigação científica e manter uma biblioteca especializada, o IBDH conta com um site e um portal de sua revista.

Cumpre-nos registrar com ênfase a Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (de distribuição gratuita, anual, na 21ª edição, coordenada por Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal, e que reúne artigos em várias línguas, publicados no original), a Revista Brasileira de Direitos Humanos (com o selo da Editora Magister e do IBDH) e o Fórum Virtual dos Direitos Humanos, com palestras mensais, em homenagem ao Prof. Cançado Trindade e iniciado em 2020.

O Instituto Interamericano de Direitos Humanos

No dia 30 de julho de 1980, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Governo da República de Costa Rica firmaram um convênio pelo qual se criou o IIDH, estabelecido como uma entidade autônoma, de natureza acadêmica, dedicada, segundo seu mandato fundacional, ao ensino, à investigação e à promoção dos Direitos humanos, com enfoque multidisciplinar e ênfase nos problemas da América. Com sede em San José da Costa Rica, o Instituto é parte do sistema regional e trabalha, através da educação em Direitos humanos, em apoio à OEA, especialmente à Corte e à Comissão Interamericanas.

Seu estatuto o define como uma instituição acadêmica, o que significa que se inibe de investigar casos, de realizar ou respaldar denúncias formais contra nenhum Estado, assim como de se pronunciar sobre o grau de

cumprimento de um Estado de suas obrigações internacionais em matéria de Direitos humanos. Esta limitação autoimposta, porém, constituiu uma eficaz ferramenta para o IIDH, porque lhe permitiu exercer um papel de facilitador(a) do diálogo entre os diversos atores do movimento de Direitos humanos, entre eles e as autoridades estatais.

Politicamente, o IIDH baseia seu trabalho na premissa de que a vigência efetiva dos Direitos humanos só é possível no marco da democracia representativa, participativa e inclusiva. Dito de outro modo, o IIDH sustenta que há uma relação consubstancial, teórica e prática, entre a democracia política plenamente exercida e a vigência dos Direitos humanos.

Para lograr isto vem a ser indispensável que a prática democrática transcenda o meramente formal e se faça efetiva para vastos setores da população, atualmente marginalizados ou relegados.

No âmbito metodológico, o IIDH parte de três princípios:

- *O trabalho em Direitos humanos há de ser integral.* Os Direitos humanos constituem um sistema unitário dentro do qual não se pode dar preeminência nem a um direito, nem a um grupo deles. Os Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos são tão importantes para a vigência efetiva dos Direitos humanos quanto os civis e políticos.
- *O trabalho em Direitos humanos há de ser interdisciplinar.* Visto que os Direitos humanos atravessam a totalidade do campo social e cada manifestação da vida da pessoa, nenhuma disciplina acadêmica, por si mesma, é capaz de abarcar de maneira adequada sua complexidade. Convergem aqui o jurídico, o político, o econômico, o histórico, o sociológico, o antropológico, o psicológico e o filosófico, entre outras perspectivas. Só um olhar múltiplo pode dar conta de um assunto tão complexo.
- *O trabalho em Direitos humanos há de ser multissetorial.* No plano concreto da dinâmica social, os Direitos humanos envolvem diferentes agentes e setores. Ativistas, funcionários dos poderes públicos, líderes políticos, membros da academia, representantes das minorias e de grupos

e pessoas em situação de vulnerabilidade e de outros segmentos da sociedade civil, convergem e compartilham seu interesse por um campo que, sendo um dos principais consensos políticos da modernidade, admite, entretanto, diversas perspectivas e está submetido a fortes tensões internas.

A atual gestão do IIDH implementou uma estratégia de trabalho que prioriza quatro eixos temáticos: *Justiça e segurança*, *Participação política*, *Educação em Direitos humanos* e *Direitos Humanos dos Vulneráveis, dos Marginalizados e dos Excluídos*, este último o eixo temático deste VIII Curso organizado junto com o IBDH.

A estratégia institucional contempla a abordagem destes temas tendo em conta três perspectivas transversais: *Equidade de gênero*, *Diversidade étnica e cultural* e *Interação entre a sociedade civil e o Estado*.

VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos

O trabalho de promoção e educação em Direitos humanos que realizam o IBDH e o IIDH, dirigido aos mais variados setores sociais, profissionais e políticos, encontra sua expressão paradigmática no Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos que se leva a cabo no Brasil anualmente, tal como hoje o é na Costa Rica.

O Curso constituirá uma ocasião única para que setores muito variados, com posições amiúde divergentes, se encontrem e dialoguem sobre suas concordâncias e diferenças, num plano acadêmico ancorado nos princípios de tolerância e respeito à diferença. É assim como funcionários(as) das ONGs e das instâncias governamentais de muitos estados do país, membros de diferentes igrejas, docentes, investigadores(as), estudantes, jornalistas, policiais, militares, ativistas, juízes(as), defensores(as) públicos(as), procuradores(as), legisladores(as) e profissionais de variadas disciplinas assistem a exposições de especialistas nacionais e internacionais, mas também encontram espaços para intercambiar informação e opiniões, expor projetos ou definir propósitos comuns.

