
XIX REVISTA DO CEPEJ

Edição Especial – Direito Internacional

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito
da Universidade Federal da Bahia

Salvador – Ba

2016



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

XIX REVISTA DO CEPEJ

Edição Especial – Direito Internacional

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito
da Universidade Federal da Bahia

Salvador – Ba

2016

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS
JURÍDICAS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DA BAHIA

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Edição Eletrônica

Distribuição: Todo o território nacional

Revista do CEPEJ, v. 1 – 1988 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2016.

304 fl.
Edição Especial

ISSN 1981-6758

1. Direito Internacional – Periódico

CDD 340.05

CEPEJ

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretoria de Presidência: Arthur de Oliveira d'Arede

Diretoria Administrativo-Financeira: Uriel Torres Nunes

Diretoria de Comunicação: Cláudio de Oliveira Dantas Filho

Diretoria de Gestão de Pessoas: Ênyo Ribeiro Novais Santos

Diretoria de Projetos: Ana Paula Santos Huoya

MEMBROS

Amanda Silva Barbosa Mello

Ana Paula Santos Huoya

Ângela Maranhão Lima de Souza

Arthur de Oliveira D'Arede

Claudio de Oliveira Dantas Filho

Diana Andrade Gatti

Diana Neuma Santos Santana

Ênyo Ribeiro Novais Santos

Flávia Conceição Santos de Matos

Gustavo Costa Macedo

Horácio Luís de Souza Rapadura Júnior

Isaane Sodré de Oliveira dos Santos

Laianne Porto Brasil

Leonardo Macedo dos Santos e Santos

Lucas Fernandes de Souza Silva

Luniza Carvalho do Nascimento

Matheus Santiago Gonçalves Silva

Phillipe Ramon C. Queiroz

Tath Lorena Silva Pina

Thiago dos Santos Siqueira

Uriel Torres Nunes

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor Gabriel Marques (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutora Maria Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutora Joseane Suzart (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

COMISSÃO EDITORIAL

Editor-Chefe. *Porf. Doutor Júlio Rocha (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)*

Subeditor. *Lucas Fernandes de Souza Silva*

Arthur de Oliveira d'Arede

Ângela Maranhão Lima de Souza

Ana Paula dos Santos Huoya

Cláudio de Oliveira Dantas Filho

Flávia Conceição Santos de Matos

Gustavo Costa Macedo

Matheus Santiago Gonçalves Silva

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Prof.^a Doutora Carolina Medeiros Bahia (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Prof.^a Doutora Clarisse Laupman Ferraz Lima (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP – São Paulo, SP – Brasil)

Prof.^a Doutor Daniel Oitaven Pamponet Miguel (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutor Georges Louis Hage Humbert (Universidade de Salvador, UNIFACS – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutora Kaline Ferreira Davi (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutor Tagore Trajano de Almeida Silva (Universidade Federal da Bahia – Salvador, Ba – Brasil)

Prof.^a Doutor Tarsis Barreto Oliveira (Universidade Federal do Tocantins – Palmas, To – Brasil)

SUMÁRIO

| | |
|------------------------|----|
| EDITORIAL | 11 |
|------------------------|----|

Os artigos estão dispostos em ordem alfabética do nome dos autores.

ARTIGOS

| | |
|--|-----|
| <i>A Lei 13.260/2016 e o Exercício do Direito à Manifestação Segundo o Direito Internacional</i> | 15 |
| <i>Ana Carolina Reis Santos</i> | |
| <i>Adriana Moura Mattos da Silva</i> | |
| <i>O Instituto Da Proteção Diplomática: Uma Breve Análise Do Caso Avena E Outros Nacionais Mexicanos Perante A Corte Internacional De Justiça</i> | 47 |
| <i>Bartira Magalhães Filgueiras Nunes</i> | |
| <i>Thalita Christine de Mendonça Fontoura</i> | |
| <i>Pre-Trial Detention Of Terrorism Suspects: The Application Of The European Convention On Human Right</i> | 77 |
| <i>Bruno de Brito Guimarães</i> | |
| <i>Luna Tainara dos Santos Corrêa</i> | |
| <i>A Denúncia Da Cadh Pela Venezuela: Repercussões No Mercosul</i> | 101 |
| <i>Christian Marinho B. Chagas</i> | |
| <i>The Challenges Of Attribution Of Internationally Wrongful Acts In The Cyberspace: A Critical Analysis Of Control Tests And The Standard Of Proof In International Courts</i> | 121 |
| <i>Filipe Gomes Dias Costa</i> | |

Verônica Lúcia Hassler Benn

O Problema Da Atribuição De Responsabilidade Internacional Nos Casos De Ataques Cibernéticos147

João Glicério de Oliveira Filho

Bárbara Victória Müller Marchezan

A Proteção Do Consumidor Turista Estrangeiro No Mercosul: A Efetividade Do Acordo Interinstitucional Para A Prevenção E A Solução De Litígios163

Joseane Suzart

Liberdade De Imprensa Sob A Perspectiva Da Proteção Internacional À Segurança Nacional193

Laísa Branco Coelho C. de Almeida

Le Droit De Retrait Au Sein De L'union Europeenne223

Lucas Valente

Sistemas De Cooperação Internacional: Cotejo Entre Políticas De Auxílio Em Matéria Penal Nos Estados Unidos, Na União Europeia E No Mercosul.....243

Luíza Moura Costa Spínola

A Linha Tênu E Entre Os Direitos Humanos E O Multiculturalismo.....279

Nathalia Lutterbach Pires Moreira

EDITORIAL

A Revista do CEPEJ possui como marca distintiva o **protagonismo estudantil**, este presente em todas as fases da sua idealização e publicação. Desde 1988, este periódico busca incentivar a pesquisa no âmbito da graduação da Faculdade de Direito, promovendo nos alunos a inquietação necessária para buscar o “algo a mais” propiciado pelo método.

A pesquisa jurídica não possui um fim em si; é parte de uma vontade de transformar o mundo, tornando-o mais justo. É com essa vontade que se inaugura esta edição temática da Revista, vislumbrando o acirramento das questões envolvendo o Direito Internacional no contexto mundial. Isso porque reina o paradoxo: se o conhecimento é capaz de construir pontes, porque tantos muros – concretos ou simbólicos – sendo erguidos neste exato momento histórico?

É sentindo em nós mesmos toda essa inquietação que lançamos a Revista do CEPEJ – edição especial de Direito Internacional -, em formato eletrônico, acreditando na viabilidade de construir um conhecimento crítico, cuja finalidade precípua seja a pacificação social.

Comissão Editorial

ARTIGOS

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

*LAW NO. 13,260/2016 AND THE EXERCISE OF THE RIGHT TO
PROTEST ACCORDING TO THE INTERNATIONAL LAW*

*Ana Carolina Reis Santos**

*Adriana Moura Mattos da Silva***

RESUMO: O presente artigo busca explorar as nuances referentes ao exercício e proteção do direito de manifestação, correlato à liberdade de expressão, em relação à Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que buscou delinear o delito de terrorismo no Brasil. A análise vem pautada por compreensões relativas ao direito internacional, notadamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, campo de estudo que traz formulações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o alcance do referido direito e vincula-se também à legislação nacional através do compulsório controle de convencionalidade.

Palavras-chave: liberdade de expressão, direito à manifestação e protesto, legislação brasileira, Direito Internacional dos Direitos Humanos

ABSTRACT: This article seeks to explore the nuances related to the exercise and protection of the right to protest, correlative to freedom of expression, in relation to Law No. 13,260, of March 16, 2016, which sought to outline the crime of terrorism in Brazil. The analysis is guided by understandings relating to international law, particularly International Human Rights Law, field of study that contains doctrinal

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

** Mestranda em Gestão e Políticas Públicas na Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Direito Constitucional pela LFG, Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN, bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

and jurisprudential formulations on the scope of that right and is also linked to the national law through the compulsory conventionality control.

Keywords: freedom of expression, right to protest, Brazilian law, International Human Rights Law.

SUMÁRIO Introdução; 1. O controle de convencionalidade: análise conceitual; 1.1 O controle de convencionalidade “à brasileira”; 2. Da proteção à liberdade de expressão no direito internacional; 2.1. Definições das Nações Unidas; 3. Da lei 13.260/2016; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade realizar análise acerca da recente lei nº 13.260, de 16 de março de 2016¹, que regulamenta “o inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 02 de agosto de 2013”, à luz do quanto fixado pelos tratados e jurisprudência internacional.

A relação do ordenamento jurídico brasileiro com o ordenamento jurídico internacional possui, em linhas gerais, situações conflituosas, especialmente no campo dos direitos humanos. Cada vez mais, porém, é possível perceber não só a pressão de Estados e Organizações Internacionais pela concretização das políticas compromissadas, como também dos próprios organismos nacionais,

¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em 20 de maio de 2016.

que ressaltam a importância acentuada das fontes normativas do Direito Internacional no início do século XXI, reforçando o *jus cogens*².

A questão do *status* normativo de tratados internacionais no ordenamento brasileiro, entretanto, encontra-se em descompasso histórico à importância crescente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Apesar de a tradição jurídica nacional fundar-se em um *status* ordinário dos tratados ratificados pelo Estado - esta claramente defasada perante a cobrança internacional de efetiva implementação dos tratados e convenções -, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a questão não alcançou a solução devida.

A incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro antes de 2004, portanto, não possuía regras específicas nem quaisquer distinções aos tratados de direitos humanos, funcionando todos eles, a partir de sua promulgação, com *status* de Lei Ordinária. Ignorava a tradição brasileira, todavia, que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se em classificação especial, vez que seu conteúdo relaciona-se diretamente à dignidade da pessoa humana, princípio geral do Direito de destaque em âmbito internacional, especialmente decorrente do Pós-II Guerra Mundial³.

² O conceito de *jus cogens* deriva diretamente da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados (1969), especificamente seu art. 53, que estabelece: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”, bem como seu art. 64, que preconiza “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 18 de maio de 2016.

³ O Direito Internacional dos Direitos Humanos consolidou-se após a II Guerra Mundial, como resposta às graves violações cometidas pelo totalitarismo (a exemplo do Holocausto) e durante a guerra (como as bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki), colocando o ser humano como questão central do Direito Internacional.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

Nesse contexto paradoxal, parte da doutrina, atenta à especialidade do conteúdo de direitos humanos, defendia a natureza constitucional material das normas dos tratados internacionais a seu respeito, com fundamento no §2º, art. 5º, da CF, na medida em que o dispositivo prevê a existência de direitos e garantias nos tratados⁴. Essa parcela da doutrina defendia que a disposição contida no §2º do art. 5º da CF implicaria na autorização constitucional para que os direitos e garantias constantes dos tratados internacionais fossem incorporados ao direito interno com status constitucional, considerando-o espécie de cláusula aberta de recepção.

Tal posicionamento, porém, não possuía muita receptividade dentre acadêmicos de outras áreas do Direito. Saliente-se que a grande resistência da doutrina a essa tese deriva da dificuldade de sua adequação à realidade do Estado Brasileiro, cujos fundamentos ainda residem no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico, o que derivaria em empecilhos ao próprio modelo de controle de constitucionalidade brasileiro⁵. A outra parte da doutrina, por sua vez, se dividia entre a suprallegalidade e o status ordinário dos tratados de direitos humanos.

O §3º do art. 5º foi promulgado, em tese, para dirimir as dúvidas acerca da natureza dos tratados de direitos humanos. Com tal modificação, causada pela EC nº 45/2004, entretanto, apresentou-se uma nova divergência, relativamente ao que ocorreria com os tratados de direitos humanos anteriormente promulgados, se adquiririam tacitamente status constitucional ou não. A solução da controvérsia, porém, está longe de ser alcançada. Nesse sentido, o controle de convencionalidade vem adquirindo papel essencial no esclarecimento da norma internacional de direitos humanos, buscando minimizar os conflitos normativos com o direito interno e aproximando-a do deste,

⁴ Ver MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.144

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 692.

proporcionando a gradual caminhada doutrinária e jurisprudencial no sentido de sua máxima efetividade.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ANÁLISE CONCEITUAL

A existência de normas internacionais de direitos humanos suscita, naturalmente, a ocorrência de prováveis conflitos entre ordenamento jurídico interno e a ordem internacional. Contudo, como todo conflito normativo, esse não pode permanecer inconclusivo, cabendo ao jurista a aplicação de técnicas para que haja compatibilidade entre a norma externa e a norma nacional. Assim, a compatibilização do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no território nacional será realizada através do controle de convencionalidade, cuja finalidade reside justamente na equalização vertical das normas possivelmente conflitantes. De forma resumida, portanto, pode-se afirmar que o controle de convencionalidade consiste na adaptação dos atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado⁶. Esse controle, por sua vez, deverá ser exercido pelos tribunais cuja jurisdição alcança o Estado, sejam estes internacionais ou internos.

Frise-se que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, apesar de poder ser traduzido como um conceito correlato e até mesmo complementar ou subsidiário. O controle de constitucionalidade é, na realidade, realizado em âmbito interno, relativamente à compatibilidade de normas e atos internos com a própria constituição. Perceba-se, dessa forma, que, apesar de não se confundirem, são controles efetivamente similares, modificando-se apenas o parâmetro da compatibilidade, da constituição para os tratados internacionais de direitos humanos.

⁶ Ver MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

O controle de convencionalidade, desse modo, deve ser exercido através de alguns parâmetros. O primeiro que se pode suscitar é a necessidade de compreender o sistema jurídico internacional através de uma visão monista. Considerando-se a necessidade de compatibilização normativa, esta não pode ocorrer quando houver presunção de fonte distinta da norma. Assim, para o exercício da atividade de controle, é essencial que se adote o monismo normativo, ou seja, que se entenda que as normas de direito internacional e aquelas de direito interno fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico.

É evidente que em um contexto de Estado democrático de Direito, especialmente em se tratando do Brasil, com sua Constituição notadamente protetora de direitos e garantias fundamentais, existe a possibilidade de normas internas possuírem caráter mais benéfico que normas internacionais. Nesses casos, no exercício do controle de convencionalidade, será detectado que a norma interna não só está em concordância àquela de natureza internacional, como também é, em razão do princípio *pro homine*, melhor aplicável.

Ademais, sendo o Brasil um Estado signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cumpre-se salientar, ainda, que, como parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, submete-se à previsão constante de seus artigos 1 e 2, que estabelecem um dever geral de respeito às obrigações, mas também de positiva adoção de disposições de direito interno e consonância à proteção estabelecida na convenção. Se não, veja-se:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a **respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição**, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 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.**

(grifou-se).

Importante destacar, ainda, que o controle de convencionalidade adquiriu grande destaque no âmbito do Sistema Interamericano também em seu exercício pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da análise da legislação de cada Estado, a partir do norte estabelecido pelo voto divergente do Exm.º Juiz Sergio García Ramírez, no caso Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru (sentença de mérito de 24 de novembro de 2006⁷), onde definiu o controle de convencionalidade como um exercício de ofício dos magistrados nacionais, inerente à atividade judicante e sem a necessidade de provocação pela parte:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, **sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.** En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia

⁷ Sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>.

de ese tipo de acciones.

Com efeito, assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade poderá também ser executado de forma difusa - abarcando desde o juiz singular de primeiro grau, aos tribunais regionais e estaduais ou mesmo nacionais - ou de forma concentrada, o que, no caso brasileiro, ocorre perante o Supremo Tribunal Federal, quando referir-se a tratado de direitos humanos promulgado sob a regra do §3º do art. 5º da Constituição Federal⁸.

1.1 O controle de convencionalidade “à brasileira”

Até pouco após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a regra prevalecente nos julgados do STF relativamente aos efeitos internos dos tratados internacionais como um todo, era “*lex posteriori derogat legi priori*”, pela qual a norma do tratado poderia ser modificada pela legislação posterior, ainda que infraconstitucional, posto que ambas encontravam-se em mesmo nível hierárquico.

Com os avanços recentes do Direito Internacional, porém, o entendimento prevalecente abria margem ao descumprimento unilateral dos tratados, indo de encontro diretamente a compromissos assumidos pelo Estado perante a Comunidade Internacional. Evidenciava-se, portanto, a necessidade de uma revisitação à jurisprudência do Supremo, a fim de readequá-la à ordem internacional da atualidade.

No contexto das normas de direitos humanos, deve-se ressaltar a gravidade do entendimento até então adotado pelo STF, indo frontalmente contra a doutrina nacional acerca do tema (adepta à

⁸ A problemática do §3º do art. 5º da CF vai muito além do *status* normativo dos tratados, alcançando mesmo a questão do momento de entrada em vigor e do conflito entre as previsões internacionais e internas, avançando sobre temporalidade da norma e outros conflitos entre ratificação e votação do Congresso Nacional. Entretanto, por não serem questões atinentes ao controle de convencionalidade *per se*, não serão aprofundados no presente trabalho, até mesmo por não haver, ainda, quantidade expressiva de tratados aprovados por este regramento.

interpretação extensiva do §2º, do art. 5º, da CF-88⁹) e mesmo, como já mencionado, às pressões internacionais por efetivação dos mandamentos de direitos humanos.

Até a promulgação da EC nº 45/2004, não havia ainda, na Constituição Federal, a regra constante do §3º do art. 5º, que somente foi acrescentada através da Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004. Esta, atualmente, prevê que tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* de Emenda Constitucional - qual seja votação por três quintos de cada Casa em dois turnos de votação - adquirem *status* de norma constitucional, passando a integrar espécie de “bloco de constitucionalidade”¹⁰ no ordenamento jurídico nacional.

Com a modificação causada pela EC nº 45/2004, entretanto, apresentou-se uma nova divergência, relativa ao que ocorreria com os tratados de direitos humanos anteriormente promulgados, se adquiririam tacitamente *status* constitucional ou não.

O Supremo Tribunal Federal (STF), chamado à solução do impasse, no histórico julgamento unânime do Recurso Extraordinário 446.343¹¹ em 03 de dezembro de 2008, seguindo o voto do Exm.º

⁹ § 2º, do art. 5º, da CF-88: “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.”.

¹⁰ O conceito de bloco de constitucionalidade foi elaborado pelo Tribunal Constitucional da França na década de 1970 e relaciona-se à existência de normas constitucionais fora do texto da Constituição (como, no caso francês, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).

¹¹ O Recurso Extraordinário 446.343 discutiu, no STF, a questão da constitucionalidade da prisão do depositário infiel, tema trazido à tona em razão da proibição de prisão por dívidas constante do art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual traz que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”, em contraponto à previsão do art. 5º, inciso LXVII da CF, que trás que “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Complemente-se que a questão do depositário infiel já vinha por diversas vezes discutida pelo STF no sentido de sua taxatividade e não ampliação da categoria a outras formas de dívida.

*A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO
SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL*

Ministro Gilmar Mendes¹², decidiu pela modificação do entendimento do STF acerca do *status* dos tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004. Seguindo a lógica de Gilmar Mendes no julgamento de 2008, os tratados anteriores à EC nº 45/2004 não integrariam o chamado “bloco de constitucionalidade”, posto que não submetidos à votação de *quorum* especial e conseqüentemente não possuidores de *status* constitucional; entretanto, dada a distinção constitucional a partir do §3º do art. 5º, estes também não poderiam continuar com *status* infraconstitucional simples, passando a possuir *status* denominado “supralegal”.

A supralegalidade caracteriza-se, para o STF, pela superioridade hierárquica a normas infraconstitucionais, mas ainda assim inferioridade perante a Constituição. Na lição do eminente Ministro Gilmar Mendes:

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Ressalte-se, ainda, que em caso de inconformidade de normas infraconstitucionais em relação a tratados de direitos humanos anteriores à regra especializante, esses operariam um “efeito paralisante” sobre a norma contraditória, efeito este operado assim que promulgada a sua validade em âmbito interno e alcançando inclusive norma de vigência posterior. Ainda no voto do Eminentíssimo Ministro:

¹² O inteiro teor do julgamento encontra-se disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> >. Acesso em 06 mar. 2013.

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Dessa forma, a exemplo da questão da prisão do depositário infiel, defendeu o Exm.^o Ministro que não houve revogação do dispositivo da Constituição Federal que prevê tal modalidade, mas sim a perda de aplicabilidade do mesmo, em razão do efeito paralisante que o Pacto de San José operou sobre a legislação infraconstitucional que a disciplina, notadamente o Código Civil Brasileiro. Tal julgado foi responsável pela definitiva fixação do entendimento do STF no sentido de conferir aos tratados internacionais firmados pelo Brasil o *status* de norma supralegal, o que, porém, não impede a submissão dos mesmos ao controle de constitucionalidade, haja vista se encontrarem em nível hierárquico inferior à Constituição Federal¹³.