Em sua temática e metodologia, o Curso se ajustará às necessidades e reptos que a cambiante realidade latino-americana e brasileira apresenta para os diversos setores, convertendo-se desse

modo num espaço acadêmico de vanguarda na capacitação em Direitos humanos, numa constante combinação de permanência e inovação.

O Desafio dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos

De acordo com seu mandato original e em concordância com as prioridades temáticas de nossa estratégia institucional, o VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar aspira a dar respostas às necessidades de capacitação atuais, levando em conta a realidade da região e as prioridades da população, com ênfase no eixo temático *O desafio dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos*.

Através de uma proposta metodológica concebida como um verdadeiro processo de aprendizagem e enriquecimento mútuo, buscar-se-á aprofundar a unidade temática e profissional dentro da diversidade. Isto é indispensável para identificar papéis e aportes diferentes e, ao mesmo tempo, para promover o conhecimento e a colaboração entre os(as) participantes, e entre eles e elas e o IBDH e o IIDH, a fim de se empreender futuras ações de defesa e promoção dos Direitos humanos no continente. Para tais fins se colocarão em prática três critérios básicos:

- a. A composição do grupo de participantes responde a uma convocação de caráter nacional, pluridisciplinar e multisetorial.
- b. Os(As) participantes receberão material para leitura prévia sobre os temas que serão objeto de estudo e debate ao longo do curso.
- c. O método de trabalho projetado reúne as qualidades necessárias para gerar um enfoque Interdisciplinar que estimule a aprendizagem e a construção de conhecimentos, o intercâmbio de experiências e a identificação de possíveis ações futuras por parte dos agentes e suas organizações.

Tudo isto requer esforços dos(as) expertos(as), dos(as) participantes e das equipes do IBDH e do IIDH, com o propósito de preservar uma *visão de processo* e manter visíveis os fatores relativos ao eixo temático que desde a perspectiva dos Direitos humanos e os princípios democráticos afetam os diversos setores e grupos no continente americano, nomeadamente no Brasil.

I. Objetivos deste Curso

- Definir o significado e o alcance dos Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos e a imperiosidade de seu asseguramento no âmbito dos Direitos humanos.
- Fortalecer a consciência dos diferentes setores da sociedade civil e das agências estatais no sentido de que a garantia dos Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos seja imprescindível no Estado Democrático de Direito.
- Conceituar a democracia, nas e para as Américas, como um espaço de participação que deve ser assegurado em sua dimensão política e social.

II. Critérios reitores e desafios

Quanto a **conteúdos**, o Curso pretende:

- Integrar conteúdos e enfoques conceituais variados em torno de uma unidade temática.
- Lograr um equilíbrio entre teoria e prática dos Direitos humanos.
- Combinar temas de vigência permanente com outros inovadores e de vanguarda na doutrina dos Direitos humanos, abordados sempre com alto nível acadêmico.

Quanto à sua **metodologia**, busca o Curso:

- Combinar métodos, técnicas e recursos pedagógicos variados que possibilitem aos(as) participantes diferentes vias de acesso ao conhecimento e múltiplas aprendizagens.
- Estimular intercâmbios de conhecimentos e experiências entre expertos(as) e participantes, e entre os(as) próprios(as) participantes.
- Centralizar todas as atividades acadêmicas numa visão de processo.
- Projetar os resultados da capacitação para o futuro com a finalidade de lograr um impacto real no progresso dos Direitos humanos e da democracia em todos os estados do Brasil.

III. Eixo temático

Neste curso se destacará o enorme desafio que representa para o sistema interamericano de Direitos Humanos a proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que, com base nos

trabalhos e convenções que o sustentam, possa incidir positivamente, assegurando aos Estados um trabalho efetivo e um tratamento integral dos Direitos humanos.

Esta consideração se encontra precedida do reconhecimento do caráter subsidiário do sistema interamericano, assinalando-se que também se estudará a importância da jurisdição nacional na proteção dos Direitos humanos desde a aplicabilidade direta do direito internacional de Direitos humanos pelos sistemas locais de justiça.

Os aspectos conceituais do eixo temático serão abordados com uma visão ampla, integral e integradora. Os aspectos metodológicos e didáticos terão como foco uma análise sobre o que fez e aonde vai o sistema interamericano desde uma perspectiva de Direitos humanos, no âmbito da jurisdição e da competência de seus órgãos.

IV. Metodologia

O Curso se desenvolverá numa combinação de atividades teóricas e atividades teórico-práticas:

1. Atividades teóricas:

- a. Conferências
- b. Recapitulação

2. Atividades teórico-práticas:

- a. Estudo de caso
- b. Oficinas

1. Atividades teóricas

Conferências e Painéis

As Conferências são exposições magistrais nas quais um(a) experto(a) em determinado tema faz uma aproximação a certos tópicos teóricos relevantes e trata de estabelecer uma conexão com a realidade.

Os Painéis são espaços a cargo de dois(duas) ou mais expertos(as) que apresentam perspectivas complementares ou diferentes sobre um tema específico.

Ambos contemplam um espaço participativo no qual os(as) estudantes podem formular perguntas ou comentários relacionados com o tema tratado nas palestras, consoante as normas gerais estabelecidas no Regulamento do Curso e as específicas que assinala quem modera.

2. Atividades teórico-práticas

a. Estudo de caso

O Estudo de caso está destinado a examinar, de maneira prática, um caso sobre Direitos humanos, vinculado especificamente ao eixo temático do Curso. Trata-se de situações hipotéticas que exemplificam aspectos da realidade dos Direitos humanos na região. Mediante o estudo e a análise do caso se busca que os(as) participantes do Curso se familiarizem com as instituições e normas aplicáveis para a proteção dos Direitos humanos no âmbito interamericano.

O nível de aproveitamento que se logre desta modalidade pedagógica depende, fundamentalmente, do esforço de preparação previamente realizado pelos senhores e pelas senhoras. Uma discussão útil do caso proposto requer, necessariamente, um bom conhecimento das instituições, normas e jurisprudência que estão em jogo nos mesmos. O que se faz no Estudo de caso é discutir a relevância e aplicação de tais normas às situações propostas, porém seu conhecimento fica confiado à preparação responsável de cada participante.

As leituras que se requerem nesta atividade são deveras importantes, motivo pelo qual se sugere não esperar o dia seguinte para começar a se preparar. A utilidade destas leituras, porém, vai muito mais além do uso operativo que lhe dê cada participante na sessão do Estudo de caso. Elas constituem uma introdução básica e sólida às normativas dos Direitos humanos no sistema interamericano. Proporcionam, portanto, uma base fundamental para trabalhar nesta área, uma base que, a partir do Estudo de caso, será compartilhada por todos(as) os(as) participantes.

Na apresentação das situações fáticas se procederá da forma seguinte:

- Serão formados 3 grandes grupos, cada um a cargo de 1 ou 2 facilitadores(as). Estes grupos serão divididos em 4 subgrupos que constituirão as Equipes de Trabalho, as quais, por sua vez, analisarão, estudarão e discutirão o caso proposto.
- A lista de integrantes dos Grupos e Equipes de Trabalho e o caso hipotético se distribuirão em sessão previamente definida. Nesta oportunidade se explicará com detalhe a metodologia aplicável ao Estudo de caso.

Depois de escutar as orientações gerais, os(as) participantes se distribuirão nas Equipes de Trabalho e procederão à leitura das instruções e das situações hipotéticas propostas. Ademais, cada Equipe nomeará um(a) Coordenador(a) e um(a) Subcoordenador(a) que se ocuparão da organização do trabalho grupal (acordo sobre horário de reuniões, moderação da discussão, atribuição de tarefas e relatório de participação).

- Todas as Equipes de Trabalho deverão estudar o caso apresentado dos diferentes pontos de vista: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Vítima, Estado e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesta tarefa devem participar ativamente todos(as) os(as) integrantes, pois qualquer um(a) deles(as) poderá ser aquele(a) que tenha de apresentar oralmente o caso na Sessão de Apresentação. Nessa ocasião, será a lei do acaso a que determinará quem deverá argumentar e defender essa ou aquela posição, de modo que se sugere aos(as) participantes elaborar esquemas de respostas, com consideração dos diferentes papéis envolvidos.
- A análise que faça cada grupo deverá se ater ao estabelecido no texto do caso hipotético e em nenhuma hipótese se poderá mudar os fatos nem esgrimir argumentos que não se deprendam diretamente deles.
- Levar-se-á a cabo uma sessão de consulta com o fim de esclarecer dúvidas e aprofundar-se em alguns aspectos. Para isso, os grupos se distribuirão em três salões, cada um a cargo do(a) facilitador(a) encarregado(a). A localização dos salões se informará durante o desenvolvimento do Curso.
- Durante a apresentação do Estudo de Caso não haverá exposição magistral alguma (Ver Programa Acadêmico do VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar).

Entre os materiais que serão entregues a todos(as) os(as) participantes se encontram os textos e as normas básicas para o desenvolvimento dos casos.

Metodologia

Objetivo

A resolução do caso proposto busca que as pessoas participantes do curso tenham um

domínio básico sobre as ferramentas do litígio no sistema interamericano, combinadas com a capacidade de análise de temas substantivos, tanto desde a perspectiva da determinação de violações de Direitos humanos com uma apropriada argumentação, quanto desde a ótica do incremento de efetividade da proposta acadêmica. A dinâmica não pretende ser uma simulação fiel da fase processual oral de um caso perante a Corte Interamericana senão que buscará identificar os elementos básicos sobre os quais deve descansar uma estratégia jurídica acompanhada de aspectos colaterais, inclusive não jurídicos, que permitiriam a definição de uma estratégia integral para sustentar ou defender um caso, consoante a parte processual que caiba às equipes executar.