Assim sendo, até o momento, apenas dois tratados a respeito de direitos humanos foram recepcionados conforme as regras do §3^o do art. 5^o da CF: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos promulgados por força do Decreto n^o 6.949 de 25 de agosto de 2009, sendo os demais tratados ainda considerados infraconstitucionais.

2 DA PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

A liberdade de manifestação e protesto, no âmbito internacional, está protegida pela correlação existente entre os direitos

¹³ Não se discute, aqui, o *status* constitucional por materialidade, mas sim por formalidade. Apesar de evidente que os tratados de direitos humanos são materialmente formais, ou seja, por seu conteúdo, estes não o serão formalmente constitucionais enquanto não aprovados pelo procedimento formal constitucional.

à liberdade de expressão, à livre associação e de reunião. Tais direitos são considerados fundamentais e inerentes a toda e qualquer pessoa humana e constam de inúmeras declarações e tratados internacionais, de diversos sistemas de proteção.

2.1 Definições das Nações Unidas

No tocante ao sistema de proteção vinculado à Organização das Nações Unidas, o direito à liberdade de expressão consta do art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada em 10 de dezembro de 1948 como Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Sua redação serviu como base para outros instrumentos de direito internacional e, ainda que suas redações contenham variações, não alteram substancialmente o conteúdo do direito. A Declaração assim determina:

Artigo XIX. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A fim de compreender as nuances deste direito, destaquem-se dois de seus aspectos essenciais: de um lado, tem-se o direito de transmitir ideias e opiniões, por quaisquer meios; de outro, o direito de buscar e receber as manifestações alheias. Em ambos os enfoques é possível perceber os planos individual e coletivo de proteção.

O direito à liberdade de expressão, apesar de essencial, não é absoluto. Seu exercício presume responsabilidades e deveres, especialmente quanto à assunção de eventuais consequências de um discurso. Assim, o direito à liberdade de expressão pode ser objeto de restrições; estas, porém, possuem parâmetros também definidos no direito internacional. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos (PIDCP), adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, reitera, em seu artigo 19, o conceito da liberdade de expressão e elenca sob quais razões pode ela ser restringida. Estabelece tal dispositivo que:

Artigo 19.

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Isto posto, segundo os padrões internacionais, há dois requisitos que devem ser preenchidos para a existência de uma restrição à liberdade de expressão. O primeiro deles consiste na necessidade de previsão expressa em lei da possibilidade de restrição. Isto significa que o texto legal deve ser claro e preciso, oportunizando às pessoas o conhecimento de quais condutas são objeto da limitação e as eventuais consequências de praticá-las. O segundo critério é de que tal reserva tenha por finalidade, necessariamente, assegurar ou proteger os dispostos nas alíneas “a” e “b” do art. 19, 3, do PIDCP.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

Ou seja: há de existir legitimidade nos objetivos da restrição, além da imprescindibilidade desta e sua proporcionalidade numa ponderação face à liberdade de expressão.

A limitação proposta pelo texto do PIDCP é a adotada pelos principais mecanismos de direitos humanos¹⁴. Alguns documentos foram ainda mais progressistas ao determinar menores restrições à liberdade de expressão, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a qual se analisará adiante.

No que tange aos direitos à livre associação e reunião, estes também estão previstos na DUDH, em seu art. XX. Determina o dispositivo, no item 1, que “[t]odo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica” e, no item 2, que “[n]inguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”. Tal redação também inspirou outros documentos internacionais, consolidando assim o conteúdo e a importância desses direitos.

O PIDCP aprofunda o tratamento destinado à livre associação e à reunião, desmembrando-os em cláusulas distintas e assumindo que estes direitos também podem ser restringidos, dadas algumas circunstâncias, para seu bom exercício dentro da comunidade. Eis o prescrito em seus artigos 21 e 22:

Artigo 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 22

¹⁴ Vide o art. II da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão na África, o art. 10 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.
2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.
3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

Tal e qual a liberdade de expressão, para estes direitos são exigidos requisitos para limitação. Primeiro, faz-se necessário que haja previsão legal expressa, de forma que as condutas e as consequências de sua prática estejam explícitas e inequívocas. Segundo, que tais restrições não sejam apenas conveniência do Estado, mas sim necessárias e proporcionais após análise e sopesamento de suas finalidades em relação aos direitos a serem limitados.

Destaque-se que as justificações postas no PIDCP para eventuais limitações aos direitos à livre associação e reunião são as mesmas do direito à liberdade de expressão, quais sejam: (i) a proteção dos direitos e liberdades de outras pessoas; e (ii) a garantia da segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. Reitere-se, ainda, que as redações dos principais documentos internacionais de

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

direitos humanos seguem a linha das restrições aqui propostas, assentando seus conceitos¹⁵.

Delimitados os conteúdos dos direitos à liberdade de expressão, à reunião e à associação pacífica, faz-se necessário, ainda, analisar sua inter-relação e como ela se conecta à atividade do protesto e da manifestação.

A relação entre os direitos supracitados é reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacionais. Há precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁶[3] e da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos¹⁷[4] afirmando que há, entre tais direitos, ligação muito próxima, devendo, portanto, algumas violações serem analisadas em conjunto.

Por outro lado, a doutrina internacional também identifica tal relação, considerando estes direitos como o cerne de uma sociedade livre e democrática e base para o exercício de quaisquer outros direitos, proporcionando as condições imprescindíveis ao desenvolvimento pleno individual e coletivamente. De forma clara, a Comissão Internacional de Juristas leciona:

The rights to freedom of expression, association, and peaceful assembly are grouped together because they are often intertwined. Freedom of expression is frequently a necessary component of the rights to freedom of assembly and association when people join together for an expressive purpose. All three are protected in international and regional human rights instruments and are considered essential to the functioning of a pluralistic and democratic society. (ALLI JERNOW, 2011)

¹⁵ Vide os artigos 10 e 11 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, o artigo 11 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e os artigos 15 e 16 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁶ ECHR, Case of Ezelin v. France, Judgment of April 26, 1991, para. 37; e ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, Judgment of July 31, 2001, para. 44.

¹⁷ ACHPR, Case of International Pen , Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Decision of October 31, 1998, para. 110.

O próprio Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas lembra que, há muito, os órgãos da ONU tem realçado a “*íntima conexão entre atos protegidos pelos artigos 19 [liberdade de expressão] e 21 [direito à reunião] do Pacto*”¹⁸. Tal fato demonstra que há um consenso no sistema internacional quanto à relação entre tais direitos e sua essencialidade.

No que concerne a estes direitos em âmbito de manifestações e protestos, o mesmo órgão tem emitido diversas resoluções em que reconhece, entre outros pontos, que “*la participación en manifestaciones pacíficas puede ser una forma importante de ejercer el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos*”¹⁹[6].

O antigo Comitê de Direitos Humanos, órgão atualmente extinto, porém antigamente também pertencente às Nações Unidas, em seu Comentário Geral nº 25, de 1996, sobre o direito de participação política e voto, afirma, no parágrafo 25, ser necessário:

the full enjoyment and respect for the rights guaranteed in articles 19, 21 and 22 of the Covenant, including freedom to engage in political activity individually or through political parties and other organizations, freedom to debate public affairs, to hold peaceful demonstrations and meetings,

¹⁸ UN. Human Rights Council. Effective measures and best practices to ensure the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests. A/HRC/22/28, 21 January 2013, para. 4.

¹⁹ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. A/HRC/RES/19/35, 23 de marzo de 2012, p. 2; ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. A/HRC/RES/22/10, 21 de marzo de 2013, p. 2; ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. A/HRC/25/L.20, 24 de marzo de 2014, p.2.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

to criticize and oppose, to publish political material, to campaign for election and to advertise political ideas.

Diante do exposto, resta demonstrada a importância dada, no sistema internacional, à liberdade de manifestar-se. Sua tutela se dá através da correlação existente entre os direitos à liberdade de expressão, à livre associação e de reunião, considerados pedras angulares de um Estado Democrático de Direito.

Qualquer tentativa de frustrar, censurar ou intimidar indivíduos ou grupos em seu direito de manifestação viola estes direitos, e, portanto, os padrões internacionais de proteção aos direitos humanos. A proteção é ainda mais acentuada quando da análise sob o ponto de vista do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a ser demonstrada no capítulo seguinte.

2.2 Definições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto de uma Comissão e uma Corte, órgãos responsáveis por estabelecer os parâmetros de respeito e adequação aos direitos humanos no continente. Há, ainda, diversos instrumentos normativos, sendo o principal deles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, do qual o Brasil é signatário. Por essa razão, a análise da liberdade de manifestação é, aqui, mais aprofundada, uma vez que o Brasil se comprometeu a adequar-se às disposições deste sistema ao ratificar sua convenção fundadora.

No que concerne à liberdade de expressão, a CADH traz texto similar a outros instrumentos internacionais, especialmente em relação ao conteúdo e ao duplo aspecto desse direito, já explicado no tópico anterior. Difere de outras convenções internacionais, porém, ao estabelecer explicitamente, no art. 13.2, a proibição de censura prévia;

eventuais limitações ao exercício desse direito devem estar ligadas, para além dos critérios postos no PIDCP, a responsabilidades ulteriores. Dessa forma, qualquer dispositivo legal que pretenda controlar, analisar ou até mesmo impedir antecipadamente a livre circulação de ideias é contrária à Convenção.

Merece destaque ainda o art. 13.3 da CADH, com o seguinte texto:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

Na sua primeira análise interpretativa do direito à liberdade de expressão constante da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos explicou que este é o artigo *“mais explícito em proibir as restrições à liberdade de expressão através de ‘vias ou meios indiretos... destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões’*. *Nem a Convenção Europeia nem o Pacto contêm uma disposição comparável*”²⁰. Por outro lado, destaca a Corte, no mesmo documento, que *“o artigo 13.3 não apenas trata das restrições governamentais indiretas, mas também proíbe expressamente ‘controles... particulares’ que produzam o mesmo resultado*”²¹.

Conclui a Corte que a Convenção atribui alto valor à liberdade de expressão e às garantias desse direito, especialmente se comparadas ao PIDCP e à Convenção Europeia, as quais *“foram*

²⁰ Corte IDH. Parecer Consultivo 5/85, 13 de Novembro de 1985. O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), par. 47.

²¹ IDEM, par. 48.

*A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO
SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL*

elaboradas para serem as mais generosas e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação das ideias”²².

Quanto aos direitos de reunião e livre associação, a CADH, bem como as interpretações da Corte e da Comissão Interamericana, segue os preceitos comuns ao sistema internacional. Também se entende, dentro do Sistema Interamericano, serem tais direitos inerentes ao ser humano; delimitando-se na redação do Pacto eventuais restrições ao seu exercício e reconhecendo, através das leituras de seus órgãos, estarem esses direitos intimamente conectados entre si e ao direito à liberdade de expressão.

Relativamente à liberdade de manifestação, sua proteção e eventuais restrições que a ela possa haver, há documentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que discutem o assunto, elaborados pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. No Informe Anual de 2005 da Comissão, há um capítulo dedicado exclusivamente à análise das jurisprudências de outros sistemas internacionais sobre a matéria, já que, à época, ainda não havia decisões da Corte de mesma natureza. Neste Informe, o Relator destaca que:

[L]a participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho. En este sentido, la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida²³.

²² IBIDEM, par. 50.

²³ BERTONI, Eduardo. Las Manifestaciones Públicas Como Ejercicio De La Libertad De Expresión Y La Libertad De Reunión. In: CIDH. Relatoria Para La Libertad de Expresión. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Volumen II. Washington, D.C., EUA. 2005. Cap. V, p. 149.

Pelo exposto, devem as restrições a tais direitos, conforme já explicado, seguir as delimitações propostas pelos mecanismos internacionais. Normas que não as levem em consideração impõem receio e impedem a livre manifestação. Isso se torna ainda mais contundente quando a restrição pertence ao direito penal.

A Corte já manifestou sobre o assunto, afirmando que “*se a restrição ou limitação provém do direito penal, é preciso observar os estritos requerimentos característicos da tipificação penal para satisfazer nesse âmbito o princípio da legalidade*”²⁴.

De forma ainda mais específica, a Comissão já tratou do uso de tipos penais como “terrorismo”²⁵, caso da Lei nº 13.260/2016, sob análise. E, ainda, demonstrou sua preocupação com o aumento da utilização de tipos penais com o objetivo de criminalizar protestos sociais²⁶. Apesar de compreender que as manifestações sociais podem molestar ou causar distúrbios, que devem ser prevenidos e reparados, exorta os Estados a elaborarem legislação que pondere os direitos em questão²⁷ e assevera:

Es cierto que su ejercicio puede ser abusivo y causar daños individuales y colectivos importantes. Pero también es verdad que **las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público** que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. **No resulta fácil participar de manera desinhibida de un debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal**, la pérdida de todo el patrimonio o

²⁴ CORTE IDH, 2009, par. 55

²⁵ “La utilización de los tipos penales de ‘terrorismo’ o ‘traición a la patria’, entre otros, para judicializar a personas que expresen o difundan opiniones opuestas a las del gobierno, o posiciones críticas respecto de políticas gubernamentales, resulta abiertamente violatoria del derecho a la libertad de expresión. (...)Es necesario establecer claramente la diferencia entre el uso apropiado del derecho penal y su utilización como elemento de censura o de castigo a la disidencia legítima.” (CIDH, 2010, par. 66)

²⁶ CIDH, 2010, par. 71

²⁷ CIDH, 2010, par. 72

*A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO
SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL*

la estigmatización social. Por eso, es imprescindible ajustar las instituciones y la práctica punitiva del Estado a los imperativos de marco jurídico interamericano²⁸. [grifos nossos]

No mesmo caminho interpretativo está a Corte Interamericana, que, nos últimos dois anos, julgou demandas relativas à criminalização de condutas em razão de participação em manifestações sociais. Em especial no Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014), a Corte julgou a utilização da Lei Antiterrorista chilena como indevida, assinalando:

Asimismo podría haberse producido un efecto intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión, derivado de los particulares efectos que tuvo la aplicación indebida de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche. La Corte ya se ha referido en otros casos al efecto intimidante en el ejercicio de la libertad de expresión que puede causar el temor a verse sometido a una sanción penal o civil innecesaria o desproporcionada en una sociedad democrática, que puede llevar a la autocensura tanto a quien le es impuesta la sanción como a otros miembros de la sociedad. En el presente caso, el Tribunal considera que la forma en la que fue aplicada la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche podría haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que eventualmente desearan participar en estas²⁹. [grifos nossos]

Portanto, no marco do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, normas que busquem penalizar condutas comuns a manifestações e protestos sociais, em especial no âmbito do direito

²⁸ CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión. Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión. EUA, 2010, par. 76.

²⁹ Corte IDH. Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, par. 376.

penal, são consideradas violadoras da Convenção. A Lei 13.260/2016, à luz do marco internacional e, em especial, do marco interamericano, viola a liberdade de manifestação, conforme se demonstrará nos próximos tópicos.

3 A LEI N. 13.260/2016 E O DIREITO À MANIFESTAÇÃO SOB O PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL

A Lei Antiterrorismo nasceu de Projeto de Lei (PL) de iniciativa da Presidência da República, enviado à Câmara dos Deputados em 18 de junho de 2015 e tramitou, nesta Casa, sob nº 2.016/2015. Foi solicitada pela Presidência a tramitação em regime de urgência, prevista no art. 64, §1º, da Constituição Federal. O texto inicial foi objeto de quarenta e uma emendas parlamentares, das quais seis foram acatadas pelo relator do projeto na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. A redação de seu relatório foi aprovada, sem alguns destaques³⁰, pela Câmara, em votação realizada no dia 13 de agosto mesmo ano.

Remetido ao Senado Federal em 20 de agosto, o PL foi registrado sob nº 101/2015 e objeto de análise da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão de Relações Exteriores e Defesa, recebendo quatorze emendas parlamentares. O texto final, aprovado pela Casa em sessão datada de 28 de outubro, trouxe o agravamento das penas previstas na redação da Câmara, além de retirar o parágrafo segundo do art. 2º, que excluía da aplicação da lei a condutas praticadas no âmbito de manifestações de caráter político, social ou reivindicatório.

Uma vez que o texto aprovado no Senado foi substitutivo daquele enviado pela Câmara, o PL retornou a esta Casa em 04 de novembro para que seu conteúdo fosse objeto de nova apreciação. A

³⁰ Dentre os destaques rejeitados pelo Plenário da Câmara estava a inclusão da palavra “ideologia” no *caput* do art. 2 do Projeto de Lei, quando este aborda as razões pelas quais se configurariam os tipos penais do terrorismo descritos em seus incisos.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

redação do Senado, em seu inteiro teor, foi rejeitada pela Câmara em sessão realizada em 24 de fevereiro de 2016. Dessa forma, foi enviado para sanção presidencial o texto aprovado pela Câmara em 13 de agosto de 2015.

Em 16 de março de 2016, o PL foi sancionado pela Presidente da República, transformando-se na Lei Ordinária de nº 13.260, vetados alguns dispositivos. Entre eles, o tipo que criminalizava “fazer, publicamente, apologia a fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor”, considerado muito amplo e, da forma como previsto, não traria “estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão”³¹.

A elaboração da Lei 13.260/2016 se deu num contexto em que atentados terroristas têm ocorrido com bastante frequência em todo o mundo, ainda que no Brasil não se tenha notícia de fatos desta natureza. Todavia, em razão da celebração das Olimpíadas no país em agosto de 2016, alguns órgãos alertam à maior possibilidade de ocorrência de tais fatos durante o período. De outro lado, desde 2013, quando o Brasil sediou a Copa das Confederações e, no ano seguinte, a Copa do Mundo de Futebol masculino, houve um aumento significativo do número de manifestações e protestos por todo o país. Tais movimentos levaram às ruas milhões de pessoas, havendo registro de excessos cometidos por alguns manifestantes, mas, principalmente, pelo Estado, que os reprimiu violentamente³².

Em razão desse quadro, ao longo de toda a tramitação do PL e após a sanção, seu texto foi duramente criticado por parte da

³¹ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 85, de 16 de março de 2016. Diário Oficial da União, edição extra, p. 5. Brasília, DF, 17 mar. 2016.

³² Conforme a ONG Article 19, foram 849 detenções arbitrárias realizadas pelas Polícias Militares do Rio de Janeiro e de São Paulo no período de janeiro de 2014 a junho de 2015, entre outras violações perpetradas pelo Estado através de seus agentes. Em ARTIGO 19 BRASIL. **As ruas sob ataque: Protestos 2014 e 2015**. 2015, p. 31. Coordenado por Camila Marques e Julia Lima. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B91LK4RQx5DadVZrUmNqaHIMU2M/view>>. Acesso em: 21 maio 2016.

doutrina³³ e por organismos internacionais³⁴ e da sociedade civil³⁵. Tal texto normativo seguiria uma tendência em toda a América Latina: a de criminalização de manifestações sociais³⁶, já tendo sido utilizado para processar membros do Movimento Sem Terra, em Goiás³⁷.

A primeira crítica consiste na abertura dos tipos penais, muito larga, com conceitos imprecisos e pouco claros. Assim, diversas condutas seriam passíveis de enquadramento na tipificação. Além disso, parte da doutrina considera que não há bem jurídico tutelado pela Lei Antiterrorista que já não esteja protegido por outros textos normativos penais. A diferença é que o novo texto traz punições mais severas a tais condutas, o que violaria a proporcionalidade e geraria insegurança jurídica.

De outro lado, o fato de o PL ter tramitado em regime de urgência não proporcionou debate suficiente com a sociedade, excluindo-lhe do processo de criação. Isso tudo, à luz da conjuntura na qual a Lei n. 13.260/2016 foi aprovada, traz fundado receio da criminalização de movimentos sociais, manifestações e protestos, o que mitigaria os direitos à liberdade de expressão, de associação e

³³ Vide BASSO, 2016; BARBOSA, 2016; e REDE JUSTIÇA CRIMINAL, 2015.

³⁴ Cf. ONU, 2016 e LEI..., 2015.

³⁵ Cf. CONECTAS, 2016; ROQUE, 2016; e MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA, 2016.

³⁶ Conforme Bertoni (2010, p. II), “em distintos países da região, a reação do Estado diante da manifestação social é com o Código Penal nas mãos (...). Em outras palavras, o problema é que existem muitos delitos que se utilizam, ou que poderiam ser utilizados, para reprimir a manifestação social. Muitos desses tipos penais, por sua vez, são de duvidosa compatibilidade com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: alguns são imprecisos, ou não protegem bens jurídicos relevantes ou concretos, ou têm um âmbito de proibição demasiadamente amplo. A isto se deve adicionar a própria natureza do sistema penal, que não opera ante todos os casos, mas sim que é seletivo” (tradução livre).