Apresentação do Estudo de caso

Na apresentação do caso hipotético, as quatro Equipes de Trabalho que conformam cada grupo desempenharão um dos seguintes papéis: Vítimas e/ou peticionários(as), Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Estado demandado e Corte Interamericana de Direitos Humanos. A designação dos papéis se fará aleatoriamente no momento prévio da apresentação.

- **Vítimas/peticionários(as):** as pessoas integrantes da equipe designada para este papel atuarão como advogados(as) ou assessores(as) das vítimas/peticionários(a) — a pessoa da vítima e do(a) peticionário(a) pode ser a mesma, porém não necessariamente —. Terão que definir uma estratégia jurídica para tratar de demonstrar os fatos do caso — os quais já estão definidos —, porém, sobretudo deverão apresentar as argumentações que convençam o grupo que faz o papel de Corte, da existência de violações de Direitos humanos dentro do contexto do sistema interamericano. Igualmente, reclamarão a reparação dessas violações.
- **A Comissão Interamericana:** com a entrada em vigor do novo Regulamento da Comissão, os(as) integrantes da equipe à qual corresponda este papel não devem repetir os argumentos das vítimas/peticionários(as), senão que devem se localizar num contexto mais geral. Melhor dizendo, devem sobre a base dos fatos do caso identificar os aspectos que possam implicar violações de Direitos humanos, não somente desde a perspectiva

das vítimas, senão do resto da população do país que se encontre em situação similar àquelas. Isto com o fim de solicitar medidas ou modificações em leis ou políticas relacionadas com os Direitos políticos e a participação cidadã no contexto do caso. É uma maneira de a Comissão exercer sua função de promoção dos Direitos humanos no contexto de um caso concreto, dando-lhe efeitos gerais, inclusive para que outros Estados com problemas similares tomem devida nota desses efeitos.

- **O Estado demandado:** os(as) integrantes desta Equipe representarão os interesses do Estado e procurarão demonstrar e convencer a Corte Interamericana de que os fatos do caso não implicam violações aos tratados de Direitos humanos que se alegam. Quer-se que a Equipe tenha a capacidade de se antecipar a quem representa as vítimas/peticionários(as) e a Comissão Interamericana para detectar quais violações de Direitos humanos se alegarão e com quais argumentos se sustentarão as reclamações na dinâmica. Isto com o fim de poder desenvolver sua estratégia de defesa para enfrentar ambas as partes processuais. Como este exercício é somente oral, o Estado não conhecerá os argumentos das partes até que se inicie a apresentação, razão pela qual deve, de alguma maneira, antecipar quais argumentos serão sustentados para fundamentar as reclamações.
- **A Corte Interamericana:** Este grupo deverá estar atento ao desempenho das partes processuais e a seus argumentos com o fim de emitir uma espécie de sentença oral ao final do exercício determinado. A sentença incluirá fatos provados, considerações de fundo e parte resolutiva com indicação dos Direitos humanos violados, se os houver, e as respectivas reparações, caso sejam determinadas.

Devolução

Ao finalizar a apresentação, o(a) facilitador(a) a cargo do Grupo fará uma retroalimentação na qual apresentará suas observações e recomendações a todas as partes processuais em assuntos normativos (substanciais e de procedimento), jurisprudenciais e doutrinários com o fim de enriquecer a aprendizagem. O objetivo é que os(as) integrantes dos grupos possam identificar

as debilidades e fortalezas das apresentações com vistas a aprofundar sua compreensão e manejo do Sistema Interamericano.

b. Oficinas

Objetivos e resultados esperados

As Oficinas do VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos são uma instância de trabalho coletiva e participativa formulada numa sequência integrada, que orienta os diferentes aportes dos(as) participantes com vistas à obtenção de um resultado relacionado com o eixo temático do Curso.

As Oficinas do VIII Curso Interdisciplinar perseguem os seguintes objetivos:

- Analisar jurisprudências, casos, políticas, programas e projetos, com enfoque em Direitos que se gestaram e implementaram, com o fim de identificar avanços significativos no âmbito dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos.
- Sobre a base do intercâmbio de experiência e informação, discutir e apresentar possíveis estratégias de intervenção futura, individuais ou coletivas, conjuntas ou complementares, que os(as) participantes possam aplicar em seus estados com posterioridade ao Curso.

Mediante as sinergias próprias do trabalho participativo e grupal nas Oficinas, busca-se promover nos(as) participantes vários processos de ensino-aprendizagem:

- Desde uma perspectiva individual de cada participante, elevar os níveis de experiência e aproximações das experiências e práticas concretas em matéria de respeito à dignidade da pessoa humana.
- Desde a desconexão mútua e o trabalho por estado, até a conexão e coordenação intersetorial e inter-regional (procurando-se que impulsionem ao retornar a seus estados), fortalecer ações individuais, conjuntas ou complementares em matéria de Direitos humanos e de democracia, desde a dimensão dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos.
- Em síntese, transitar desde uma aprendizagem individual e acumulativa de informação para uma aprendizagem grupal e proativa (participativa).

Concebido como um processo de construção de conhecimento, espera-se que o Curso, ao concluir as sessões de trabalho, haja gerado os seguintes produtos:

- Uma consciência crítica sobre a vigência real dos Direitos humanos e a democracia, desde a perspectiva dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos.
- Recomendações dos(as) participantes sobre as ações que se possam iniciar em cada um dos estados para fortalecer movimentos dirigidos a fortalecer a vigência dos Direitos humanos e seus princípios.
- Um documento/proposta enfocado(a) nas três linhas centrais para conduzir as oficinas, que são: conceituação, efetividade e incidência.

Lineamentos

1. Conceituação: É a falta ou inadequação dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos uma violação dos Direitos humanos?

Trata-se de articular relações causais que aprofundem a proposta conceitual de fundo do Marco Estratégico, pensando no seguinte:

- 1.1 Estabelecer argumentos que tipifiquem a ausência e a precariedade dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos como violações dos Direitos humanos no marco da experiência de cada estado, a partir da análise jurisprudencial (direito internacional, constitucional e leis secundárias) e sob o enfoque conceitual das diferentes disciplinas das quais provêm os(as) participantes; e
 - 1.1.1 Explicitar as bases analíticas nas quais se fundamentaram as experiências ou os casos que trazem como trabalho prévio estabelecer o quanto é deplorável a falta ou inadequação da equidade e da implementação dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos.
- 1.2 Efetividade: Quão efetiva é a ação coletiva para fazer valer os Direitos humanos no contexto dOs Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos?

Trata-se de nos aproximar da avaliação da efetividade dos Direitos humanos desde a dimensão dos Direitos Humanos dos

Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos, analisando experiências de empoderamento das comunidades nos distintos países, pensando no seguinte:

- 1.3 Identificar Direitos exigidos e grupos ou associações que lideraram as ações de reivindicação; e
- 1.4 Explicitar as sentenças, reformas legais ou institucionais, ou as respostas dos governos perante ditas ações.
- 1.5 Incidência: Que estratégias, ações e procedimentos podem ser melhores para estruturar reclamações e formular políticas públicas sustentadas em direitos que permitam uma ação coerente encaminhada a superar as violações aos Direitos humanos ante a falta e a insuficiência da atenção aos Direitos Humanos dos Vulneráveis, Marginalizados e Excluídos?

Trata-se de passar do marco conceitual à ação de exigibilidade.

Desde essas três vertentes, espera-se consolidar o enfoque conceitual e avaliar a efetividade do tratamento dos Direitos sociais, por uma parte, e articular estratégias para a ação, por outra.

Organização e desenvolvimento das Oficinas

As sessões de Oficina consistem numa dinâmica que alterna as reuniões plenárias com o trabalho de grupos paralelos de participantes.

A distribuição dos(as) participantes em cada grupo de trabalho se realiza considerando orientar o trabalho dos grupos para os produtos finais desejados.

Em cada um dos grupos de trabalho se incorpora um(a) especialista do IBHD/IIDH como facilitador(a). Os membros do grupo escolherão uma pessoa participante com a tarefa de coordenar o trabalho grupal; uma pessoa para documentar as discussões e conclusões do grupo e outra mais (que pode coincidir com alguma das anteriores) em funções de porta-voz ou relatora para a apresentação em plenária.

V. Avaliação

Para o IBHD e o IIDH é muito importante submeter seus projetos a uma avaliação permanente. Daí porque, para o caso específico

do Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, criaram-se dois tipos de estratégias avaliativas que nos permitirão determinar, em última instância, até que ponto estamos logrando o que nos propomos oferecer a cada participante e ao grupo em geral. Para isso recorreremos ao seguinte:

- Um monitoramento intenso, dirigido a avaliar de maneira diária a qualidade acadêmica e a eficácia educativa da modalidade pedagógica empregada durante o Curso.
- Uma avaliação final global, aplicada no último dia de atividades, que sintetiza os aspectos acadêmicos e logísticos mais relevantes do Curso visto em conjunto. Avalia assuntos diversos como conteúdos, programa de trabalho, materiais de apoio didático, modalidades pedagógicas, expositores(as) e facilitadores(as), hospedagem, alimentação, transporte, atenção dos(as) funcionários(as) do IBDH e do IIDH etc. Inclui amplo espaço para recolher sugestões e recomendações abertas para melhorar futuras edições do Curso.

A análise e a interpretação da informação gerada mediante cada uma destas atividades avaliativas nos permitirão conhecer quais são nossas fortalezas e trabalhar com o propósito de consolidá-las. Também poderemos saber quais são nossas debilidades e incorporar as medidas corretivas para saná-las. Uma tomada de decisões informada nos permitirá ir enriquecendo cada vez mais esta atividade acadêmica. Por isso apelamos para sua colaboração e objetividade.

Regulamento do VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos

1. Organização Geral

O VIII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos se organizará e se desenvolverá sob a responsabilidade do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e do Centro Universitário Farias Brito FB UNI.