³⁷ “É a primeira vez que a Justiça aceita denúncia do Ministério Público contra lideranças sociais com base na lei de 2013 sobre organizações criminosas, especialmente no artigo 2.º, que contou com a redação da Lei 13.260, a lei antiterrorismo, que começou a vigorar dias antes da prisão dos sem-terra.” In: NOSSA, Leonêncio. Justiça mantém sem-terra presos com base na lei antiterrorismo. **O Estadão**. São Paulo. 03 ago. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral.justica-mantem-sem-terra-presos-com-base-na-lei-antiterrorismo,10000066632>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

reunião, reconhecidos no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme já exposto.

O art. 2º, §2º³⁸ da Lei Antiterrorismo, por sua vez, seria “causa de excludente de ilicitude relacionado ao direito de protesto e reivindicação” (ARAS, 2015b) dos crimes definidos pelo §1º³⁹. Assim, condutas que se subsumam aos tipos penais do art. 2º, mas perpetradas num contexto de manifestação social, não seriam punidas pela aplicação deste dispositivo. Para ARAS (2015a), tal cláusula não seria necessária, “pois movimentos sociais, ainda quando em conflito com a lei, não pretendem agir nem agem para provocar terror social, razão pela qual suas ações já estavam excluídas desde sempre”. Não é, porém, como já mencionado, a posição dos próprios movimentos sociais e organizações da sociedade civil. Há imenso receio de que o art. 2º seja aplicado contra manifestantes, mesmo com a existência da cláusula de exclusão.

³⁸ Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

(...) § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

³⁹ § 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Por ser a lei muito recente, ainda não há consolidação doutrinária ou jurisprudencial sobre seus limites e aplicação. Entretanto, já se vislumbra sua inadequação aos parâmetros dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. Isto porque, conforme suas convenções e organismos, quaisquer limites aos direitos de expressão, reunião e associação devem ser determinados por intermédio de lei cujos termos sejam claros e precisos – o que não seria o caso da Lei n. 13.260/2016. Além disso, a criminalização de manifestantes e movimentos sociais, seja pela aplicação de normas já existentes ou criação de novos tipos, como é a lei objeto deste estudo, inibe a livre manifestação, comportamento incompatível com Estados Democráticos de Direito.

Assim, se subsumida ao controle de convencionalidade, seja pelo entendimento da constitucionalidade ou pelo da suprallegalidade das convenções internacionais de direitos humanos, a Lei n. 13.260/2016 não o superaria. Necessária, portanto, sua retirada total do ordenamento jurídico, como forma de manter a coerência e a unidade deste.

5 CONCLUSÕES

Conforme os termos expostos ao longo deste trabalho, demonstra-se evidente a presença de forte proteção internacional ao direito de manifestação e protesto, que compreende tanto a liberdade de expressão, como de associação e reunião.

A fim de cumprir com os compromissos assumidos perante a Comunidade Internacional, o Estado Brasileiro, tem, por dever, a observação de seus parâmetros de proteção e promoção de direitos humanos, especialmente quando se trata de tratados ratificados pelo Brasil.

O mecanismo jurídico utilizado para avaliar e interpretar a norma nacional conforme parâmetros internacionais denomina-se controle de convencionalidade, o qual deve ser, no caso brasileiro,

A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

exercido de acordo com o sistema de proteção da ONU e também o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Considerando os termos presentes na recentemente promulgada Lei 13.260 de 2016, demonstra-se certo perigo em sua redação, especialmente no tocante a tipos penais abertos e passíveis de má interpretação. Tais tipos penais encontram relutância de aceitação por órgãos internacionais⁴⁰ por não se encontrarem de acordo com as proteções aqui sinalizadas e, portanto, não terem passado efetivamente por um controle de convencionalidade nos termos exigidos à boa proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALLI JERNOW. Freedom of Assembly, Association and Expression. In: INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (Switzerland). **Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook**. Switzerland, 2011. Cap. 4, p. 93. Disponível em: <<http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/05/Sexual-orientation-gender-identity-and-Justice-report-2011.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

ARTIGO 19 BRASIL. **As ruas sob ataque: Protestos 2014 e 2015**. 2015. Coordenado por Camila Marques e Julia Lima. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B91LK4RQx5DadVZrUmNqaHIMU2M/view>>. Acesso em: 21 maio 2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei->

⁴⁰ UN. Office Of The High Commissioner. **Brazil anti-terrorism law too broad, UN experts warn**. Geneva, Switzerland. 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16709&LangID=E>>. Acesso em: 21 maio 2016.

132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 04 ago. 2016.

BASSO, Maristela. Novo projeto de lei sobre terrorismo é inconstitucional. **O Estadão**. São Paulo, p. 1-2. 23 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novo-projeto-de-lei-sobre-terrorismo-e-inconstitucional/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 maio 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 85, de 16 de março de 2016**. Diário Oficial da União, edição extra, p. 5. Brasília, DF, 17 mar. 2016.

CIDH. Relatoría Para La Libertad de Expresión. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Volumen II. Washington, D.C., EUA. 2005.

CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. Washington, D.C., EUA. 2010.

CONNECTAS (São Paulo). **Congresso aprova projeto de lei antiterrorismo**. 2016. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41561-congresso-aprova-projeto-de-lei-antiterrorismo>>. Acesso em: 31 ago. 2016.
Corte IDH. **Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**. Sentença de 29 de maio de 2014.

*A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO
SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL*

Corte IDH. O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo 5/85, 13 de Novembro de 1985.

Corte IDH. **Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.** Sentença de 20 de novembro de 2009.

LEI ANTITERRORISMO AMEAÇA VIOLAR CONVENÇÃO, DIZ RELATOR DA OEA. **Uol Notícias.** Washington, p. 1-2. 27 out. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/27/lei-antiterrorismo-ameaca-violar-convencao-diz-relator-da-oea.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA (Brasília). **Em nota, MST repudia Lei antiterrorismo e exige o veto completo do projeto.** 2016. Disponível em: <<http://www.mst.org.br/2016/02/25/em-nota-mst-repudia-lei-antiterrorismo-e-exige-o-veto-completo-do-projeto.html>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

NOSSA, Leonêncio. Justiça mantém sem-terra presos com base na lei antiterrorismo. **O Estadão**. São Paulo. 03 ago. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-mantem-sem-terra-presos-com-base-na-lei-antiterrorismo,10000066632>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

ONU. Escritório Para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas Para Os Direitos Humanos. **Brasil: direitos humanos da ONU critica aprovação de lei antiterrorismo**. Santiago: 2016. Disponível em: <<http://acnudh.org/pt-br/28228-2/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Nota técnica sobre o PLC 105/2015**. 2015. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/nota-tc3a9cnica-contr-o-plc101_20151.pdf>. Acesso em: 27 maio 2016.

ROQUE, Atila. A fabricação do medo: leis antiterror e a ameaça à democracia. **Anistia Internacional**. Rio de Janeiro, p. 1-2. 02 mar. 2016. Disponível em: <<https://anistia.org.br/fabricacao-medo-leis-antiterror-e-ameaca-democracia/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote), The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 July 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453883fc22.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

UN. **Office Of The High Commissioner. Brazil anti-terrorism law too broad, UN experts warn**. Geneva, Switzerland. 04 nov. 2015. Disponível em:

*A LEI 13.260/2016 E O EXERCÍCIO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO
SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL*

<<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16709&LangID=E>>. Acesso em: 21 maio 2016.

Recebido em 26 de maio de 2016
Aprovado em 25 de agosto de 2016

O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

The institute of diplomatic protection: a brief analysis of the case concerning Avena and other Mexican nationals before the International Court of Justice

Bartira Magalhães Filgueiras Nunes^{}
Thalita Christine de Mendonça Fontoura^{**}*

RESUMO: O presente artigo destina-se a uma melhor compreensão do instituto da proteção diplomática, entendido como um conjunto de medidas adotadas pelos Estados para a salvaguarda de seus nacionais. Primeiramente, serão apresentadas a atividade diplomática e a assistência consular, temas conexos à proteção diplomática. Em seguida, serão estudados os elementos desse instituto, sua compreensão histórica e sua posição no Direito Internacional. Após o estudo das bases teóricas de tal proteção, será analisado o caso Avena e outros nacionais mexicanos, destacando-se suas particularidades, relações com casos pregressos da Corte Internacional de Justiça e a polêmica doutrinária que o circunda. Por fim, pontuaremos a correlação entre o entendimento da Corte no julgado Avena e a necessidade de uma codificação vinculante para um maior encorajamento do respeito à proteção diplomática.

^{*} Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia(UFBA) e membro do NCI – Núcleo de Competições Internacionais – Direito Internacional. barti_nunes@hotmail.com.

^{**} Aluna Especial: Mestrado em Administração (UFBA)- Disciplina: Globalização, Governança e Organizações Internacionais; Bacharela em Humanidades pela UFBA; Graduanda em Direito – UFBA e membro do NCI – Núcleo de Competições Internacionais – Direito Internacional. tcmfontoura@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: proteção diplomática; corte internacional de justiça; assistência consular; caso Avena e outros nacionais mexicanos

ABSTRACT: The present article aims to provide a better understanding of the institute of diplomatic protection, known as a mechanism used by States to protect their nationals. First, the concepts of diplomatic activity and consular assistance will be presented, both connected to the diplomatic protection. After, the elements of this institute, as well as its historical context and its position in International Law, will be described. Following the theoretical framework of this protection, we will analyse the case concerning Avena and other Mexican nationals, highlighting its particularities, its relation to previous cases before the International Court of Justice and the controversy that surrounds it. Finally, we will show the relation between the reasoning of the Court in Avena and the necessity of a binding treaty that encourages respect towards the diplomatic protection.

KEYWORDS: diplomatic protection; international court of justice; consular assistance; case concerning Avena and other mexican nationals

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância da atividade diplomática e da assistência consular; 2.1. Quanto à atividade diplomática; 2.2. Quanto à assistência consular; 3. Proteção diplomática; 3.1. Contexto histórico; 3.2. Compreensão contemporânea da proteção diplomática; 3.2.1. Temas de Direito Internacional correlatos à proteção diplomática; 3.3. Elementos para a concessão da proteção diplomática; 4. O caso Avena e outros nacionais mexicanos; 4.1. Influências de casos pregressos e desdobramentos do caso Avena; 4.2. Particularidades do julgado em estudo; 4.3. A divergência doutrinária quanto à aplicação da proteção diplomática nesse caso; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da proteção diplomática é um dos tópicos mais antigos e notórios do Direito Internacional. Embora sobreleve em importância, tendo sido objeto de projeto da Comissão de Direito Internacional¹ e de inúmeras publicações doutrinárias, ainda pairam dúvidas de ordem prática sobre seu âmbito de aplicação. Por esse motivo, este trabalho irá, primeiramente, inserir a proteção diplomática no contexto mais amplo no qual se encontra, qual seja, o da representação do Estado perante a comunidade internacional e a defesa de seus nacionais no estrangeiro, e, em seguida, analisá-la à luz do atual panorama do Direito Internacional.

2 A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR

A proteção diplomática guarda relação com duas outras atividades desempenhadas pelo Estado em suas relações internacionais: a atividade diplomática e a assistência consular. Em todas, guardadas as suas particularidades, há a noção de representação do Estado no exterior. Entretanto, embora haja essa aproximação, os três institutos apresentam marcadas diferenças.

2.1 Quanto à atividade diplomática

O internacionalista brasileiro Marcelo Varella refere em sua obra que a diplomacia é o meio pelo qual os Estados estabelecem ou mantêm relações mútuas, comunicam-se uns com os outros ou realizam transações legais ou políticas, por meio de seus agentes autoriza-

1A Comissão de Direito Internacional(International Law Commission, na expressão em inglês) tem por objetivo desenvolver o estudo do Direito Internacional, formulando pareceres que auxiliem os Estados na interpretação de tratados, bem como elaborando projetos de futuras convenções internacionais.

dos². É uma das atividades mais antigas de que se tem notícia³, englobando, atualmente, acordos de caráter político, cultural, econômico, dentre outros. No âmbito do Direito Internacional, a atividade diplomática gerou um campo específico, conhecido por Direito Diplomático, que estabelece normas e costumes, aceitos internacionalmente, para regular as relações diplomáticas entre os Estados e Organizações Internacionais⁴. Existem dois conceitos fundamentais nas relações diplomáticas. O primeiro deles é o do consentimento mútuo entre os Estados, ou seja, o estabelecimento das relações diplomáticas, bem como o envio de agentes, devem ser aceitos por ambos os Estados; o segundo, o da inviolabilidade dos agentes diplomáticos, a quem são conferidas também imunidades, para que melhor possam exercer suas funções no país estrangeiro.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, concluída em 1961, representou a formalização de diversas regras já praticadas pelos Estados em suas relações internacionais, contando atualmente com 190 Estados-parte⁵. É tido como um dos tratados internacionais de maior sucesso no âmbito das Nações Unidas, principalmente devido à longa estabilidade das regras básicas de direito diplomático⁶. Seus cinquenta e três artigos disciplinam, entre outros, as funções da missão diplomática, imunidades dos agentes diplomáticos, o regime das inviolabilidades e procedimentos em caso da ruptura de relações diplomáticas.

Pode-se perceber, pelas características mencionadas, que, enquanto a atividade diplomática insere-se no âmbito geral e abrangente

2 VARELLA, Marcelo Dias. Relações Diplomáticas e Consulares. In: _____. Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. cap. 6, p. 337 – 380.

3 DENZA, Eileen. Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

4 VARELLA, Marcelo Dias, op. cit., p.337.

5 Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Treaty Collection. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

6 DENZA, Eileen. Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

das relações entre Estados e entre estes e Organizações Internacionais, podendo incluir cooperação política, econômica, cultural e afins, a proteção diplomática possui um escopo bem mais limitado, como se verá nos itens que se seguem.

2.2 Quanto à assistência consular

As relações consulares, embora tenham em comum com a atividade diplomática a ideia de representação do Estado, possuem relativa independência e são regidas por regras próprias. Cabe notar, quanto à questão da independência, que a função consular é principalmente de cunho administrativo e de promoção comercial⁷; portanto, o rompimento de relações diplomáticas entre dois Estados não acarreta forçosamente o rompimento de suas relações consulares. Com relação às regras, as atividades consulares são regidas primariamente pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963⁸, contendo diretrizes gerais para seu estabelecimento, o que não exclui a existência de tratados bilaterais sobre a matéria, que disciplinem normas específicas entre Estados.

De acordo com o artigo 5º da referida Convenção, uma das funções de uma repartição consular é a de assistir os interesses dos nacionais no Estado estrangeiro, providenciando-lhes inclusive representação legal perante tribunais⁹. Vê-se, portanto, que a função de assistência consular e a proteção diplomática estão intimamente ligadas, sobretudo porque ambas acarretam posturas ativas do Estado em defesa de seus nacionais. De fato, não é simples distinguir, na prática, quais ações estatais se enquadram num exercício estrito de assistência consular e quais podem ser identificadas como proteção diplomática, sobretudo por conta da assimetria entre a definição ampla de “ação

7 VARELLA, Marcelo Dias, op. cit., p. 370.

8 Tratado que seguiu o padrão básico de seu antecessor sobre relações diplomáticas e também foi elaborado no âmbito das Nações Unidas.

9 UNITED NATIONS. Vienna Convention on Consular Relations. 24 de abril de 1963. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

diplomática”, para fins de proteção diplomática, estabelecida na doutrina¹⁰ e a prática dos Estados¹¹.

Costumava-se afirmar que a proteção diplomática só se caracterizava efetivamente quando eram desenvolvidos procedimentos judiciais, ou seja, quando um pedido oficial era levado a uma corte¹². Esse critério, no entanto, não condiz com o disposto pela Comissão de Direito Internacional sobre o assunto. Em realidade, a distinção que nos parece mais significativa é a diferença entre o caráter preventivo ou reparativo de cada um dos institutos¹³. A proteção diplomática é um método de remediar os efeitos provocados por atos internacionalmente ilícitos cometidos contra nacionais, ao passo que a assistência consular desempenha um papel preventivo na defesa de seus direitos.

3 PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

3.1 Contexto histórico

Em seus primórdios, a proteção diplomática era o mecanismo de defesa por excelência do Estado perante seus nacionais no estrangeiro. O princípio que norteava tal proteção era o de que um ataque ao nacional era um ataque ao próprio Estado, como enunciou o teórico e jurista suíço Emmerich de Vattel em sua principal obra, *The Law of the Nations*, com a emblemática frase: “Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen”¹⁴. Não

10 Ver tópico 3.3.

11 Annemariëke Vermeer- Künzli relata situação em que, apesar de haver contato oficial entre os Ministros das Relações Exteriores da Holanda e da Tailândia, a Holanda decidiu classificar sua atuação protetiva como um mero exercício de assistência consular. VERMEER-KÜNZLI, Annemariëke. *Diplomatic Protection: the Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

12 Idem.

13 Idem, 11.

14 “Quem quer que maltrate um nacional de um Estado indiretamente causa dano àquele Estado, o qual deve proteger o seu nacional.” (tradução livre). VATTEL, Emmerich de. *The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em:

apenas na seara doutrinária imperava esse entendimento, como também na própria Corte Permanente Internacional de Justiça¹⁵ - órgão judiciário da Liga das Nações - a qual, em 1924, no julgamento do Caso Mavrommatis, afirmou:

“By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”¹⁶

Dessa maneira, essa ficção jurídica acima mencionada era o que permitia ao Estado tomar ações efetivas contra violações a seus nacionais. Como até antes da Segunda Grande Guerra, a ênfase aos direitos individuais era praticamente inexistente, o indivíduo que tinha sua pessoa ou seus bens violados no exterior ficava adstrito à proteção que seu respectivo Estado poderia oferecer-lhe.

Esse panorama alterou-se consideravelmente após 1945, através de tratados de cunho humanitário. Nesse sentido, um dos principais tratados foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU. Nela, em seu artigo 2º, determina-se que:

<http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf>.

Acesso em: 21 de maio de 2016.

15 Antecessora da atual Corte Internacional de Justiça.

16 “Tomando o caso de um dos seus súditos e recorrendo a uma ação diplomática ou a um processo judicial internacional em seu nome, um Estado está, na realidade, afirmando os seus próprios direitos - o seu direito de assegurar, na pessoa dos seus súditos, regras de direito internacional” (tradução livre). PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Mavrommatis Palestine Concessions(Greece v United Kingdom) , Judgment of August 30th, 1924. Publications of the Permanent Court of International Justice. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional (...)”

Tal artigo preceitua um forte marco no Direito Internacional, pois antes da Segunda Guerra Mundial, como já afirmado, o indivíduo não era detentor de direitos na esfera internacional, por isso precisava obrigatoriamente de um Estado para representar e garantir seus direitos. Sem o Estado, essas proteções não seriam viáveis. O que esse artigo 2º legitima e inova é que o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direitos, e, desde então, possui outros mecanismos de defesa para se proteger (tratados bilaterais que assegurem seus investimentos, no caso de seus bens, e tratados de direitos humanos que resguardam a sua pessoa)¹⁷. A proteção diplomática continua sendo, no entanto, um recurso importante de proteção ao nacional no exterior, sobretudo quando outros meios falham.

3.2 Compreensão contemporânea da proteção diplomática

Proteção diplomática é atualmente entendida como o direito, resguardado no âmbito internacional, do Estado defender um particular, seja ele pessoa física ou jurídica, frente a um dano causado pelo ilícito praticado por um país estrangeiro. Como bem salienta Francisco Rezek, essa proteção nada tem a ver, em sua essência, com a diplomacia em si¹⁸, ela está muito mais conectada com a possibilidade da vítima que sofreu um procedimento arbitrário/ilícito de um país estrangeiro, acionar seu país de origem (ou outro país, com escopo em estritas exceções), para que, dessa forma, esse pedido se personifique em uma autêntica demanda entre personalidades de Direito Interna-

17 DUGARD, John. Articles on Diplomatic Protection. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_e.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

18 Ver tópico 2.2.

cional Público. Por esse motivo, para a proteção de direitos inerentes aos cidadãos/entes de Estados signatários da ONU¹⁹, é fundamental a observância e a prática da proteção diplomática.

Como previamente exposto, a proteção diplomática visa proteger de forma mais hábil e eficaz um direito individual violado no Estado estrangeiro. Por isso, esse direito tornou-se uma clara personificação do avanço do direito internacional em criar meios diretos e indiretos para que as pessoas clamem pela proteção dos seus direitos violados. Entretanto, é imperioso observar que esse é um direito, em linha de princípio, inerente ao Estado, pois este, no exercício dessa proteção, também defende seus interesses e exerce sua soberania. Ainda que a ficção jurídica de que uma violação ao nacional equivale a uma violação ao Estado tenha sido mitigada, como visto anteriormente, ainda é do Estado a responsabilidade de avaliar se os direitos e interesses de seus nacionais estão sendo respeitados.

Esse direito, por décadas tratado exclusivamente na doutrina²⁰ e na prática internacional dos Estados, é atualmente regido pelo Projeto de Convenção sobre Proteção Diplomática²¹, de caráter meramente consultivo, realizado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em 2006. Esse documento tem em seu artigo primeiro o objetivo de compilar a definição e escopo dessa proteção. Vejamos:

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that

19 Os países signatários da ONU são os que formalmente receberam diversos tratados e convenções realizadas no âmbito das Nações Unidas, por isso são os que estão legalmente vinculados a respeitá-las.

20 Cabe destacar o trabalho de Edwin Borchard, autor de celebrada obra sobre o tema, intitulada *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919).

21 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.²².

A Comissão apresentou comentários relevantes de como deve ser interpretado o artigo supracitado. Primeiramente, a CDI compreende que esse artigo preceitua a proteção diplomática como uma forma de um Estado arguir que, no âmbito da responsabilidade dos Estados, um terceiro Estado cometeu um ato internacionalmente ilícito, por isso esse é um pedido entre Estados e não de um agente de uma organização internacional. Outro aspecto relevante é que a proteção diplomática abrange principalmente a proteção dos nacionais que não estejam atuando em negócios internacionais em nome do Estado, pois esses estariam protegidos pelos tratados das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963). Por fim, quando a CDI estabelece nesse artigo “diplomatic action” e “other means of peaceful settlement”, explica-se: “diplomatic action” engloba todos os procedimentos legais delegados a um Estado de informar a outro Estado sobre a violação ocorrida, bem como apresentar seu posicionamentos e preocupações²³, já o termo “other means of peaceful settlement” é, claramente, uma ênfase à necessidade de seguir os procedimentos legais, não sendo admitidas, em qualquer circunstância, ações com uso da força como mecanismo de proteção diplomática.

22 Idem. “Para efeitos do presente projeto de artigo, a proteção diplomática consiste na invocação por um Estado, por via diplomática ou por outros meios de resolução pacífica, a responsabilidade de outro Estado pelo dano causado por um ato internacionalmente ilícito desse Estado a uma pessoa física ou jurídica que seja nacional do primeiro Estado, tendo em vista a execução dessa responsabilidade.” (tradução livre).

23 Idem, 21.

3.2.1 Temas de Direito Internacional correlatos à proteção diplomática

Na esfera da proteção diplomática há uma forte incidência de duas temáticas de alta relevância dentro do Direito Internacional: os Atos Internacionalmente Condenáveis (Atos Internacionalmente Ilícitos ou International Wrongful Acts, na expressão em inglês) e a Responsabilidade Internacional dos Estados²⁴. Essas duas questões são subdivididas, dentro da proteção diplomática, entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias estão atreladas a questões de direitos e obrigações dos Estados, assim como à proibição do uso da força, de cometer genocídio, etc. Já as regras aplicadas como secundárias são necessárias para consolidar as regras primárias. Por isso, ambas as regras devem ser bem compreendidas, como pontuado pelo juiz da Corte Internacional de Justiça James Crawford:

(...) in determining whether there has been a breach of an obligation, consideration must be given above all to the substantive obligation itself, its precise formulation and meaning, all of which fall clearly within the scope of the primary rules' thereby aggravating the strict separation of primary and secondary rules.²⁵

Atos Internacionalmente Condenáveis ocorrem quando um Estado, por meio de uma ação ou omissão, deixa de cumprir uma obrigação internacional que o quadro fático lhe permitia cumprir. Essa questão é notoriamente sedimentada no Direito Internacional, inclusive foi um dos critérios de julgamento frente à Corte Internacional de

24 A proteção diplomática foi, em realidade, pensada para ser apenas um tópico da Responsabilidade Internacional dos Estados; posteriormente é que conseguiu autonomia, vindo a ser objeto de codificação própria.

25 "Para determinar a existência de uma violação de uma obrigação, deve ser considerado acima de tudo a obrigação substantiva em si, a sua formulação precisa e o seu significado, que são claramente abrangidos pelo escopo da aplicação das regras primárias, agravando assim a separação estrita das regras primárias e secundárias." (tradução livre). INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 'Second Report on State Responsibility', International Law Commission. (A/CN.4/498), 51st session. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

Justiça em diversos julgados, como por exemplo, no Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua²⁶ e Projeto Gabč'íkovo-Nagymaros.²⁷

O Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos²⁸ é extremamente taxativo, em seus artigos iniciais, quanto à caracterização de atos internacionalmente condenáveis e atribuição do ilícito internacional a um Estado. Seus elementos de atribuição, como afirmado pela Comissão de Direito Internacional²⁹, demonstram critérios subjetivos, pois é necessário avaliar a intenção ou conhecimento do Estado frente ao ilícito internacional, ou seja, leva-se em conta a sua boa-fé. Com relação à caracterização do ilícito internacional, pouco importa, para o Direito Internacional, se essa ação é lícita dentro do ordenamento jurídico do Estado, o que define a ilicitude é a não-realização de uma obrigação internacional.

A compreensão do que é um ato internacionalmente ilícito é de suma relevância para o recorte deste artigo, pois a invocação do direito à proteção diplomática deve ocorrer somente em resposta a um ato internacionalmente ilícito. A ocorrência de um ato ilícito internacional é tanto um critério de admissibilidade como regra primária, sendo parte do mérito do pedido³⁰. Como veremos adiante, a alegação

26 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment of 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

27 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Gabč'íkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgment of 25 September 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

28 UNITED NATIONS. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. General Assembly (A/56/49), 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

29 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

30 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection in Current International Law. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

de descumprimento de uma obrigação internacional foi parte essencial do pedido do México no julgado de Avena.

Em um segundo momento, é imperioso destacar quão importante é a Responsabilidade Internacional dos Estados, enquanto norma secundária, para a proteção diplomática. O direito da Responsabilidade Internacional é relativo à incidência e consequência de um ato ilícito, especialmente nas formas de reparação relativa às perdas causadas pelo dano³¹. Um exemplo a ser apresentado refere-se ao julgado no caso *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro*, pela Corte Internacional de Justiça:

The first of these two questions relates to the well-established rule, one of the cornerstones of the law of State responsibility, that the conduct of any State organ is to be considered an act of the State under international law, and therefore gives rise to the responsibility of the State if it constitutes a breach of an international obligation of the State.³²

A Responsabilidade Internacional se opera também no âmbito da proteção diplomática mediante a lesão causada ao estrangeiro - podendo recair sobre diplomatas fora do exercício da função - devido ao ato ilícito causado por um outro Estado. A lesão, entretanto, causada pelo Estado, no caso da proteção diplomática, não pode ser combatida com a aplicação de contramedidas, onde se operariam os efeitos em

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/01.pdf?sequence=12>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

31 CRAWFORD, James R. *Principles of Public International Law*. 8. ed. United Kingdom: OUP, 2012.

32 "A primeira dessas duas questões relaciona-se à regra já consagrada, um dos pilares do Direito da Responsabilidade dos Estados, de que a conduta de qualquer dos órgãos estatais deve ser considerada um ato do Estado sob o Direito Internacional, e dessa maneira dá ensejo à responsabilidade do Estado se essa conduta constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado." (tradução livre). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

igual proporção ao dano causado³³, como é definido no Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados³⁴, anteriormente citado. Neste caso específico de aplicação de contramedidas, a responsabilidade do Estado surge após a prática de um ato ilícito internacional, independentemente de esgotamento dos recursos internos, enquanto que a proteção diplomática só pode ser exercida após o esgotamento desses recursos³⁵, como se verá no seguinte item.

3.3 Elementos para a concessão da proteção diplomática

Como previamente explanado, o Estado pode conceder a proteção diplomática tanto a um indivíduo como a uma pessoa jurídica. Essa outorga, dentro do Direito Internacional, é conhecida como endosso. O ato de endosso é definido pelo antigo juiz da Corte Internacional de Justiça, Rezek³⁶ como:

o Estado assume a reclamação, fazendo-a sua, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito. O endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral: é sempre possível que uma composição resulte do entendimento direto, ou de outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados.³⁷

33 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

34 Artigo 50(2)

35 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

36 Eleito pelas Nações Unidas para um mandato de nove anos como juiz da Corte Internacional de Justiça. Exerceu, também, o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1983 e 1990.

37 REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Para a concessão do endosso é necessário o preenchimento dos requisitos preestabelecidos no Projeto de Convenção sobre Proteção Diplomática (PCPD). Serão abordadas apenas as hipóteses de endosso da proteção diplomática para nacionais, embora existam, também, previsões legais para o endosso de empresas e de não nacionais, como é o caso para refugiados. Tais hipóteses, entretanto, não serão debatidas, apesar de relevantes para a proteção diplomática, pois não fazem parte do recorte do presente artigo.

Em linha de princípio, a proteção diplomática pode ser concedida a uma pessoa, considerada nacional, dentro dos critérios determinados pelo Direito Internacional. Os parâmetros internacionais para a caracterização da nacionalidade são: nascimento (*jus soli*), descendência (*jus sanguinis*) e naturalização. A Corte Internacional de Justiça se posiciona sobre o reconhecimento de nacionalidade no território nacional:

According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection which has made him its national³⁸

38 “De acordo com a prática dos Estados, assim como decisões arbitrais e judiciais e a opinião de autores, nacionalidade é o vínculo legal tendo por base um fator social de ligação, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, junto com a existência de direitos e deveres recíprocos. Pode ser dito que para constituir a expressão jurídica deste fato, o indivíduo a quem ele foi conferido, seja diretamente pelo Direito ou pelo resultado de um ato de autoridades, é na realidade mais intimamente ligado com a população do Estado que lhe conferiu a nacionalidade do que com a população de qualquer outro Estado. Conferida por um Estado, a nacionalidade apenas legitima aquele Estado para exercer proteção frente a outro Estado, se isto

É imperioso destacar que há possibilidade de um único indivíduo ser detentor de duas ou mais nacionalidades, por se enquadrar na hipótese de outorga de nacionalidade em mais de um país, tendo por base o escopo do princípio de igualdade soberana³⁹.

No que se refere ao endosso de proteção diplomática a pessoa física, existem alguns pré-requisitos que são merecedores de atenção. O primeiro deles refere-se ao fato de que o Estado só tem legitimidade para efetivar a proteção diplomática se, no momento em que o indivíduo sofreu a lesão, ele já era nacional do Estado que pretende exercer esse direito, como se depreende da leitura dos artigos terceiro e quinto do PCPD. Ainda sobre a vinculação do Estado com a nacionalidade do indivíduo para o exercício da proteção diplomática, Rezek afirma:

Abusando de sua prerrogativa soberana, o Estado pode conferir sua nacionalidade a pessoa que com ele não tenha qualquer vínculo social. Neste caso, é lícito que os demais Estados, e ainda os foros internacionais de qualquer natureza, recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de efetividade.⁴⁰

Outro requisito para a concessão do endosso é o esgotamento das instâncias internas. Como é disposto no projeto de convenção⁴¹, por meio de seu artigo 14, os recursos internos devem ser exauridos, para que, dessa forma, encontre respaldo legal a invocação da proteção diplomática. Contudo, ninguém será obrigado a exaurir recursos inexistentes, ou forçado a suportar a hipótese de o Estado demandado claramente tentar atrasar o acesso aos recursos necessários, como bem pontuado no artigo 15. Por fim, é relevante apresentar que o parágrafo

constitui uma tradução em termos jurídicos da conexão daquele indivíduo que o fez nacional do dado Estado.” (tradução livre). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment of 1955. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

39 REZEK, José Francisco. op. cit.

40 Idem.

41 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

3º, do artigo 15, prevê que o esgotamento dos recursos internos aplica-se apenas aos casos em que o Estado requerente tenha sido ferido "indiretamente", por meio de seu nacional, não sendo possível aplicá-lo quando o Estado requerente foi violado diretamente pelo ato ilícito de outro Estado. Esse foi um entendimento da Corte Internacional de Justiça, no caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*⁴².

Diante das bases teóricas acima expostas, verificaremos, a seguir, como se deu a aplicação prática da proteção diplomática no caso Avena e outros nacionais mexicanos, contencioso perante a Corte Internacional de Justiça.

4. O CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS

Em janeiro de 2003, o México instaurou, perante a Corte Internacional de Justiça, procedimento contra os Estados Unidos por violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, mais especificamente ao artigo 36 da Convenção.

Em seu primeiro pedido, o autor narra que os Estados Unidos, através de suas autoridades, haviam prendido, julgado e sentenciado, em cortes federais e criminais americanas em nove estados, entre 1979 e 2003⁴³, 52 nacionais mexicanos, aos quais foi cominada a pena capital. As medidas foram adotadas alegadamente em desrespeito ao art. 36, 1, (b), da Convenção de Viena, pois os EUA não informaram aos nacionais mexicanos do seu direito de pedir assistência consular, impedindo o México, dessa forma, de exercer proteção diplomática sobre seus nacionais, e estes de recebê-la, nos termos do art. 36, 1, (a) e (c).

Vejamos o art. 36, 1, e suas alíneas:

42 Idem, 40.

43 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Judgment of 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

Article 36: 1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State: (a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State; (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. [...]; (c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation [...]⁴⁴

Dessa maneira, a defesa do México concluiu que os Estados Unidos teriam violado suas obrigações internacionais perante o México, tanto em relação aos direitos do próprio Estado mexicano, quanto aos de seus nacionais, pelos quais o México invocou a proteção diplomática. Nos pedidos subsequentes, outros aspectos foram enfatizados, como a necessidade de notificação prévia da autoridade consular em casos de violações a nacionais e tempo razoável para a prestação do auxílio antes que medidas restritivas de direitos sejam adotadas frente ao cidadão estrangeiro. Por fim, exigiu-se a reparação pelas violações cometidas contra os nacionais, devendo ser anuladas as condenações, ou, ao menos, revistas as sentenças.

44 “Artigo 36: 1. Com o intuito de facilitar o exercício das funções consulares relacionadas aos nacionais do Estado emissor: (a) oficiais consulares devem poder comunicar-se livremente com nacionais do Estado emissor e ter acesso a estes. Nacionais do Estado emissor devem ter a mesma liberdade no que diz respeito à comunicação e acesso aos oficiais consulares do Estado emissor; (b) se o indivíduo assim o requisitar, as autoridades competentes do Estado receptor devem, sem tardar, informar ao posto consular do Estado emissor se, nos limites do distrito consular, um nacional deste Estado for detido ou encaminhado à prisão ou à custódia aguardando julgamento ou for detido de qualquer outra maneira [...]; (c) oficiais consulares devem ter o direito de visitar um nacional do Estado emissor que está na prisão, sob custódia ou detenção, para comunicar-se e corresponder-se com ele e assisti-lo em sua representação legal [...]” (tradução livre).

Após um conjunto de objeções feitas pelos Estados Unidos, que incluíam a falta de jurisdição da Corte e problemas de admissibilidade do mérito (alguns dos quais serão tratados no tópico seguinte), a Corte Internacional de Justiça aceitou as alegações mexicanas. Foi decidido que os Estados Unidos violaram suas obrigações internacionais presentes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por, de fato, não avisar aos nacionais mexicanos presos, em tempo razoável, sobre seus direitos de assistência consular, além de não notificar, com presteza, o posto consular mexicano sobre a prisão de quarenta e nove desses nacionais. Decidiu-se, finalmente, que o modo de reparação adequado seria a revisão das condenações e sentenças dos nacionais mexicanos, tendo em consideração as violações por eles sofridas.

Quanto aos cinquenta e dois nacionais listados pelo México, foram diferentes seus destinos ao final do caso. A maior parte deles ainda aguarda novas deliberações judiciais sobre suas sentenças, como César Roberto Fierro Reyna e Roberto Moreno Ramos; outros tiveram a sentença mantida após revisão e foram efetivamente executados, como José Ernesto Medellín Rojas, em 2008, e Humberto Leal Garcia, em 2011. Por fim, houve também um caso de comutação da pena por perdão (Osvaldo Torres Aguilera, perdoado pelo governador do Oklahoma em 2004).⁴⁵

4.1 Influência de casos progressos e desdobramentos do caso Avena

Julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2001, o caso LaGrand, que também tratou da situação de nacionais estrangeiros presos no exterior, teve, por sua similaridade, claras repercussões no caso Avena, tendo sido citado no julgamento deste diversas vezes. O caso, que opôs Alemanha e Estados Unidos, iniciou-se da mesma maneira que o Avena, com a Alemanha alegando violações dos Estados

45 Perdonan la vida a Osvaldo Torres. El Siglo de Torreón, Torreón, 14 de maio de 2004. Disponível em: <<https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/88429.html>> . Acesso em: 5 de maio de 2016.

Unidos à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por prender e sentenciar à morte dois irmãos de nacionalidade alemã, Karl e Walter LaGrand, em 1982, sem informá-los de seus direitos consulares. Apesar de inúmeros protestos das autoridades alemãs e tentativas de negociações diplomáticas⁴⁶ Karl LaGrand foi executado no Arizona em fevereiro de 1999; em 3 de março do mesmo ano, Walter LaGrand teve o mesmo destino que seu irmão.

Antes mesmo do caso LaGrand, outro conflito envolvendo os Estados Unidos por violações à referida Convenção de Viena foi instituído perante a Corte, em 3 abril de 1998, desta vez em nome do Paraguai. O citado Estado alegou que Angel Francisco Breard, de nacionalidade paraguaia, preso e sentenciado nos EUA por tentativa de estupro e assassinato, não havia sido informado, pelas autoridades do estado da Virgínia, sobre seu direito de assistência consular⁴⁷. A Corte, então, ordenou, no dia 9 do mesmo mês, que os EUA sustassem o cumprimento da pena capital até que o seu julgamento fosse proferido. Contrariando as disposições da CIJ, a execução de Angel Francisco Breard foi cumprida, por injeção letal, 5 dias depois. Após um pedido de desculpas oficial das autoridades norteamericanas, seguido de promessa de um melhor cumprimento da Convenção de Viena (promessa esta deveras duvidosa, tendo em vista o comportamento posterior dos EUA no que se refere aos irmãos LaGrand), o caso foi retirado da lista da Corte, a pedidos do Paraguai. Ainda que não tenha havido influência do caso Breard sobre o caso Avena, ele é digno de nota por demonstrar uma postura recorrente dos EUA de desrespeito às ordens da CIJ.

Além das influências de casos progressos, Avena também teve desdobramentos, no âmbito das cortes norteamericanas, após a determinação da CIJ de revisão das sentenças e penas cominadas. O mais

46 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The LaGrand Case (Germany v. United States of America). Summary of the Order of 5 March 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=524&code=gus&p1=3&p2=3&case=104&k=04&p3=5>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

47 Vienna Convention on Consular Relations(Paraguay v. USA), The Hague Justice Portal. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6216>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

conhecido desses desdobramentos foi o contencioso *Medellín v. Texas*, julgado em 2008, no qual um dos cinquenta e dois mexicanos listados em Avena, José Ernesto Medellín Rojas, preso e sentenciado no Texas, peticionou à Suprema Corte dos Estados Unidos para que esta revisse a manutenção da pena capital pela Corte Criminal do Texas (Texas Court of Criminal Appeals). Como fundamento para a possível revisão, a defesa de Medellín alegou as violações dos EUA à Convenção de Viena, que haviam sido confirmadas pela decisão anterior da Corte Internacional de Justiça. A Suprema Corte, entretanto, manteve o entendimento da corte texana de que julgamentos da Corte Internacional de Justiça não vinculam as cortes locais⁴⁸. Dessa maneira, a pena capital foi igualmente mantida, e Medellín foi executado em 5 de agosto de 2008.

4.2 Particularidades do julgado em estudo

Avena é um caso emblemático por suas peculiaridades, tanto naquilo que diz respeito aos fatos, quanto no que se refere à própria fundamentação da decisão tomada pela Corte Internacional de Justiça.

Algumas particularidades do caso são notáveis. No que tange aos fatos, não se tratou, aqui, de apenas um indivíduo que teve seus direitos violados, mas nada menos que cinquenta e dois deles, que se encontravam detidos e condenados no exterior sem a possibilidade de assistência de seu Estado de origem. Cabe ressaltar que, para a maioria deles, passaram-se anos até que o México tomasse conhecimento da prisão. A título de exemplo, Carlos Avena Guillén, primeiro nacional listado e cujo sobrenome identifica o caso, foi preso e sentenciado em 1982, vindo do México a se inteirar de sua situação apenas onze anos depois. Ainda que os crimes pelos quais os cidadãos mexicanos foram condenados sejam severamente punidos pelas leis americanas (houve condenações por estupro, assassinato e roubos) e, de maneira geral, execrados pela opinião pública norteamericana (o crime come-

48 *Medellín v. Texas*, Oyez. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2007/06-984>>. Acesso em: 8 de maio de 2016.

tido por José Ernesto Medellín Rojas, por exemplo, foi descrito como “um crime que chocou a consciência desta cidade [Houston]”).⁴⁹ Não se justifica a falta de atendimento a um requisito essencial para o devido processo legal do estrangeiro preso no exterior. A Corte sequer menciona os crimes imputáveis aos nacionais, já que os processos criminais do sistema norteamericano não são de sua alçada; sua competência limita-se à análise dos casos à luz das regras e princípios que norteiam o Direito Internacional⁵⁰.