2. Requisitos prévios

Todos(as) os(as) participantes deverão cumprir, na forma e no tempo estabelecido, os requisitos

prévios que a Organização do Curso haja estabelecido para ratificar sua condição. O descumprimento destes requisitos implica o cancelamento de sua condição.

3. Inscrição

Durante o dia prévio e de início do VIII Curso Interdisciplinar os(as) participantes – alunos(as) ou observadores(as) presenciais – deverão apresentar-se na Secretaria do Curso, no horário que se indique, para realizar os trâmites de inscrição, caso ainda não a hajam feito e que consistem em preencher um formulário; pagar os custos que sua participação implique (caso ainda não tenha feito), segundo as condições em que haja sido aceito; e cumprir com qualquer trâmite adicional pertinente. Os alunos virtuais seguirão outro procedimento.

4. Identificação

A cada participante se fará entrega, no momento da inscrição, de um crachá de identificação que o credencie como tal. Portá-lo é um requisito indispensável para ingressar e mover-se pela sede do evento e para receber serviços e materiais previstos para os(as) participantes.

5. Programa

O conteúdo, a ordem e o horário do Curso estão determinados no programa acadêmico, o qual poderá sofrer modificações excepcionais.

6. Frequência

Os(As) participantes têm a obrigação de ser assíduos/as e pontuais na frequência do curso, assistindo às conferências e aos painéis e envolvendo-se nas atividades participativas.

A Direção do Curso manterá um **controle rigoroso de frequência e pontualidade**. Qualquer ausência deverá ser justificada por nota escrita dirigida à Direção do Curso. Só se permitem duas ausências (a palestras e painéis) ou duas chegadas tardias devidamente justificadas.

Considera-se chegada tardia até quinze minutos depois de iniciada a conferência ou o painel. Depois de quinze minutos se considerará ausência.

Por igual, todos(as) os(as) participantes deverão se incorporar plenamente às sessões de trabalho de grupo correspondentes às atividades

participativas. A estas sessões se aplicam as mesmas regras de frequência e seu registro e relatório estarão a cargo do(a) coordenador(a) designado(a) pelo grupo ou de outra forma a ser definida pela Organização.

A Organização se reserva o direito de cancelar a condição de participante — incluindo a bolsa com a qual eventualmente se beneficiou — de quem descumpra estas disposições. De igual maneira, poderá notificar esta grave anomalia à instituição ou organização à que pertence, à organização ou pessoa que o recomendou e/ou à instituição que financiou sua participação.

7. Observadores(as) e Participantes virtuais

Os(as) observadores(as) e os participantes virtuais não poderão tomar parte das oficinas de trabalho e do estudo de caso e receberão um certificado específico de participação.

8. Princípios de convivência

O Curso Interdisciplinar é um espaço estritamente acadêmico dirigido à capacitação de agentes num ambiente de discussão e intercâmbio democrático, fundado nos princípios fundamentais dos Direitos humanos. Considerar-se-á uma falta grave, que poderá acarretar o cancelamento do *status* de participante e dos privilégios correspondentes, qualquer conduta ou manifestação que reflète discriminação, intolerância ou desrespeito à dignidade de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, seja em espaços acadêmicos ou não acadêmicos. Naqueles casos em que se conheçam condutas deste tipo, as pessoas afetadas ou testemunhas deverão denunciá-la à Direção Acadêmica para que sejam tomadas as medidas pertinentes.

9. Conteúdo e Desenvolvimento

O Curso completo inclui conferências, painéis e espaços de recapitulação a cargo de professores(as) especialistas na matéria. Igualmente, contempla uma série de atividades participativas curriculares e extracurriculares a cargo de docentes e facilitadores(as).

10. Conferências e painéis

As conferências e painéis deverão se ajustar aos limites contidos no horário.

Os(As) professores(as) exporão suas ideias sob sua total responsabilidade, dentro de um marco de pluralismo ideológico e liberdade acadêmica.

Ao final de cada apresentação, os(as) participantes poderão formular perguntas e solicitar esclarecimentos durante um período de quinze a trinta minutos. A moderação neste período estará a cargo de uma pessoa designada previamente pela Organização do Curso.

A Organização do Curso poderá decidir se a formulação de perguntas se faz por escrito ou de maneira oral. Em qualquer caso, os(as) participantes deverão ajustar-se estritamente às disposições estabelecidas por quem modere.

As perguntas e esclarecimentos solicitados pelos(as) participantes deverão limitar-se à pertinência do tema, ao tempo estabelecido e respeitando sempre a diferença de opinião e o marco acadêmico do Curso. O(A) moderador(a) supervisionará o cumprimento desta norma.

A participação na fase de perguntas se dará por ordem de formulação. Entretanto, o(a) moderador(a) poderá decidir dar preferência a pessoas que não hajam participado previamente ou que o hajam feito poucas vezes frente a outras pessoas que participem com mais regularidade. Isto com o fim de permitir a maior participação possível.

Igualmente, o(a) moderador(a) poderá interromper quem esteja intervindo quando se exceda no tempo outorgado, sua pergunta ou comentário trate de um tema que não seja pertinente ao abordado na conferência ou painel, ou quando se estejam descumprindo as normas básicas de respeito e tolerância.