A situação delicada em que se encontravam esses nacionais também é um dos pontos polêmicos do caso. Assim como no caso LaGrand perante a mesma CIJ, os cidadãos listados estavam aguardando a pena capital (cabe notar que, no caso de um dos indivíduos, a Corte Criminal do estado do Oklahoma já havia designado uma data de execução⁵¹). Percebe-se que não apenas os crimes atribuídos aos cidadãos mexicanos podem provocar reações inflamadas e considerações de ordem moral. Como ressalta Annemarieke Vermeer-Künzli, a circunstância de estarem esses indivíduos em uma situação de vida ou morte torna difícil não confundir argumentos de ordem moral e ética com argumentos de cunho jurídico. A irreversibilidade da pena de morte torna claro que há mais em jogo do que o simples pronunciamento de uma decisão judicial⁵². Essa circunstância teve, no caso Avena, impactos sobre um dos requisitos fundamentais para o exercício da proteção diplomática.

49 CRUZ, Ted. Medellín v. Texas: a case of more than murder. The Houston Chronicle, Houston, 30 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.chron.com/opinion/outlook/article/Medellin-v-Texas-A-case-of-more-than-murder-1543234.php>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

50 O art. 36, 2, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz um elenco das questões de ordem jurídica que poderão passar pelo crivo da Corte. Dentre elas se incluem a interpretação de tratados e, de forma ainda mais ampla, qualquer questão de Direito Internacional.

51 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

52 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

Com relação aos aspectos técnicos do caso, ou seja, ao que se refere particularmente à aplicação do instituto, alguns questionamentos foram trazidos à tona pelos Estados Unidos em suas objeções. Um deles é precisamente o primeiro requisito exigido para a proteção diplomática: a nacionalidade do indivíduo. Os Estados Unidos alegaram que o vínculo de nacionalidade de alguns indivíduos listados não tinha sido devidamente comprovado, e que alguns deles tinham dupla nacionalidade (mexicana e norte-americana)⁵³. O critério primeiro de atribuição de nacionalidade originária, é, no México, o jus soli, como dispõe a Constituição Mexicana em seu art. 30, A, I⁵⁴. O México conseguiu provar, através de certidões de nascimento⁵⁵, que os cidadãos tinham efetivamente nascido em solo mexicano e, portanto, eram nacionais. Quanto à dupla nacionalidade, a Corte considerou que o ônus da prova cabia aos Estados Unidos, e estes não demonstraram a citada nacionalidade norte-americana de alguns dos cidadãos⁵⁶.

A verdadeira polêmica, do ponto de vista técnico, reside, no entanto, nas considerações da Corte sobre as violações direta e indireta alegadas pelo México e no impacto que seu entendimento teve sobre a aplicabilidade da proteção diplomática ao caso. Em realidade, a Corte não decidiu em favor do México à luz da proteção diplomática, e sim de uma interpretação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Essa interpretação e suas consequências serão analisadas em tópico apartado, devido à sua complexidade.

53 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/doCKET/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

54 Art. 30 : (A) son mexicanos por nacimiento: I- los que nazcan en territorio de la Republica, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. [...]. MÉXICO. Constitución(1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

55 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/doCKET/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

56 Idem.

4.3 A divergência doutrinária quanto à aplicação da proteção diplomática nesse caso

Primeiramente, é necessário lembrar que o México instaurou procedimento perante a CIJ contra os Estados Unidos em razão de violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Em seu primeiro pedido, declara que sofreu violações “a seu próprio direito e aos direitos de seus nacionais”, por não poder exercer sobre estes proteção diplomática na forma de assistência consular. Dessa maneira, alegou violações de cunho direto e indireto.

Por tudo quanto já foi mencionado acerca da proteção diplomática, e da análise dos fatos do caso Avena, salta aos olhos que foram os direitos dos nacionais mexicanos aqueles primariamente afetados, e não os do México stricto sensu (houve violação indireta ao México, portanto). Tem-se, aqui, um quadro claro de exercício de proteção diplomática, pois, apesar de também alegar violações diretas, o México, como ressalta o juiz Parra-Aranguren⁵⁷, dificilmente teria ido à Corte caso não houvessem sido praticadas violações aos seus nacionais, ou caso estas fossem menos gravosas. No entanto, houve a falta de um requisito significativo para o reconhecimento desse exercício: o fato de que nem todos os cinquenta e dois nacionais estavam no mesmo patamar em relação a suas condenações. Na maior parte dos casos⁵⁸, recursos ainda eram cabíveis, ou seja, os recursos internos ainda não haviam sido esgotados. Se, por falta desse requisito, a proteção diplomática não poderia tecnicamente ser aplicada, decidiu a Corte analisar a alegada violação direta à luz das disposições normativas da própria Convenção de Viena.

A Corte já havia considerado, no caso LaGrand, que “o artigo 36, parágrafo 1[da Convenção de Viena] cria direitos individuais [para o nacional considerado], que...podem ser invocados por esta Corte

57 Idem, 54.

58 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>> . Acesso em: 22 de maio de 2016.

pelo Estado originário da pessoa detida” (ICJ Reports 2001, p.494, para. 77)⁵⁹. Além disso, observou que violações dos direitos individuais do Artigo 36 podem acarretar violações dos direitos do Estado emissor, e vice-versa, e, portanto, levando em conta as “circunstâncias especiais de interdependência” dos direitos do Estado e dos direitos do nacional, o México pôde, em seu próprio nome, diretamente, instaurar procedimento diante da Corte. A CIJ, portanto, acatou o pedido do México como um pedido direto, baseado numa violação direta.

Esse entendimento não esteve imune a críticas, tanto na própria Corte, quanto na doutrina. O juiz Tomka, em opinião separada, considerou que a única maneira de a Corte ter chegado à conclusão de que os direitos dos nacionais mexicanos foram violados seria se tivesse aceitado o pedido de proteção diplomática. O juiz Parra-Aranguren foi além: não apenas concordou que a solução mais condizente com a situação seria a aplicação da proteção diplomática, como também afirmou que o requisito do esgotamento dos recursos internos deveria ter sido analisado caso a caso, e, não tendo sido esgotados os recursos para alguns nacionais, para eles não caberia a proteção diplomática do México, a não ser que se atendesse o disposto no art. 10 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre o assunto.

No plano doutrinário, cabe destacar o pensamento de Annemarieke Vermeer-Künzli, autora de diversos trabalhos que versam sobre o tema da proteção diplomática. O caso Avena foi por ela tratado em artigo próprio⁶⁰, no qual tece diversas críticas à formulação feita pela Corte. Segundo Vermeer-Künzli, a solução adotada pela CIJ, de um regime “inter-relacionado” de proteção aos direitos do nacional e do Estado, sem distinção clara entre violação direta e indireta, foi artificial. Para ela, a Corte teria tentado estabelecer um regime legal espe-

59 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment, Annex to Summary, p.2. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

60 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>> . Acesso em: 22 de maio de 2016.

cial que constituiria uma exceção à prática, e o fez porque, caso contrário, teria tido que analisar, para cada um dos nacionais listados, se os recursos internos haviam sido ou não esgotados. Em razão disso, talvez tivesse tido que declarar o pedido parcialmente inadmissível, não podendo analisar, portanto, no mérito, as violações aos direitos individuais dos cinquenta e dois cidadãos mexicanos. Em suas palavras, por fim, o desejo de julgar propriamente um certo caso não deveria levar à desconsideração das questões jurídicas envolvidas.⁶¹

5 CONCLUSÃO

Com base nos estudos desenvolvidos sobre a proteção diplomática, percebe-se que a codificação existente sobre esse instituto não é vinculante, o que acarreta consequências lesivas nas relações entre Estados. Devido à ausência de um tratado vinculante, não existe uma habitualidade de ações coerentes na prática da proteção diplomática, ficando a critério de cada Estado decidir qual a melhor maneira de conceder esse endosso. Com isso, gera-se uma insegurança quanto à previsão dos limites e consequências da proteção diplomática nos assuntos internos de cada país, como ilustrou a postura dos Estados Unidos no caso Avena.

Essa problemática, no âmbito internacional, gerou repercussões diretas no caso analisado. Como não há clareza na aplicação do instituto, e levando-se em conta que havia cinquenta e dois nacionais condenados à pena de morte, a Corte preferiu se utilizar de sua competência para impedir que os Estados Unidos executassem a pena capital, evitando, assim, o mesmo desfecho de casos anteriores, em que os nacionais perderam suas vidas e as ordens da Corte foram desrespeitadas. Por isso, optou-se por realizar, em Avena, um julgamento mais frágil e superficial do ponto de vista técnico, mas que pudesse englobar os direitos individuais de todos os nacionais listados.

Dessa forma, é fundamental o ordenamento das relações entre Estados no que concerne à proteção diplomática, para que haja uma

61 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke, op. cit., p. 12.

clara prescrição de condutas e consequências, pondo fim à insegurança das relações entre Estados sobre essa temática, pois os limites da soberania de cada Estado seriam melhor definidos e respeitados.

6 REFERÊNCIAS

CRAWFORD, James R. *Browlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. United Kingdom: OUP, 2012.

CRUZ, Ted. *Medellin v. Texas: a case of more than murder*. The Houston Chronicle, Houston, 30 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.chron.com/opinion/outlook/article/Medellin-v-Texas-A-case-of-more-than-murder-1543234.php>> . Acesso em: 7 de maio de 2016.

DENZA, Eileen. *Vienna Convention on Diplomatic Relations*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

DUGARD, John. *Articles on Diplomatic Protection*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_e.pdf> . Acesso em: 10 de maio de 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. *Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America)* , Judgment, I.C.J Reports 2004, p.16 at para.53-57. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

_____. *Case concerning the Gabcıkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. ICJ reports

1997, p. 38 at para. 47. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. Case concerning Nottebohm (Lichtenstein v. Guatemala), Judgment, I.C.J Reports 1955, p.23.

Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. ‘Second Report on State Responsibility’, 51st session, (A/CN.4/498). Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

MÉXICO. Constitución(1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

Medellin v. Texas, Oyez. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2007/06-984>>. Acesso em: 8 de maio de 2016.

Perdonan la vida a Osvaldo Torres. El Siglo de Torreón, Torreón, 14 de maio de 2004. Disponível em:

<<https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/88429.html>> . Acesso em: 5 de maio de 2016.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Mavrommatis Palestine Concessions(Greece v United Kingdom) , Judgment of August 30th, 1924. Publications of the Permanent Court of International Justice. Disponível em:<http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público : curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

The LaGrand Case (Germany v. United States of America), Summary of the Order. International Court of Justice website. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=524&code=gus&p1=3&p2=3&case=104&k=04&p3=5>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10). 30 de maio de 2006. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. General Assembly (A/56/49). 12 de dezembro de 2001. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. Vienna Convention on Consular Relations. 24 de abril de 1963. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. Relações Diplomáticas e Consulares. In: _____. Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. cap 6, p. 337-380.

VATTEL, Emmerich de. The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em:

<http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

_____. Diplomatic Protection in Current International Law. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/01.pdf?sequence=12>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

_____. Diplomatic Protection: the Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006. Disponível em:

<http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf>.

Acesso em: 10 de maio de 2016.

Vienna Convention on Consular Relations(Paraguay v. USA), The Hague Justice Portal. Disponível em:

<<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6216>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

Vienna Convention on Diplomatic Relations.United Nations Treaty Collection. Disponível em:

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en >. Acesso em: 21 de maio de 2016

Recebido em 22 de maio de 2016
Aprovado em 06 de dezembro de 2016

PRE-TRIAL DETENTION OF TERRORISM SUSPECTS: THE APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

DETENÇÃO PRÉ-JULGAMENTO DE SUSPEITOS DE TERRORISMO: a aplicação da Convenção Europeia

*Bruno de Brito Guimarães**

*Luna Tainara dos Santos Corrêa***

RESUMO: O presente artigo faz uma reflexão acerca das violações de direitos humanos em detenções de suspeitos de terrorismo antes do julgamento. O trabalho foca no sistema de direitos humanos na Europa e na aplicabilidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nessa linha, primeiro será entendido o conceito de terrorismo para o ordenamento jurídico europeu e quais são as situações nas quais um indivíduo pode ser detido. Posteriormente, será abordado rapidamente o conceito de detenção pré-julgamento e a sua aplicação nos casos envolvendo prática de terrorismo. Após a definição dos conceitos de terrorismo e detenção pré-julgamento, será entendido como se dá a proteção dos direitos humanos na Europa, com foco na Convenção Europeia de Direitos humanos e o papel fundamental da Corte Europeia de Direitos Humanos na identificação das violações dos preceitos contidos na Convenção. A seguir, serão destacados os principais direitos contidos na Convenção aplicáveis aos detentos, sendo eles a proibição da tortura e o direito à liberdade e segurança pessoal. Desse modo, será explicitada jurisprudência da Corte que versa sobre violações de tais direitos em casos de terrorismo. Por fim, será exposta a necessidade do respeito à preceitos

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

** Mestranda em Gestão e Políticas Públicas na Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Direito Constitucional pela LFG, Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN, bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

fundamentais mesmo em situações de insegurança e ameaça à paz nacional dos Estados europeus.

Palavras-chave: Terrorismo, Direitos Humanos, Detenção, Europa.

ABSTRACT: The present article makes a reflection about the violations of human rights in detentions of suspects of terrorism prior the trial. The works focuses on the system of human rights in Europe and the applicability of the European Convention on Human Rights provisions. In this line, first it will be understood the concept of terrorism to the European law and what are the situations in which an individual can be detained. After, we will quickly approach the definition of pre-trial detention and its applicability in cases involving terrorism acts. After the definition of terrorism and pre-trial detention concepts, how the protection of human rights is executed in Europe will be explained, focusing on the European Convention on Human Rights and in the fundamental role of the European Court of Human Rights in identifying violations of the Convention provisions. Following, it will be featured the rights contained in the Convention applicable to detainees, those being the prohibition of torture and the right to liberty and personal security. Thus, it will be outlined jurisprudence of the Court which deals with violations of these rights in cases of terrorism. Finally, it will be exposed the need to respect the fundamental precepts even in situations of insecurity and threat to national peace of European states.

Keywords: Terrorism, Human Rights, Detention, Europe.

SUMÁRIO Introduction; 1. Concept of terrorism in international law; 2. Pre-trial detention; 3. The human rights system in Europe; 3.1. Responsibility for human rights violations; 4. Rights of the detainee under the European Convention on Human Rights; 4.1. Article 3:

Prohibition of torture; 4.2. Article 5: Right to liberty and security; 4.2.1. (1) *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law;* 4.2.2. (2) *Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him;* 4.2.3 (3) *Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial;* 4.2.4. (4) *Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful;* Conclusion; Bibliography.

INTRODUÇÃO

At the day of 11 September 2001, the United States suffered a series of suicide attacks that occasioned the death of almost 3000 people, mostly civilians. After these attacks, the world turned its attention to what would become one of the biggest concerns of the 21st century: terrorism. Although terrorism is not a new phenomenon in the history of humanity, the last 10 years have been marked by the increasing of extremists groups, the spread of terror and lack of tolerance between people.

Along with the increase of terrorism, the measures to detain it also has grown. Since 1984 the United Nations General Assembly has adopted several resolutions on the matter and, after 9/11, the Security Council passed the Resolution 1373 that binds all Member-States to

take steps to prevent terrorism. However, there is no international legal source that says how this prevention must happen. The Resolution is abstract and general, therefore each country is entitled to rule on the matter according to its own national understanding, fact that can lead to abuses and violations of fundamental rights.

In view of the disrespect to human rights in the battle against terrorism, the present work has the objective to analyze the context of pre-trial detention of groups or individuals acting under suspicion of terrorism in European States. In a regional perspective, the human rights are protected by the European Convention on Human Rights, named Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed by 47 States. One of the main instruments for the protection of such rights is the European Court of Human Rights, which, for decades, has been ruling against abuses and violation of the Convention.

The fight against terrorism cannot surpass rights that are essential for the maintenance of peace and security, nor close its eyes for violations of international law.

1 CONCEPT OF TERRORISM IN INTERNATIONAL LAW

Among the national legal orders worldwide there seems not to be a consensus when defining an unitary concept of terrorism. Regarding the literature, there is a plenty of definitions, with some focusing on the perpetrators, others on their purposes, and still others on their techniques (STERN, 1999 *apud* LAWLESS, 2008, p.32). However, there are a number of specific treaties that prohibit acts that are of a type that would generally be considered terrorist (LAWLESS, 2008, p.32). Thus, in order to ascertain what a terrorist act is, one must resort to international conventions and States' national legal orders. In this line, EU has outlined on its Framework Decision of 13 June 2002 on Combating Terrorism a clear definition of terrorism to be applied on among its member-States:

Article 1: 1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the intentional acts referred to below in points (a) to (i), as defined as offences under national law, which, given their nature or context, may seriously damage a country or an international organisation where committed with the aim of: — seriously intimidating a population, or — unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or — seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation, shall be deemed to be terrorist offences: (a) attacks upon a person's life which may cause death; (b) attacks upon the physical integrity of a person; (c) kidnapping or hostage taking; (d) causing extensive destruction to a Government or public facility, a transport system, an infrastructure facility, including an information system, a fixed platform located on the continental shelf, a public place or private property likely to endanger human life or result in major economic loss; (e) seizure of aircraft, ships or other means of public or goods transport; (f) manufacture, possession, acquisition, transport, supply or use of weapons, explosives or of nuclear, biological or chemical weapons, as well as research into, and development of, biological and chemical weapons; (g) release of dangerous substances, or causing fires, floods or explosions the effect of which is to endanger human life; (h) interfering with or disrupting the supply of water, power or any other fundamental natural resource the effect of which is to endanger human life; (i) threatening to commit any of the acts listed in (a) to (h).

Two of the most acceded treaties regarding terrorism are the 1997 International Convention on the Suppression of Terrorist Bombings, ratified by 168 countries, and the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of terrorism, ratified by 187 countries. Both are United Nations treaties, and both carry almost the same text in their Article 4:

Each State Party shall adopt such measures as may be necessary:

- a. To establish as criminal offences under its domestic law the offences set forth in article 2;

PRE-TRIAL DETENTION OF TERRORISM SUSPECTS

- b. To make those offences punishable by appropriate penalties which take into account the grave nature of the offences.

Thus, on those conventions there is a mandatory norm for the signatories to establish rules of municipal law punishing the conducts covered by the treaties. Thus, both instruments of international law safeguard the criminal law principle of *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Henceforth, by analyzing the definitions of terrorism in different legal instruments, one may perceive that there are common elements among them:

The main elements of the definition used in national and international law may be summarised as follows: Terrorism requires an objective and a subjective element. The objective element is a criminal offence of a certain gravity, mainly the use of physical violence against persons. The possible offences have increasingly been stretched to include the destruction or serious damage to public (or sometimes even private) property, including infrastructure facilities. The subjective element requires, alternatively, the intention to create a climate of terror and fear within the population, or the intention to coerce (in different degrees according to the different definitions) a government or an international organisation. (WALTER, 2003, p. 42)

2 PRE-TRIAL DETENTION

Since the States can rule on terrorism according to its own understanding, they can also decide when an individual may be deprived of his liberty when there is a suspicion with terrorism acting or planning. It is important to clarify that this work deals only with detention in situation of peace, therefore, armed conflicts and war detentions will not be object of our analysis. Under international law, the pre-trial detention occurs when a government perceives the

necessity to keep a suspect under its watch for security reasons, before a competent tribunal decides whether he is considered guilty or not.

Detention has been the main modern measure of choice. When effected in pursuance of the administration of criminal justice, it is generally considered to be legitimate. (...) The same is true for pre-trial detention ordered by a court for such purposes as avoidance of further crime, prevention of interference with the evidence or witnesses, or simply to secure appearance of the defendant at trial. (RODLEY, 2012, p. 457)

There are four relevant reasons recognized by the ECtHR¹ in which the State can continue the detention of a suspect of committing an offence: the risk of flight; the risk of an interference with the course of justice; the need to prevent crime; the need to preserve public order. However, the national law and enforcement measures must not disrespect international rules, most important those about fundamental human rights.

3 THE HUMAN RIGHTS SYSTEM IN EUROPE

It must be ascertained that it is generally accepted that the fundamental principles of human rights form part of customary International Law (CRAWFORD, 2012, p. 646), and thus must be respected by States worldwide, since article 38(1) of the International Court of Justice (ICJ) statute sets forth custom as one of the primary sources of International Law². Also, the protection of such rights must

¹ See *Kemmache v. France* (Nos. 1 and 2), 27 November 1991, *Mansur v. Turkey* and *Yağcı and Sargın v. Turkey*, 8 June 1995.

² The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

not only be practiced within the framework of a State's national system of protection of human rights, but it exceeds the state's jurisdiction, becoming an object of protection by Public International Law (MAZZUOLI, 2013, p. 802).

In order to guarantee the preservation of human rights to individuals, it was established a regional human rights system in Europe, which is constituted of three levels of protection (MAZZUOLI, 2013). The first level is constituted of national tribunals and legislature must protect and apply human rights in its decisions and norms. Regarding this, it must be highlighted that an individual who had his rights violated must first seek a solution within the national judiciary system of the state which has jurisdiction to judge his claim. This rule is known as exhaustion of domestic remedies principle, which is a principle of international law embodied in Article 35(1) of the European Convention of Human Rights (ECHR).

A second level of protection is exercised by the European Union (EU) through the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Charter was adopted under the 2009 Treaty of Lisbon, when it was elevated to the level of International Law Treaties, and aims to protect the Fundamental Rights of the individuals. According to Judge Marek Safjan, the role of the Fundamental Rights enunciated in the Charter is to:

[...] influence the process of interpretation, of determination of the very content of particular norms, their extent and legal consequences, and thus they provide for the enlargement of the field of application of the European rules in the national legal orders. (SAFJAN, 2014 *apud* CARMONA and FERRARO, 2015, p. 10)

The Charter is a reference to the European Court of Justice (ECJ) and to EU law-making institutions. It also imposed the

obligation to EU's member-states to ratify the ECHR³. This complimented EU's system of protection of fundamental rights by conferring competence on the European Court of Human Rights (ECtHR) to review EU measures while taking account of the Union's specific legal order (CARMONA and FERRARO, 2015, p. 4). It shall be regarded that, since all members joining the Council of Europe must become a party to ECHR⁴, and no country has ever joined EU without first belonging to the Council of Europe⁵, all state-members to EU had already ratified such Convention.

As aforementioned, this paper will focus on the third level of protection of human rights in Europe: the European Convention of Human Rights, which is the most important European catalogue of rights (MAZZUOLI, 2013, p. 905). Thus, such instrument of International Law will be better explained in its own section.

The European Convention on Human Rights was signed in Rome on 4 November 1950 by the members of the Council of Europe, and came into force on 3 May 1953 and it was the first of the comprehensive regional human rights conventions, dated of 1950. Hence, it was one of the first instruments of International Law to regard human rights and “the first of the comprehensive regional human rights conventions” (CRAWFORD, 2012, p. 640). Its scope of protection is vast, since it encompasses a myriad of such rights:

³ Treaty of Lisbon, Article 6(2) amends the Treaty of the European Union, Article 6, with the following text: ‘The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties’.

⁴ As established in Resolution 1031 (1994) of the Council of Europe (‘on the honouring of commitments entered into by member states when joining the Council of Europe’).

⁵ Information available at: <<http://www.coe.int/en/web/about-us/do-not-get-confused>>, accessed 05/05/2016, 00:29.

The convention imposes upon the parties the obligation to secure within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section I. [...]These include the right to life; prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment; the prohibition slavery, servitude, or forced or compulsory labour; the right to liberty and security of person, to fair and public hearing and other safeguards in civil and criminal trials, a respect of private and family life, home and correspondence, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and association, the right to marry and found a family according to the national laws governing the exercise of that right, and the right to an effective remedy before a national authority in respect of violation of the rights protected by the Convention ‘notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity’ (JENNINGS and WATTS, 2008, pp. 1022-1023).

The reach of the Convention was later expanded as it was amended by Additional Protocols 1, 4, 6 and 7, since they extended protection for peaceful enjoyment of possessions, education, free elections, non-imprisonment for breach of contract, entry into, movement within and departure from the territory of a party, abolition of the death penalty, procedures regarding the expulsion of aliens, certain additional rights regarding criminal trials, and nondiscrimination between spouses in relation to their children (JENNINGS and WATTS, 2008. P. 1023). Article 14 also sets forth a general prohibition of discrimination, thus granting everyone the enjoyment of those rights and freedoms⁶.

Originally, the Convention provided the creation of two organs in order to guarantee the protection of human rights in the region: the European Court of Human Rights, the European

⁶ 1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

Commission of Human Rights. A third organ, the Committee of Ministers, already existed under the scope of the Council of Europe; ECHR merely invested it in a role of supervision under the Convention's system. Such structure was later changed when Additional Protocol 11 entered into force, as of 11 November 1998⁷. Before that protocol, The European Commission's foremost function was to analyze interstate or individual claims about human rights violations (MAZZUOLI, 2013, p. 907). It also served as an organ of admissibility for applications before the Court, order preliminary measures of protection, provide reports to the Committee, among other functions. The ECtHR role was to judge the cases put forward by the Commission.

However, with the entry into force of Additional Protocol 11, the Commission was extinguished and the Court became responsible to judge the admissibility of the applications. Conversely, the functions of the Committee was only altered on what concerns its duty to decide if there was or there was not a violation of the Convention in cases which a report was submitted by the Commission, thus remaining its ability to supervise the Court's decisions.

The ECtHR, in its turn, was and still is the main organ to redress any eventual violation of human rights. Malcolm Shaw best summarizes how it structure works nowadays:

[...]The new Court consists of a number of judges equal to that of the contracting parties to the Convention. Judges are elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe for six-year terms. To consider cases before it, the Court may sit in Committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Rules of Court provide for the establishment of at least four Sections, the compositions of which are to be geographically and gender-balanced and reflective of the different legal systems among the contracting states. The

⁷ Information available at: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>>, accessed 09/05/2016, 08:00

PRE-TRIAL DETENTION OF TERRORISM SUSPECTS

Chambers of seven judges provided for in the amended Convention are constituted from the Sections, as are the Committees of three judges. [...] In ascertaining whether an application is admissible, the President of the Chamber to which it has been assigned will appoint a judge as Judge Rapporteur to examine the application and decide whether it should be considered by a Committee of three or a Chamber. A Committee, acting unanimously, may decide to declare the application inadmissible or strike it out of the list. That decision is final. In other cases, the application will be considered by a Chamber on the basis of the Judge Rapporteur's report. [...] Once an application is declared admissible, the Chamber may invite the parties to submit further evidence and written observations and a hearing on the merits may be held if the Chamber decides or one of the parties so requests. At this point the respondent government is usually contacted for written observations. Where a serious question affecting the interpretation of the Convention or its Protocols is raised in a case, or where the resolution of a question might lead to a result inconsistent with earlier case-law, the Chamber may, unless one of the parties to the case objects, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber. (SHAW, 2008, pp. 351-352)

The Convention also establishes a series of hypothesis in which a judgement by the Court is final, and determines that the judgement shall be published⁸ and transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution⁹. The Court may also give advisory opinions on legal questions regarding the interpretation of ECHR and its Protocols if the Committee requests so. It must be noted that the opinion must not refer to matters related to the content or scope of rights and freedoms on section I.

⁸ Article 44: 1. The judgment of the Grand Chamber shall be final. 2. The judgment of a Chamber shall become final (a) when the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber; or (b) three months after the date of the judgment, if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested; or (c) when the panel of the Grand Chamber rejects the request to refer under Article 43. 3. The final judgment shall be published.

⁹ Article 46(2).

3.1. Responsibility for human rights violations

An important issue on the theme is clarifying the boundaries of a state-member's responsibility for an eventual violation of an individual's human rights under ECHR's system. However, before approaching this matter, it must be explained the concept of responsibility. In order to assess such concept one shall resort to International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), as they are a set of articles drafted by International Law Commission (ILC) with the aims to encode the existent rules of international law concerning state responsibility for wrongful acts, and thus, they have acquired increasing authority as the expression of the customary law of state responsibility (CRAWFORD, 2012, p. 540). According to those articles, a State has responsibility for every wrongful acts it commits¹⁰. Also, according to Article 2 of ARSIWA, an wrongful act is a action or omission that constitutes a breach of an international obligation of the State and is attributable to it¹¹. Therewith, the breach of an obligation to respect human rights attributable to a State may entail responsibility for that State.

In this sense, Article 1 of ECHR sets forth that "the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention." Thus a State which does not provide safeguard to the human rights catalogued in the Convention within its jurisdiction will be committing a wrongful act, hence becoming responsible for that breach and for the reparation of the injury caused. Eventually, such reparation may be demanded by individuals or other State-parties before ECtHR.

¹⁰ Article 1: Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

¹¹ Article 2: There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

The text of Article 1 makes it clear that a State has no responsibility for violations occurred outside its jurisdiction. Henceforth, the problem when assessing the responsibility of a member-State for a breach of the Convention is precisely the definition of the term “jurisdiction”. In this sense, ECtHR has recognized in *Bankovic v Belgium* that the term should be interpreted in its ordinary meaning and that Article 1 reflects the territorial notion of jurisdiction, although it did not exclude the possibility of extra-territorial application of the Convention, as the Court rendered its application exceptional. Regarding such cases the Court sets forth responsibility of a contracting State by violating human rights during the extradition or expulsion of an individual¹² and by any act committed by its authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their own territory¹³. The Court also adopted the effective test doctrine in the 2001 judgment *Loizidou v Turkey*:

Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration. (*Loizidou v. Turkey*, preliminary objections, (15318/89) [1989] ECtHR (23 March 1995) para 62)

¹² See *Soering v the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, pp. 35-36, para. 91; *Cruz Varas and Others v Sweden* judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69 and 7, and *Vilvarajah and Others v the United Kingdom* Judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 34, para. 103.

¹³ *Droz and Janousek v France and Spain* Judgment of 26 June 1992, Series A no. 240, p. 29, para. 91.

In conformity, there is a profuse jurisprudence of the Court applying such understanding¹⁴.

4 RIGHTS OF THE DETAINEE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Even in difficult circumstances such as the threat of national security, the nations that ratified the European Convention on Human Rights (ECHR) are bound to a duty to ensure and apply the fundamental rights contained in the treaty. The importance of those rights is shown on article 15¹⁵, which allows their derogation by the States only in extreme and exceptional situations, with the reservation that some of the provisions cannot be derogated in any circumstance¹⁶. The Convention does not refer explicitly to situations of counter-terrorism, but we understand that the document is applicable in such occasions and the fight against terrorism “cannot justify neglecting the demands laid down in the Convention as such” (MYJER, 2012, p. 784).

4.1 Article 3: Prohibition of torture

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

The words of the Convention make clear the importance of Article 3. While Article 15 of the Convention allows states to derogate great part of the provisions, a derogation from Article 3 is

¹⁴ See *Ilaşcu and Others v Moldova and Russia*, application no. 48787/99 Judgement of 8 July 2004; *Markovic and Others v Italy*, application no. 1398/03 Judgement of 14 December 2006 and *Manitaras and Others v Turkey*, application no. 54591/00 Judgement of 3 June 2008.

¹⁵ 1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

¹⁶ 2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

not permitted under the Convention. Aisling Reidy¹⁷ states that the legal implications for the terms prescribed by Article 3 can be divided into five elements: torture, inhuman, degrading, treatment and punishment. The responsible organ of detecting violations to prohibition of torture in 47 States in Europe, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment¹⁸, has made several reports that indicates breaches of Article 3 of ECHR. In *Aksoy v Turkey*, the applicant, a suspect terrorist, affirmed that he was stripped naked, his hands were tied behind his back and he was strung up by his arms in the form of torture known as "Palestinian hanging". While he was hanging, the police connected electrodes to his genitals and threw water over him while they electrocuted him. He was kept blindfolded during this torture. The European Court of Human Rights judged, for the first time that somebody was torture by State authorities, finding that the condition of the applicant was consistent with the form of ill-treatment known as "Palestinian hanging".

But not only situations of explicit physical violence represent a violation of Article 3. The Court has found, in *Ireland v United Kingdom*, that severe methods of interrogation fall in the concept of inhuman treatment:

The five techniques were applied in combination, with premeditation and for hours at a stretch; they caused, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the

¹⁷ Aisling Reidy is a senior legal advisor at Human Rights Watch since 2006, focusing on Europe and Central Asia, the Americas, and African states. She is a professor of international humanitarian law and human rights law.

¹⁸ Council of Europe's CPT 'Report to the Government of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" on the visit to "the former Yugoslav Republic of Macedonia" carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 27 November 2002' (9 September 2004) CPT/Inf (2004) 29 paras 8–11 (Report to the Government of 'the former Yugoslav Republic of Macedonia' CPT/inf (2004)); Council of Europe's CPT 'Public Statement concerning the Chechen Republic of the Russian Federation' (10 July 2003) CPT/Inf (2003) 33 para 4; Council of Europe's CPT 'The CPT Standards: "Substantive" Sections of the CPT's General Reports' (CoE 2006) CPT/Inf/E (2002) 1-Rev.2006 para 15 speaks of 'the risk of intimidation or physical ill-treatment.

persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during interrogation. They accordingly fell into the category of inhuman treatment within the meaning of Article 3. The techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance. (*Ireland v. United Kingdom*, (5310/71) [1978] ECHR 1 (18 January 1978) para 167).

While the States can be more flexible in the application of other procedures in situations of extreme necessity, the ECtHR has already stated, in *Tomasi v. France*, that the prohibition on resort to ill-treatment during interrogations and interviews, together with the prohibition on use of any evidence obtained by resort to such behavior, remains absolute.

4.2 Article 5: Right to liberty and security

4.2.1. (1) Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law

The right to liberty and security of person is the most important clause against arbitrary detention and it is present in the most important human rights treaties¹⁹. The ECHR, in its articles 5

¹⁹ Besides the ECHR, this right is ensured in the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 9(1) *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law*; American Convention on Human Rights, Article 7(1) *Every person has the right to personal liberty and security. (2) No one shall be deprived of his physical liberty except for the reasons and under the conditions established beforehand by the constitution of the State Party concerned or by a law established pursuant thereto*; African Charter on Human Rights, Article 6 *Every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously laid down by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained.*

paragraph 1, has an exhaustive list that imposes conditions to be followed in order to guarantee the lawfulness of a detention.

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; [...]
- (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so [...]

The ECtHR explained that, when the Convention says ‘a procedure prescribed by law’, it refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law²⁰. In this sense, if the deprivation of liberty is carried out in a way that is not respectful of national law, this will be automatically in breach of the provision requiring respect for the right of liberty and security of person (DOSWALD-BECK, 2011, p. 256). However, if a deprivation of liberty is legal under the national law but disrespects the grounds set forth in Article 5, it will be violating the Convention likewise.

4.2.2. (2) Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him

The obligation to present the motivation for the deprivation of liberty is an important tool against abuses by the enforcement power. The Convention brings the word ‘arrested’ but the provision can be interpreted as applicable to any form of deprivation of liberty, once a person cannot exercise the right to challenge the lawfulness of any and every deprivation of liberty without being aware of the reasons for it (MACOVEI, 2002, p. 46). In Fox, Campbell and Hartley the Court explained that the information demanded on article 5 must offer the person concerned the essential legal and factual grounds for the

²⁰ ECtHR, Saadi v United Kingdom Judgment, 29 January 2008, para 67.

deprivation of liberty which would then allow the person to apply to a court in order to challenge the lawfulness of the arrest or detention.

4.2.3 (3) Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial

The third paragraph of article 5 refers exclusively to the situation prescribed in the first paragraph, about the possibility of detain a person when she or he needs to be brought before the authorities regarding the commitment of an offence. According to the Convention, those who fit that situation are entitled to question the length of the detention without a trial, including the detainees under terrorism suspicion. The ECtHR had considered the meaning of the word ‘promptly’ in the case of *Brogan and others v United Kingdom*. This case concerned the adoption of legislation that allowed the extension of the period before the detainees were brought before a judicial officer. The Court understood that, the four days and six hours that the applicant spent in police custody, “falls outside the strict constraints as to time permitted by the first part of Article 5 para. 3”. It was also recognized that a long period without access to legal assistance can incur in a violation of the provision²¹.

4.2.4. (4) Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful

²¹ In *Aksoy v Turkey*, the Court found the violation in respect of a 15-day detention where there was no access to the judiciary or a lawyer. Remarkably it did so despite the fact that Turkey had derogated from Article 5(3). In essence, the Court was apparently saying that prolonged incommunicado detention, that is detention without access to the outside world and external control, would never be justified as a necessary and proportionate measure required by the exigencies of the situation.

The provision in the fourth paragraph entitles the detainee to question the lawfulness of his detention with a quick response. If the detention proves to be unlawful, it shall be suspended immediately. The elements of the obligation in this provision considered to be crucial are: the supervision must be by a court, must entail an oral hearing with legal assistance in adversarial proceedings, must address the legality of the detention in the widest sense, and must take place speedily (MACOVEI, 2002 p. 60). In the case of *Istratii and others v Moldova* the Court found a violation of Article 5, paragraph 4. The detainee was separated from his lawyer by a glass wall, with the result that they had to shout to each other in order to be heard. The Court understood that, in order to be implemented correctly, this provision needs the assistance of a lawyer.

Article 5 is also a clause against indefinite detentions. If one cannot challenge the legality of his detention, it is possible that he stay deprived of his liberty longer the necessary. In 2002, 2004, and 2005 the CPT examined the situation of foreign nationals detained under anti-terrorism legislation in England pending being sent back to their countries of origin. The CPT found that the indefinite nature of the detention with no effective means of challenging the concrete evidence led to the indefinite detention of the suspects.

CONCLUSION

It is clear that there is a concrete catalogue of Human Rights embodied in the European Convention on Human Rights, which was one of the first treaties on the theme and is well accepted among European States. Thus, theoretically, the safeguard of human rights in Europe would be guaranteed.

However, by the reasons presented through this paper, it became evident that those human rights are being violated. Due to the fear and violence spread by the recent terrorist attacks during the last fifteen years and the increasing in the number of refugees seeking

shelter on the region, the public opinion has grown in the sense of a strengthening of national security and reinforcement of the war on terror. Consequently, public institutions are taking unjust and degrading measures, sometimes unlawful, on the purpose of preventing terrorist attacks and evading the loss and suffering of innocent lives. The consequence of such acts are rampant breaches of the Convention and the disproportional suffering of other lives.

Hence, there is a necessity for an adequate protection to suspects of terrorism. Although there is a legal order protecting these individuals, some institutions disrespect it. It can be alleged that the European Court of Human Rights can redress any violation. However, the Court must be requested first in order to address any measures, and even if its judgement is prompt and a just compensation is achieved, it would be better if the violation could be prevented.

In this sense, the creation of an organ responsible for the monitoring of human rights in Europe would be adequate to prevent any breach to the Convention. Such organ would act under the direct supervision of the Court or the Committee of Ministers, and would act *in loco*, with its representatives and employees observing directly procedures on the performance of pre-trial detentions and police operations.

BIBLIOGRAPHY

CARMONA, Jesús; FERRARO, Francesca. *Fundamental Rights in the European Union: the Role of the Charter After the Lisbon Treaty*. European Union, 2015.

COUNCIL OF EUROPE'S CPT. 'Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 20 to 25 November 2005' (10 August 2006) CPT/Inf (2006) 28 (Report to UK Government (CPT/Inf (2006))).

PRE-TRIAL DETENTION OF TERRORISM SUSPECTS

CRAWFORD, James R. *Browlie's Principles of Public International Law*, 8^a edn, Oxford, ed. Oxford University Press 2012

DOSWALD-BECK, Louise. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford, ed. OSAIL, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Aksoy v Turkey*, Application no. 21987/93 Judgment of 18 December 1996. Strasbourg, France.

_____. *Bankovic and Others v Belgium and 16 Others Contracting Parties*, Application no. 52207/99 Judgment of 19 December 2001. Strasbourg, France.

_____. *Brogan And Others v The United Kingdom*. Application no. 11234/84; 11209/84; Judgment of 29 November 1988. Strasbourg, France.

_____. *Fox, Campbell, and Hartley v. the United Kingdom*. Application no. 12244/86, 12245/86, 12383/86 Judgment rendered: 30 Aug 1990. Strasbourg, France.

_____. *Ireland v. United Kingdom*, Application no. 5310/71 Judgment of 18 January 1978. Strasbourg, France.

_____. *Istratii and others v. Moldova*, Applications nos. 8721/05, 8705/05 and 8742/05 Judgment of 27 March 2007. Strasbourg, France.

_____. *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, Application no. 15318/89 Judgment of 23 March 1995. Strasbourg, France.