Em termos gerais, a moderação procurará manter o ambiente de discussão acadêmica democrática e respeitosa, que garanta a maior participação possível.

11. Grupos de trabalho (estudos de caso e oficinas)

A frequência aos grupos de trabalho é obrigatória para toda pessoa participante. Estarão limitados ao número máximo de participante previamente estabelecido e funcionará cada um sob a responsabilidade do facilitador(a) ou coordenador(a) designado(a).

O(A) facilitador(a) dos grupos de trabalho fixará os limites para as intervenções, perguntas e

esclarecimentos dos(as) participantes. Neste caso, aplicam-se os mesmos princípios do artigo 11.

Cada grupo deverá designar um(a) coordenador(a) pelo voto majoritário de seus integrantes. De igual modo, caso a metodologia assim o requeira, se nomeará um(a) ou dois(duas) relatores(as).

Durante o desenvolvimento dos grupos de trabalho, nenhum(a) participante poderá mudar de grupo, salvo exceções autorizadas pela Direção do Curso mediante uma solicitação devidamente fundada.

Um relatório final poderá ser elaborado em cada grupo de trabalho.

Geralmente, o trabalho grupal de estudo de caso e oficinas requer sessões fora do programa acadêmico. A frequência a estas sessões é fundamental. Sua programação e condições de trabalho estarão determinadas pela decisão majoritária dos(das) integrantes do grupo. Em caso de empate, a decisão final recairá no(a) coordenador(a) do grupo.

12. Materiais didáticos

O IBDH e o IIDH fornecerão material didático a cada participante. O conteúdo deste material será uma decisão da Organização do Curso.

Outros materiais poderão ser disponibilizados por alunos(as) e observadores(as), com o consentimento prévio da Organização.

O IBDH e o IIDH não permitirão a distribuição nem difusão de materiais alheios ao estritamente acadêmico, que não estejam relacionados com a temática, objetivos e sentido do Curso ou que sejam desrespeitosos ou difamatórios contra qualquer pessoa ou entidade. Sua qualificação como tais corresponde à Organização do Curso.

13. Certificados

Certificado de Participação

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, assim como o Centro Universitário Farias Brito FB UNI outorgarão um *certificado de participação* a todos(as) os(as) alunos(as) que participem das atividades programadas durante a realização do Curso Interdisciplinar, levando em conta o disposto no Regulamento no que se refere à frequência.

Os(As) observadores(as) e participantes virtuais farão jus igualmente a um certificado específico.

Certificado Acadêmico

Para optar pelo certificado acadêmico do Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos o(a) aluno(a) ou participante eventual deverá desenvolver um trabalho de investigação. O(A) observador não tem direito a desenvolvê-lo.

a. Requisitos

Para a obtenção do *Certificado Acadêmico*, o(a) aluno(a) ou participante eventual deve cumprir os seguintes requisitos:

- Ser admitido no Curso e realizar seus trâmites de registro.
- Obter o certificado de participação plena.
- Obter a aprovação do tema pela Direção Acadêmica do Curso.
- Realizar um trabalho escrito de conformidade com os limites e especificações a seguir assinalados.

a. Tema

Cada aluno(a) ou participante virtual deverá escolher um tema *vinculado ao eixo temático*, com a devida justificação e objetivos, e preencher o formulário de inscrição que estará disponível no site e na Secretaria do Curso a partir da segunda semana de realização da atividade. Essa informação deverá ser entregue antes de finalizar o Curso. Não se admitirão ampliações do prazo, salvo exceções aprovadas pela Direção Acadêmica ou a quem esta delegue.

b. Requisitos da Investigação

O trabalho deverá conter:

Uma *introdução*, na qual se descrevam os objetivos do trabalho, a metodologia e justificação do tema, e onde se estabeleça uma hipótese de trabalho quando seja necessário.

O *corpo* da obra, que deve desenvolver a ideia principal de forma coerente, buscando atingir os objetivos propostos. Quando as ideias ou conceitos expressos não sejam os próprios do(a) autor(a), a fonte deve ser citada. Em todo caso é necessário o respaldo bibliográfico.

A *conclusão*, que deve incluir uma breve descrição do alcance do trabalho e dos resultados obtidos.

Uma *bibliografia*, na qual se consignem as referências em que se baseou o trabalho.

O trabalho pode ter um caráter eminentemente bibliográfico-descritivo, em torno de um tema de Direitos humanos em que se relacione a teoria aprendida no Curso com um problema específico de seu estado ou região geográfica. O tema pode também ser de caráter reflexivo-filosófico ou fundamentalmente empírico. Em todo caso, a investigação deverá incluir dados atualizados recolhidos em pesquisas, entrevistas ou estatísticas.

c. Requisitos de Forma

A elaboração do trabalho de investigação deverá estar sujeita a certos requisitos que serão explicitados posteriormente.

d. Data de Entrega

Os trabalhos deverão ser recebidos pelo IBDH em data a ser anunciada.