_____. *Saadi v United Kingdom*, Application no. 13229/03 Judgment of 29 January 2008. Strasbourg, France.

_____. Tomasi v. France, Application no 12850/87 Judgment of 27 August 1992. Strasbourg, France.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol.II, part 2

JENNINGS, Sir Robert; WATTS, Sir Arthur. Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace, 9th edn, Oxford, ed. Oxford University Press, 2008.

LAWLESS, Michael. Terrorism: an International Crime. *Canadian Military Journal*, V. 9, n. 2, p. 27-39. Available at: <<http://www.journal.forces.gc.ca/vo9/no2/doc/05-lawless-eng.pdf>>. Accessed: 13 May 2016.

MACOVEI, Monica. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks, No. 5. Council of Europe, 2002

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, 9ª edn, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais 2013

MYJER, Egbert. Human Rights and the Fight against Terrorism: Some Comments on the Case Law of the European Court of Human Rights. In: FRÍAS, María Salinas de; SAMUEL, Katja; WHITE, Nigel D (ed). Counter-Terrorism: International Law and Practice. Oxford, ed. OSAIL, 2012. Cap. 28

SAFJAN, Marek. Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union. EUI LAW, Centre for Judicial Cooperation DL 2014 apud CARMONA, Jesús; FERRARO, Francesca. Fundamental Rights in the European Union: the Role of the Charter After the Lisbon Treaty. European Union, 2015.

PRE-TRIAL DETENTION OF TERRORISM SUSPECTS

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6th edn, Cambridge, ed. Cambridge University Press 2008

STERN, Jessica. *The Ultimate Terrorists*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 11 apud LAWLESS, Michael. *Terrorism: an International Crime*. *Canadian Military Journal*, V. 9, N. 2, p. 27-39. Available at: <<http://www.journal.forces.gc.ca/vo9/no2/doc/05-lawless-eng.pdf>>. Accessed: 13 May 2016.

RODLEY, Nigel S. *Detention as a Response to Terrorism*. In: FRÍAS, María Salinas de; SAMUEL, Katja; WHITE, Nigel D (ed). *Counter-Terrorism: International Law and Practice*. Oxford, ed. OSAIL, 2012. Cap. 18

TRECHSEL Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, ed. OSAIL 2006

WALTER, Christian. *Defining Terrorism in National and International Law*. In: RÖBEN, Volker; SCHORKOPF, Frank; WALTER, Christian; VÖNEKY, Silja. *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?* Berlin: Springer, 2003. p. 23-44

Recebido em 15 de maio de 2016
Aprovado em 25 de agosto de 2016

A DENÚNCIA DA CADH PELA VENEZUELA: REPERCUSSÕES NO MERCOSUL

*Christian Marinho B. Chagas**

RESUMO: O artigo aborda a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos por parte da Venezuela. Para tanto, primeiramente é feita uma análise do contexto histórico e político que levaram o país a tomar tal medida. Também se verifica a adequação de tal ato ao ordenamento jurídico local e regional. Por fim, verificam-se as repercussões causadas dentro do âmbito do Mercosul, e como isso afetará a proteção das democracias e dos direitos humanos dentro do subcontinente.

Palavras-chave: Mercosul; Democracia; Cláusula Democrática; Venezuela; CADH.

ABSTRACT: The article makes an analysis about Venezuela's denunciation of the American Convention on Human Rights. For that purpose, in the first chapter an effort was done to study both the historic and political contexts that made the country government to take such measure. In the second chapter it was analyzed the compatibility of the denunciation with the national and regional legal systems. At last, we present a discussion about the repercussions caused in the Mercosul, and how this action will affect the protection of the democracies and human rights in the subcontinent.

Keywords: Mercosul; Democracy; Democratic Clause; Venezuela; ACHR.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO Introdução; 1. As cláusulas democráticas do Mercosul e da OEA; 2. A denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos; 2.1. Análise da denúncia da CADH sob a luz do direito interno venezuelano; 2.2. Repercussões no âmbito do MERCOSUL; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 29 de junho de 2012 na XLIII Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum do Sul (Mercosul), os presidentes de Argentina, Brasil e Uruguai decidiram pela suspensão temporária da República do Paraguai do bloco, sob a alegação de que o processo de impeachment sofrido, pelo então Presidente Fernando Lugo, teria representado uma ruptura da ordem democrática do país, em violação ao Protocolo de Ushuaia.

Tal fato teve como importante desdobramento a incorporação da Venezuela como o quinto membro pleno do bloco. Naquele momento, o processo de adesão venezuelano que fora iniciado em julho de 2006, somente carecia da aprovação do senado paraguaio para ser finalizado – com a suspensão do Paraguai, prevaleceu a tese de que o ingresso da Venezuela ao grupo se daria de forma automática.

De mais a mais, o processo de ingresso venezuelano foi passível de críticas tanto por supostamente não ter respeitado as normas comunitárias, quanto porque muitos acreditam que a combalida democracia venezuelana¹ não atenderia aos requisitos

¹ FREEDOM HOUSE, Freedom in the World 2014, disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/venezuela-0#.VHq8ZjHF9VU>.

democráticos mínimos da mesma norma que fora utilizada para permitir o seu ingresso ao bloco.

A proteção ao regime democrático é um fato recente dentro do direito internacional. Somente após o fim da guerra fria as organizações internacionais passaram a desempenhar um papel mais relevante na defesa e promoção dos ideais democráticos, com a criação das chamadas “cláusulas democráticas”. No âmbito do Mercosul esse tipo de norma foi inserida através do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático.

Entretanto, no campo da ciência política e das relações internacionais, inexistente consenso acerca da efetividade destes instrumentos. E ao que parece ainda existe algum ceticismo na comunidade acadêmica sobre a possibilidade de se promover a democracia de fora para dentro². Contudo, perante a falta de um sistema global efetivo, apresenta-se oportuno um maior estudo acerca dos efeitos das normas regionais. No presente trabalho, buscar-se-á analisar como os recentes distúrbios na Venezuela, e principalmente, a denúncia deste país a Convenção Americana de Direitos Humanos – menos de três meses após o seu ingresso no bloco – colocou em crise o sistema de proteção democrática do Mercosul.

1 AS CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS DO MERCOSUL E DA OEA.

Apesar desse artigo focar-se no sistema de proteção democrática mercosulino, uma breve análise da construção da cláusula democrática da Organização das Nações Americanas (OEA), faz-se necessária em razão do contexto histórico.

² HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Avaliando a influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados-partes: o caso Mercosul e o Paraguai. In: *Cena Internacional*, ano 7, nº 2, 2005.

Já em seu texto original, a Carta da Organização dos Estados Americanos previu que, para a consecução de seus fins, os países signatários “*requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa*” (art. 3, d). Posteriormente a Declaração de Santiago do Chile de 1959, enumeraria um rol não-taxativo de atributos e princípios inerentes às democracias do continente.

Contudo, apesar da defesa da democracia representativa ter sido umas das bandeiras da OEA desde a sua fundação, a realidade política no pós-guerra não permitiu que os objetivos almejados fossem alcançados. Somente com o fim da guerra fria e a redemocratização dos países latino-americanos a criação de normas nesse sentido ganharia um novo impulso³.

Em 1991 foi aprovada a Resolução 1080, que apesar de ser um documento curto e contar com apenas três cláusulas dispositivas, foi responsável por grandes mudanças. Pela primeira vez foi criado um mecanismo sancionatório para países que pudessem vivenciar “*fatos que causem interrupção abrupta ou irregular do processo político institucional democrático ou do legítimo exercício do poder de um governo democraticamente eleito*”⁴. A resolução 1080 foi invocada em quatro ocasiões, e obteve graus de sucesso distintos com relação a cada caso. Foram eles: Haite (1990), Peru (1992), Guatemala (1993) e Paraguai (1996)⁵.

Posteriormente foi elaborado o Protocolo de Washington em 1992, que passou a vigorar em 1997. Entretanto, o protocolo possuía uma esfera de atuação mais limitada e só poderia ser invocado em caso de *coup d'état* sofrido por um governo democraticamente eleito.

³ ARRIGHI, Jean Michel. *OEA*, ed. Manolé, São Paulo, 2003, pág. 118.

⁴ OEA, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), de 5 de junho de 1991

⁵ ARRIGHI, op. cit., p. 120.

Desse modo, a norma mostrou-se de pouco utilidade, já que no século XXI a principal ameaça as democracias americanas são os autogolpes perpetrados por um dos poderes democraticamente eleitos⁶.

Finalmente, em 11 de setembro de 2001, quase concomitantemente ao ataque terrorista às torres gêmeas, foi aprovada a Carta Democrática Interamericana, que reformou a cláusula democrática do bloco, aumentando as possibilidades de atuação do órgão nos casos de autogolpes, reforçando a vinculação entre democracia e direitos humanos e criando um capítulo especial para as missões de observação eleitoral. Curiosamente, a primeira vez que a Carta viria a ser invocada, foi durante a crise venezuelana de 2002.

No caso do Mercosul, embora a democracia fosse um valor compartilhado pelos Estados Partes que o fundaram em 1991, o tratado constituinte não incluiu nenhuma cláusula democrática. Foi só com a Declaração Presidencial de Las Leñas de 1992, que a plena exigência das instituições democráticas passou a ser considerada condição indispensável para a existência e o desenvolvimento do Mercosul. Posteriormente, esse compromisso viria a ser reiterado com a Declaração Presidencial sobre o Compromisso Democrático do Mercosul de 1996, na cidade de San Luís, Argentina.

Todavia, apesar de representarem avanços importantes, tais documentos eram apenas Declarações, portanto, sem caráter obrigacional. Faltava, ao bloco, um instrumento dotado de coercitividade e que vinculasse os Estados juridicamente. Necessidade essa, que foi agravada com a tentativa de golpe de Estado ocorrida no Paraguai em 1996.

Nesse contexto, foi criado o Protocolo de Ushuai – sobre compromisso democrático do Mercosul, Bolívia e Chile, em 24 de

⁶ HEINE, Jorge; WEIFFEN, Brigitte. 21st century democracy promotion in the Americas: standing up for the policy, p. 74.

julho de 1998, que estabeleceu um rito processual no caso da ocorrência de crises democráticas, assim como as sanções aplicáveis. Mais recentemente, foi formulado o Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia, também conhecido como Ushuaia II, que ampliaria bastante o alcance da cláusula democrática do bloco, já que a norma também poderia ser aplicado na ocorrência “de uma violação da ordem constitucional ou de qualquer situação que ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos” (art. 1º). Todavia, o tratado ainda não encontra-se em vigor.

2 A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A República Bolivariana da Venezuela notificou sua denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, através do *Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores* no dia 6 de setembro de 2012 e realizou o depósito do documento quatro dias depois perante a Secretária-Geral da OEA, em conformidade com o art. 78 do dito tratado.

Cumpria assim o Presidente Chávez sua promessa de abandonar o sistema interamericano de direitos humanos, sobre o qual realizara severas críticas ao longo dos anos, e cujo desejo de abandonar já havia mencionado em diversas oportunidades. Em uma dessas ocasiões ele manifestou-se da seguinte forma:

“...yo pido al Sr. Vicepresidente que aceleremos la instalación de este Consejo de Estado y, como Jefe del Estado, lo primero que le voy a pedir a este Consejo de Estado es el estudio, repito acelerado, Sr. Canciller, y la recomendación al Jefe del Estado para retirarnos de inmediato de la tristemente célebre Comisión

Interamericana de Derechos humanos. ¡Ya basta! ¿Hasta cuándo nosotros vamos a estar con esa espada de Damocles? Como Britto García lo ha explicado muy bien, el primer país que desconoce esta Comisión son los Estados Unidos...”⁷.

No documento de denúncia o Estado venezuelano alegou que tanto a Corte quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teriam se afastado dos princípios sagrados que foram criadas para defender, convertendo-se assim em uma arma política destinada a minar a estabilidade política de determinados governos, em especial o da Venezuela. Ao desrespeitar princípios básicos e essenciais do direito internacional, como o princípio da autodeterminação dos povos⁸.

As críticas feitas ao sistema interamericano podem ser dvidas em três grupos principais de acordo com Maria Jiménez⁹: a atitude intervencionista com relação aos assuntos internos dos países-membros; a politização da atuação dos organismos que compõem o sistema; e a resistência da OEA em reformar o sistema interamericano de direitos humanos. Igualmente defendeu o documento de que o ordenamento jurídico interno da Venezuela posicionava o país na da vanguarda defesa dos direitos humanos e dispunha de instrumentos suficientes para a defesa destes. Além disso, o documento mencionou que o país buscava alternativas ao sistema interamericano, como a criação de um novo sistema sub-regional e a valorização do sistema mundial de proteção aos direitos humanos.

7 CHÁVEZ, Hugo Frias citado por CIVILIS, Retiro de Venezuela del CIDH, disponível em: <http://www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/retiro-de-venezuela-del-sidh-1-1.pdf>. Acesso em 04/11/2015.

8 VENEZUELA, Nota da República Bolivariana da Venezuela ao Secretário Geral da OEA de 06 de setembro de 2012, disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF. Acesso em 04/11/2015.

9 JIMÉNEZ, María Julia Ochoa. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA FRENTE A LA DENUNCA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. In Revista Latino Americana de Derechos Humanos, vol. 25, 2014. P. 198

Segundo a diplomacia venezuelana para perseguir as suas práticas intervencionistas, ambos os órgãos, teriam extrapolado sua esfera de competência ao tomar conhecimento de casos, sobre os quais os recursos internos ainda não se haviam esgotado. O que constituiria um pressuposto para a admissibilidade das petições interpostas, conforme mandamento do art. 43.1 da CADH. De igual forma, mencionou que a Corte Interamericana violou sua soberania, ao exigir mudanças na legislação nacional do país.

De mais a mais foram citados no instrumento de denúncia vários casos interpostos contra Venezuela para ilustrar tanto a atitude intervencionista da corte, quanto a politização de suas decisões. Todos eles possuem em comum a existência de matizes políticas nos feitos. Os processos conforme a ordem listada pelo documento de denuncia são os seguintes:

1. Caso Ríos e outros; Caso Perozo e outros VS Venezuela: na greve geral ocorrida em abril de 2002 se produziram diversos casos de violência que resultaram contra os trabalhadores dos meios de comunicação. Dessa forma, a Corte estabeleceu a responsabilidade do Estado com relação a liberdade de buscar, receber e difundir informação (art. 13.1) e o direito a integridade física (art. 5.1) da CADH.
2. Caso Brewer-Carías vs. Venezuela: o advogado e político Allan Brewer-Carías foi acusado do delito de conspiração para alterar violentamente a Constituição, na época do golpe de estado de 2002, por ter supostamente sido um dos redatores do decreto lido por Pedro Carmona, quando este assumiu o governo ilegitimamente. A Comissão Interamericana considerou o Estado responsável pela violação dos artigos 8 e 25 da CADH (garantias e proteção judicial) e encaminhou o caso para a Corte e o instou a adotar medidas para assegurar a independência do poder judiciário.

3. Caso Díaz Peña vs. Venezuela: Raul José Díaz Peña foi acusado penalmente por sua suposta participação na colocação de artefatos explosivos em frente ao Consulado da Colômbia e a Embaixada da Espanha. A autoria havia sido inicialmente atribuída a membros da *Fuerza Armada Nacional*. Nesse caso, a Corte Interamericana considerou o Estado responsável por desrespeitar o direito de Díaz Peña a proteção da sua integridade física (art. 5.1. da CADH) e por tê-lo submetido a tratamento inumano e degradante (art. 5.2. da CADH). Sobre a condenação de melhorar as condições de reclusão do que chamou “de um terrorista, que fugiu da justiça e não cumpriu sua pena”, a chancelaria venezuelana manifestou que isso seria “intolerável para qualquer País democrático e respeitador do Estado de Direito” e que a Corte havia se transformado em cúmplice e protetora de terrorista convictos¹⁰.
4. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela: o General aposentado Francisco Usón Ramírez foi acusado do delito de injúria a *Fuerza Armada Nacional* e julgado em foro militar, em razão das declarações que fez a imprensa sobre o uso de um lança-chamas como meio de castigo contra soldados. A Corte entendeu ter sido o Estado venezuelano responsável por violações ao princípio da legalidade (art. 9), dos direitos a liberdade de pensamento e expressão (art. 13), das garantias judiciais (art. 8), do direito a proteção judicial (art. 25), assim como ao direito a liberdade pessoal (art. 7). Todos os artigos citados são da CADH.
5. Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela: Os juízes Juan Carlos Apitz Barbera, Perkins Rocha Contreras e Ana María

¹⁰ VENEZUELA, Nota da República Bolivariana da Venezuela ao Secretário Geral da OEA de 06 de setembro de 2012, disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF. Acesso em 04/11/2015.

Ruggeri Coval, membros da *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, por terem incorrido em um erro judicial imperdoável ao conceder uma medida cautelar que suspendeu os efeitos de um ato administrativo que havia negado o registro de uma compra e venda. Para a Comissão Interamericana a destituição seria contrária ao princípio da independência judicial e que um conjunto de indícios permitiria inferir a decisão teria sido influenciada por decisões da *Corte Primera* terem contrariado interesses do Poder Executivo. Quando provocada, a Corte Interamericana condenou o Estado a indenizar os juízes e reintegra-los a seus cargos, por entender que foram desrespeitadas suas garantias judiciais (art. 8) e seu direito a proteção judicial (art. 25).

6. Caso Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela: o político da oposição Leopoldo López foi sancionado por atos de corrupção, tendo a sua inelegibilidade pelo período de três anos decretada. Sua demanda ante a Corte Interamericana conduziu ao estabelecimento da responsabilidade estatal pela violação dos art. 2 (obrigação de adequar o direito interno ao Pacto de San José), art. 8 (garantias judiciais) e ao art. 23 (direito a ser eleito), todos da CADH.

2.1 Análise da denúncia da CADH sob a luz do direito interno venezuelano

Não é somente do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, que a decisão do governo venezuelano de denunciar a CADH pode ser criticada. Neste tópico analisaremos os aspectos jurídicos da denúncia do Pacto de San José perante o ordenamento jurídico interno da Venezuela.

Para o constitucionalista venezuelano e ex-presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos Carlos Ayala Corao¹¹, a decisão do governo viola as normas e princípios constitucionais relativos: a hierarquia e supremacia constitucional dos tratados sobre direitos humanos; o direito de petição internacional para o *amparo*¹² de direitos humanos, os requisitos e limites constitucionais do estado de exceção e a progressividade dos direitos humanos.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 pode ser considerada uma das mais avançadas da América Latina em termos de proteção dos direitos fundamentais. A Carta magna de 99 deu especial importância aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ao prever não somente que estes teriam força de normal constitucional, mas que teriam caráter supraconstitucional: ou seja, no caso de preverem normas mais favoráveis sua hierarquia seria até mesmo superior ao da própria constituição¹³. Tal previsão esta contida no art. 23:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

¹¹ CORAO, Carlos Ayala: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS POR VENEZUELA in Estudios constitucionales vol.10 no.2 Santiago 2012

¹² O Direito de Amparo é regulado pelo Art. 27 da CRVB: Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

¹³ BREWER-CARÍAS, Allar R. *Dismantling democracy in Venezuela: the Chávez authoritarian experiment*. Nova York, Cambridge University Press, 2010. p. 351.

Além dessa previsão genérica aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, existe no texto constitucional uma referência expressa a CADH, trazida pelo art. 339, segundo o qual:

Artículo 339. El Decreto que declare el estado de excepción (...) El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (grifos nosso).

Ou seja, o poder constituinte originário decidiu por bem incorporar as garantias do art. 27 do Pacto de San José ao seu texto constitucional de forma específica. Desse modo, apesar da CRVB ser silente quanto à forma de denúncia de um tratado, se faz inimaginável que uma norma constitucional possa ser derogada por um simples decreto presidencial. No ponto, necessário apontar que a carta constitucional venezuelana de 1999 é uma constituição rígida, seus processos de reforma estão previstos entre os artigos 340 e 346, e exigem inclusive a convocação de um referendo popular. Sobre o tema, discorre Ayala Corao¹⁴:

En Venezuela a pesar de que hemos sostenido que los tratados sobre derechos humanos no pueden denunciarse ni siquiera enmendando ni reformando la Constitución, en todo caso, como base mínima debe aplicarse el principio de la supremacía constitucional y la consecuente rigidez constitucional previsto en la Constitución (...). Por lo cual, si un tratado sobre derechos humanos con jerarquía y supremacía constitucional, como es el caso de la CADH, que integra por tanto el bloque de la constitucionalidad, pretende ser desprendido de la Constitución por el Poder Ejecutivo -como ha sido el caso de su denuncia-, dicho acto es groseramente violatorio de la Constitución, al pretender modificarla por un medio distinto al previsto en ella. La sanción a esa violación constitucional no es otra, que su nulidad.

¹⁴ CORAO, Carlos Ayala: *INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS POR VENEZUELA* in Estudios constitucionales vol.10 no.2 Santiago 2012.

Ademais disso, também foram violados o direito constitucional de petição internacional¹⁵ e o princípio da progressividade¹⁶. De acordo com Ayala Corao¹⁷ o princípio da progressividade obrigaria o Estado das seguintes formas: a) reconhecer, respeitar e garantir os direitos humanos; b) a proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos; c) interpretar os direitos humanos sempre da forma mais favorável ao indivíduo; d) buscar sempre a ampliação da esfera protetiva dos direitos humanos.

Contudo, apesar de todos os argumentos aqui expostos, o entendimento da Corte firmado em na Decisão nº 1.939 de 2009 é de que:

(...)el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “supraconstitucional”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable(...) el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los

¹⁵ Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

¹⁶ Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

¹⁷ CORAO, apud.

estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.¹⁸

Nessa mesma decisão, a Corte Suprema solicitou “*al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*”. Dessa forma, demonstrou seu entendimento de que o Presidente da República teria competência para denunciar tratados sobre direitos humanos, sem a necessidade de uma alteração constitucional.

2.2 Repercussões no âmbito do Mercosul

Para os propósitos desse trabalho, também se apresenta interessante as consequências da saída da Venezuela do Pacto de San José para o MERCOSUL. Como aponta Saulo Casali¹⁹, apesar da existência de alguns instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos no bloco, a vasta proteção concedida pelo sistema interamericano dispensou uma maior elaboração nesse sentido.

A importância da CADH é afirmada em diversos documentos legais do bloco sub-regional, como no Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul no qual os países do bloco reafirmaram “os princípios e

¹⁸ TSJ, Sala Constitucional, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Expediente No. 08-1572 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>

¹⁹ BAHIA, Saulo José Casali. Human Rights from a Latin American Perspective. Disponível em <http://forumonpublicpolicy.com/summer09/archivesummer09/bahia.pdf>

normas contidos na Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana”. Menção semelhante foi feita no acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados sobre Cooperação Regional para a Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes em situação de Vulnerabilidade.

No ponto, muito embora os considerandos não tenham força normativa dentro do direito internacional, conforme explica Mazuoli²⁰ “por meio deles, se enunciam os motivos e as finalidades do acordo, fazendo-se conhecer toda a filosofia da diplomacia que na sua conclusão esteve empenhada”. Em síntese, estes indicam as intenções dos negociadores em relação à celebração do tratado.

O Protocolo de Assunção sobre Direitos Humanos também afirma em seu art. 1º que a plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes.

Diversas ONGs internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Anistia Internacional²¹ e a Human Rights Watch²², solicitaram que o Mercosul que honrasse seu compromisso com a defesa dos direitos humanos dentro do subcontinente e buscasse estabelecer um canal de diálogo para reverter a decisão da Venezuela de denunciar a CADH. Entretanto, apesar dos apelos de ditas organizações o Mercosul manteve-se silente a tal atitude venezuelana.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público* – 8 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

²¹ EL UNIVERSAL, Piden a Mercosur que evite la salida de la CIDH. Página consultada em 04/11/2015: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130906/piden-a-mercotur-que-evite-la-salida-de-la-corte-idh>

²² EL UNIVERSAL, Human Rights Watch pide a Mercosur mediar para que Venezuela siga en la CADH. Página consultada em 04/11/2015: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130905/hrw-pide-a-mercotur-mediador-para-que-venezuela-siga-en-convencion-de-dd>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia nos países do cone sul é uma conquista recente, e todo os países da região – em maior ou menor grau – ainda enfrentam desafios variados na consolidação dos avanços democráticos dentro das suas fronteiras. Durante entre a última década do século XX e a primeira do século XXI, o Mercosul desenvolveu o seu próprio sistema de proteção da democracia e se posicionou com um ator importante da manutenção da estabilidade da região.

Entretanto, desde o ingresso da Venezuela no bloco, a eficácia de suas normas de proteção da democracia e dos direitos humanos foram colocadas em xeque. Ao não se posicionar perante o desmantelamento das instituições democráticas de um dos seus membros por motivações, eminentemente, políticas, o Mercosul enfraquece o sistema de proteção internacional de todos os outros.

Ainda mais preocupante apresenta-se o silêncio do bloco, no momento em que a Venezuela, um país que sofre constantes denúncias de abusos aos direitos humanos. Logo após o seu ingresso no bloco, denúncia o principal tratado de proteção aos direitos humanos dentro do continente, cerceando os seus cidadãos de terem acesso, aquela que talvez seja a única forma de terem seus direitos protegidos.

De mais a mais, muito embora não seja possível realizar uma análise tão somente jurídica da situação atual do Mercosul e dos desafios vindouros, exatamente por ser impossível afastar o viés político dessas situações. Contudo, se a decisão política ocorre de forma contrária às normas criadas e adotadas pelos próprios Estados Partes, resta-nos discordar e manifestar contra a incoerência e ilegalidade da atuação do Mercosul, que põe risco a credibilidade e o próprio futuro do bloco na defesa dos direitos humanos e da democracia dentro da região.

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Jean Michel. OEA, ed. Manolé, São Paulo, 2003, pág. 118.

BAHIA, Saulo José Casali. Human Rights from a Latin American Perspective. Disponível em <http://forumonpublicpolicy.com/summer09/archivesummer09/bahia.pdf>

BREWER-CARÍAS, Allar R. Dismantling democracy in Venezuela: the Chávez authoritarian experiment. Nova York, Cambridge University Press, 2010. p. 351.

CORAO, Carlos Ayala: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS POR VENEZUELA in Estudios constitucionales vol.10 no.2 Santiago 2012.

CHÁVEZ, Hugo Frias citado por CIVILIS, Retiro de Venezuela del CIDH, disponível em: <http://www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/retiro-de-venezuela-del-sidh-1-1.pdf>. Acesso em 04/11/2015.

EL UNIVERSAL, Piden a Mercosur que evite la salida de la CIDH. Página consultada em 04/11/2015: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130906/piden-a-mercosur-que-evite-la-salida-de-la-corte-idh>

EL UNIVERSAL, Human Rights Watch pide a Mercosur mediar para que Venezuela siga en la CADH. Página consultada em 04/11/2015: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130905/hrw-pide-a-mercosur-mediador-para-que-venezuela-siga-en-convencion-de-dd>

FREEDOM HOUSE, Freedom in the World 2014, disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/venezuela-0#.VHq8ZjHF9VU>.

HEINE, Jorge; WEIFFEN, Brigitte. 21st century democracy promotion in the Americas: standing up for the policy, p. 74

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Avaliando a influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados-partes: o caso Mercosul e o Paraguai. In: Cena Internacional, ano 7, nº 2, 2005

JIMÉNEZ, María Julia Ochoa. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA FRENTE A LA DENUNCA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. In Revista Latino Americana de Derechos Humanos, vol. 25, 2014. P. 198

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público – 8 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2010.pdf.

_____, Declaração de Santiago do Chile, texto disponível em espanhol em <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf>.

PEÑALOZA, Rebeca Omaña. La OEA em Venezuela: Entre la democracia y el golpe de Estado. 1ª ed. Quito, Equador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENEZUELA, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999*

VENEZUELA, Nota da República Bolivariana da Venezuela ao Secretário Geral da OEA de 06 de setembro de 2012, disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF. Acesso em 04/11/2015.

VENEZUELA, TSJ, Sala Constitucional, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Expediente No. 08-1572 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>

Recebido em 15 de maio de 2016
Aprovado em 11 de agosto de 2016

**THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF
INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE
CYBERSPACE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONTROL
TESTS AND THE STANDARD OF PROOF IN
INTERNATIONAL COURTS**

*Os desafios da atribuição de atos ilícitos internacionais no espaço
cibernético: uma análise crítica dos testes de controle e do nível de
prova nas cortes internacionais*

Filipe Gomes Dias Costa^{}
Verônica Lúcia Hassler Benn^{**}*

RESUMO: Este artigo discute os aspectos legais, os desafios e dificuldades que as teorias tradicionais do direito internacional enfrentam quando se trata da atribuição de responsabilidade no mundo cibernético. Primeiro, será explicado como o espaço cibernético é visto do ponto de vista do direito internacional. Em seguida será feita uma análise sobre os níveis de prova e os testes de atribuição e como eles funcionam em situações tradicionais. Após, será realizada uma abordagem crítica sobre a ineficiência dessas regras quando aplicadas nas condutas dos Estados no mundo cibernético. Finalmente, será analisado o princípio do “*due diligence*” e a mitigação do nível de prova como possíveis soluções para este dilema, em conjunto com a necessidade da codificação e da adaptação dos testes de atribuição para se adequarem às particularidades do espaço cibernético.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade dos Estados. Direito Cibernético. Atribuição. Testes de Controle. Nível de prova.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro-fundador do Núcleo de Competições Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (NCI – FDUFBA). E-Mail: filipe_costa40@hotmail.com

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Núcleo de Competições Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (NCI – FDUFBA). E-Mail: veronichasslerb@gmail.com

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

ABSTRACT: This paper discusses the legal aspects, the challenges and difficulties that the traditional theories face when dealing with attribution on the cyber world. First, it will explain how the cyberspace is seen on the international law context. Following, it will be made a close examination of the standard of proof and the attribution tests, and how they work on regular situations. Then, it will be made a critical approach on the inefficiency of this rules when applied on State conducts on the cyberspace. Finally, the due diligence principle and the mitigation of the standard of proof will be analyzed as proper solutions to this dilemma, along with the need for proper codification and adaptation of the control tests to the particularities of the cyberspace.

KEYWORDS: State Responsibility. Cyber law. Attribution. Control Tests. Standard of Proof.

SUMÁRIO: 1. Introduction; 2. International Law on the Cyberspace; 3. The Necessary Conditions for a State to be Held Responsible for an International Wrongful Act; 3.1. Attribution on International Law; 3.1.1. Effective Control; 3.1.2. Overall Control 3.2. Evidence of State Involvement; 4. The Hardships of Attribution in the Cyber Context; 4.1. Attribution and the Tallinn Manual; 4.2 The Problem of the Standard of Proof and Control Test on the Cyber world; 5. Possible Solutions; 5.1. Due Diligence; 5.2. Mitigation of the Standard of Proof 6. Conclusions 7. Bibliography.

1 INTRODUCTION

The law of State responsibility is one of the most important subjects in international law. The codification of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)

is one of the cornerstones of the development of international law and represent not only codification of customary law, but also a progressive development on the field of State responsibility.

However, not all situations can be simply resolved by easily applying the rules of the ARSIWA. There are often cases in which there are difficulties in the attribution of a wrongful act to a State.

The development of new technologies in the second half of the 20th century has led to the creation of a whole new place for international relations to be held, commonly referenced as cyberspace.

With such innovations, it is necessary for the international law to accordingly evolve in order to regulate possible violations committed by international subjects. In this regard, the norms of attribution constitute one of its most severed fields due to their incompatibility with the particularities of the cyberspace.

Hence, it is necessary to rethink the norms surrounding the attribution of internationally wrongful acts, especially the attribution tests used by international courts and the commonly applied standard of proof.

2 INTERNATIONAL LAW ON THE CYBERSPACE

Cyberspace may be understood as a global, non-physical, conceptual space, which includes physical and technical components, the internet, the ‘global public memory’ contained on publicly accessible websites, as well as all entities and individuals connected to the internet (ZIOŁKOWSKI, 2013, p. 135). In the actual word, the cyberspace goes far beyond the notion of a pure means of information transfer, having political, economic, social and cultural aspects.

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

Even though such position is now regarded as outdated, there are scholars who still defend that cyberspace is not, or is only partly, regulated by law, since cyber-specific international custom is absent and contractual regulations are scarce. The classical international law consequence to such situation would be to invoke the basic principle stated in 1927 by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the Lotus case (GLENNON, 2002). Such principle establishes that, in the absence of a legal prohibition, a State enjoys freedom of action (DEEKS, 2015, p. 301). In the cyber context, this line of thought emanates primarily from the notion that the cyberspace would constitute a whole new international domain that would require special regulations, such as the Law of the Sea or the Law on Outer Space.

Nonetheless, such concept is minority among the international community, since the existence of *non liquet* would lead to serious consequences in the international relations of States, which are now, more than ever, undertaken through cyber assets.

Furthermore, the idea of cyberspace as a separate and independent domain would ultimately contradict the very mechanisms from which the cyberspace is built upon (CZOSSECK, 2013, p. 15). As stated before, cyberspace is nothing more than the collection of physical assets that collectively sustains the shapeless cloud regarded as cyberspace. Servers, backbones, and even fiber optic cables are all pillars of this amalgam and, undoubtedly, are subject to the regulations of law.

Therefore, one may not argue that the cyberspace is absent from the incidence of international law whatsoever, since, although it is not yet possible to extract customary norms from state practice, the general principles of international law as they exist are indeed applicable to this niche of international law.

In this respect, the consequently competing freedoms of the coexisting sovereign States are guided by general principles of international law. These principles are most important in the cyber context, since they form the basis for a progressive development of international law, enabling the international law system to respond to the dynamic needs of an international society and especially to meet the growing technological advances (ZIOLKOWSKI, 2013, p. 135). Accordingly, the general principles of international law occupies the position of cornerstones from which the law on the cyberspace would be developed.

Consequently, although the law on cyberspace is not yet consolidated, it may not be regarded as a wild west in which there are no application of basic norms. However, such field of international law shall be urgently one of the primary focus of scholars and States in regard to the development of International law, since the mere application of basic principles of law may lead to misconceptions and failures to satisfactorily respond to a given situation.

Such problem is found in the matters regarding the attribution of cyber attacks under international law, especially due to its traditional approach and, therefore, irreconcilable with the new mechanisms developed in the cyberspace.

3 THE NECESSARY CONDITIONS FOR A STATE TO BE HELD RESPONSIBLE FOR AN INTERNATIONAL WRONGFUL ACT

3.1 Attribution on international law

The rules of attribution of responsibility were codified on the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA). In the ARSIWA, it is established that a State will be

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

deemed responsible for the acts of its organs, regardless of their composition and function. Thus, the acts of the executive, legislative, judiciary and armed forces would be attributed to the State they belong.

As a general principle, the conduct of private persons or entities is not attributable to a State under international law. However, there are circumstances where such conduct is nevertheless attributable because a specific factual link exists between the person or entity engaging in the conduct and the State.

The Draft Articles in its article 8 establishes that:

Article 8. Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

It is clear then that a State may, either by specific directions or by exercising control over a group, assume responsibility for their conduct. Each case will depend on its own facts, in particular those concerning the relationship between the instructions given, the direction or control exercised. In the text of article 8, the three terms “instructions”, “direction” and “control” are disjunctive; it is sufficient to establish any one of them. At the same time it is made clear that the instructions, direction or control must relate to the conduct which is said to have amounted to an internationally wrongful act.

Thus, article 8 brings two situations. The first involves private persons acting on the instructions of the State in carrying out the wrongful conduct. The second deals with a more general situation where those private entities or persons act under the State’s direction or control. Bearing in mind the important role played by the principle

of effectiveness in international law, it is necessary to take into account in both cases the existence of a real link between the person or group performing the act and the State machinery.

This link is essential to the matter of attribution, since the conduct will only be attributable to the State if it directed or controlled the specific operation and the conduct complained of was an integral part of that operation. The principle does not extend to conduct which was only incidentally or peripherally associated with an operation and which escaped from the State's direction or control.

The degree of control which must be exercised by the State in order for the conduct to be attributable is a key issue in international law. Currently there are two attribution tests used by the Courts. The first is the effective control test, created by the International Court of Justice (ICJ), and the second is the overall control test, originated from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY).

3.1.1 Effective control

In the *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* the ICJ had to decide if the human rights violations committed by the *Contras*, a rebel group fighting the Nicaraguan army on the civil war, could be attributed to the United States, since they had received help from the US during the war.

The Court identified three forms of "private" conduct that could generate state responsibility: the paramilitary campaign in general, specific military operations and the humanitarian law violations committed by the *Contras* in the course of operations. Regarding the specific missions of the *Contras*, the State of Nicaragua was unable to establish a real bond between the United States and one

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

of these operations, and could only argue the American involvement in the movement in general.

In its decision the Court considered that, although the United States had not created the *Contras*, he was responsible for financing, giving logistical support and military training to the group. However, the ICJ ruled that the United States could not be held responsible for the general activities of the *Contras*. The Court based its decision on the fact that the US exercised insufficient control over the *Contras*, which were not completely dependent on the US in a way that any act done by them would give rise to liability.

For the ICJ, even all the forms of participation and even the general control by the US over the group, which had a high degree of dependency on the State, would not in themselves mean, that the US directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law and such acts could be committed by members of the *Contras* without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle, have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.

On the Bosnian Genocide case the ICJ identified this sense of complete dependence with the term "*de facto organ*" in the context of ARSIWA article 4. This kind of organ, even though is not considered a State organ, like the judiciary or the military, is completely linked to the State, not having autonomy and being completely dependent.

The Court, nevertheless, considered that there was a violation of the prohibition of the use of force, based on the direct support given to the paramilitary group.

Hence, for the effective control test, the mere support to a group or private entity does not create responsibility, unless the State has full control over the actions of these entities at the time of the act.

3.1.2 Overall Control

In contrast to the effective control test, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, on the *Tadic case*, established the overall control test. Dusko Tadic was in trial on the ICTY for crimes against humanity, serious breaches of the Geneva Conventions, and violations of customs of war by the for his actions in the Prijedor region, including the Omarska, Trnopolje and Keraterm detention camps¹.

Since the ICTY is a tribunal with jurisdiction limited to individuals, it is not usually considered able to deal with questions of State responsibility. In the *Tadic case*, however, the Tribunal had to analyze State responsibility as a preliminary question, in order to determine whether the armed conflict was international or not, and, therefore, whether the Court had jurisdiction over it²

In order to define if the war was or not an international conflict, the ICTY chamber pondered the relationship between the three ethnic groups in the region (Orthodox Christian Serbs, Croats Roman Catholics and Bosnian Muslims) and the external influence of the States involved. If these states were considered responsible for the activities of private entities operating in Bosnia, the conflict would be considered international. The Court focused especially on the acts of the Republic of Srpska one of the autonomous entities of Bosnia and

¹ The Bosnian War was an international armed conflict that took place in Bosnia and Herzegovina between 1992 and 1995. The main belligerents were the forces of the Republic of Bosnia and Herzegovina and those of the self-proclaimed Bosnian Serb and Bosnian Croat entities within Bosnia and Herzegovina, Republika Srpska and Herzeg-Bosnia, who were led and supplied by Serbia and Croatia respectively.

² That was relevant once the Geneva Convention of 1945 is only applicable to international conflicts.

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

Herzegovina, which was contrary to the independence and whose army was responsible for the Srebrenica massacre, in which 8,373 Bosnian Muslims were killed.

The vast majority of the judges used the *Nicaragua case* in order to determine whether the Republic of Yugoslavia could be held responsible for the acts of the Republic Srpska, but without distinguishing clearly between the full and effective control tests established by the ICJ. The Court held that the Srpska Republic, although an ally of Yugoslavia and dependent of their assistance, could not be considered under its control.

The Appeals Chamber reviewed the case in 1999. The Chamber reaffirmed the decision to use State responsibility rules to determine the international dimension of the conflict, but at the same time, criticized the use of the *Nicaragua case* as an attribution standard. For the Appeals Chamber, the notion of effective control was contrary to the "logic" of the responsibility of States, since it allowed the States to use private entities to commit acts that could not be performed by its own organs, managing to escape international responsibility.

The Chamber stressed that the requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber did not see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control.

In this regard, the Chamber created a distinction between the level of control necessary in relation to unorganized groups and structured organized groups. If the group or individuals in question are not organized, an effective control over the specific acts can generate responsibility, while in organized groups only general control would

suffice. Therefore, in the case of organized groups, if the state has a role in organizing, financing or planning the actions of these groups it may create international responsibility. The Tribunal accepted this view and has consistently applied in its decisions³.

Thus, the Chamber held that the degree of control by the Yugoslav authorities over the armed forces, required by international law for considering the armed conflict to be international, was overall control going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations.

In the course of their reasoning, the majority considered it necessary to disapprove the ICJ approach in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*. However the legal issues and the factual situation in the *Tadic case* were different from those facing the Court in that case. The Tribunal's decision is directed to issues of individual criminal responsibility, not State responsibility, and the question in that case concerned not responsibility but the applicable rules of international humanitarian law.⁴

The overall control test is still criticized in international law, including by the own ICJ. In the *Bosnian Genocide case*, which was generated from the same conflict of the *Tadic case*, the Court was called upon to examine whether Yugoslavia (and later Serbia) was responsible for the genocide committed by the militia during the Bosnian War.

³ For example: Prosecutor v. Alekovski, Prosecutor v. Kordic e Prosecutor