14. Normas de hospedagem

Os(As) participantes que hajam optado pelo pacote que para tal fim oferece o Hotel deverão atentar para as normas internas da empresa onde se alojem. Qualquer problema que se apresente com a administração do hotel deverá ser comunicado de imediato ao pessoal responsável pela Organização do Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos, que buscará encontrar uma resposta adequada.

15. Uso da sede do evento

O Curso Interdisciplinar se realizará no Hotel Praia Centro (Fábrica de Negócios), escolhido para sediá-lo pela excelência de suas instalações e seus serviços. Os(As) participantes terão livre acesso à Secretaria do Curso nos horários estabelecidos com o único requisito de portar o crachá que os(as) identifica como tais.

Os(As) participantes não poderão fazer uso, sem autorização, de computadores destinados ao pessoal, telefones, máquinas de xerox ou qualquer outro equipamento ou serviço.

O IBDH e o IIDH poderão, se julgarem necessário, adequar uma zona para uso público de computadores cuja utilização se fará de acordo com a forma e o horário que oportunamente se informe.

16. Disposições Gerais

A Direção do Curso resolverá qualquer situação que não se haja contemplado neste regulamento e terá a seu cargo também a interpretação deste instrumento.

Por razões estritas de ordem e respeito, durante o desenvolvimento deste Curso, a Direção e a Coordenação do mesmo não permitirão nenhum tipo de interrupção ou manifestação não contemplada no programa acadêmico, bem como se encarregarão de vigiar o cumprimento dos objetivos específicos do Curso.

César Barros Leal

Coordenação Acadêmica – IBDH/IIDH

CONSELHO EDITORIAL

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do *Institut de Droit International* e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Prêmio Balzan em Direitos Humanos.

- **César Barros Leal (Presidente)**

Realizou estágio pós-doutoral em Estudos Latino-americanos na Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Membro da Academia Cearense de Letras.

- **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (1ª Vice-Presidente)**

Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; ex-Procuradora-Geral do Estado do Piauí.

- **Sílvia Maria de Silva Loureiro (2ª Vice-Presidente)**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental – PPGDA e do curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional; corresponsável pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental – ED/UEA.

- **Antônio Álvares da Silva**

Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho – TRT – da 3ª Região.

- **Antônio Celso Alves Pereira**

Ex-Reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Política Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

• **Antônio Otávio Sá Ricarte**

Professor Assistente do Instituto Rio Branco; ex-Delegado no Brasil ante o Escritório das Nações Unidas em Genebra.

• **Bleine Queiroz Caúla**

Doutora em Direito pela Universitat Rovira i Virgili (Espanha); Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil (Universidade de Fortaleza); Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare 2008; Professora Assistente da Universidade de Fortaleza.

• **Catherine Maia**

Professora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto (Portugal); Visiting Professor em Sciences Politics, na Universidade Católica de Lille e na ENS Cachan (França); Investigadora na Academia Internacional de Direito Humanitário e Direitos Humanos de Genebra; Membro do Centro de Direito Internacional (Brasil).

• **Elkin Eduardo Gallego Giraldo**

Presidente do Instituto Colombiano de Direitos Humanos (ICDH); Docente da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma Latino-americana e Universidade San Buenaventura, Campus Medellín; Especialista em Direito Administrativo e Mestrando em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Universidade Santo Tomás.

• **Emilia Segares**

Secretária-Adjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Emmanuel Teófilo Furtado**

Realizou estágio de pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha; Professor Visitante da Universidade de Havre – França; Professor de Direito da Universidade Federal do Ceará; Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Ceará.

• **Gonzalo Elizondo Breedy**

Professor Titular da Universidade da Costa Rica; ex-Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

• **Juan Carlos Murillo**

Representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) para a América Central.

• **Juana María Ibáñez Rivas**

Advogada; Consultora em temas de Direitos Humanos e Direito internacional Humanitário; Investigadora do *Groupe d'études en Droit International et Latino-américain de la Sorbonne*, Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne; ex-Advogada na Área Legal da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assessora Jurídica da Delegação Regional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR) para Bolívia, Equador e Peru.

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Philippe Cuvreur**

Secretário da Corte Internacional de Justiça (Haia); Professor de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Lavaina, Bélgica.

- **Raúl Cadena Palacios**

Advogado; Presidente da Academia Latino-americana de Direito Penal e Penitenciário; doutor em direito.

- **Renato Zerbini Ribeiro Leão**

Doutor em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidade Autônoma de Madri (UAM); Membro do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José, Costa Rica; Professor Titular do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

- **Ruth Villanueva Castilleja**

Subprocuradora de Direitos Humanos e Prevenção do Delito da Procuradoria Geral da República; Titular de Prevenção e Readaptação Social e Presidente do Conselho de Menores da Secretaria de Governo; Catedrática da Universidade Nacional Autônoma do México; Diretora Geral de Proteção ao Migrante do Instituto Nacional de Migração.

- **Valter Moura do Carmo**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; ex-Assessor do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará – PGE; Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília.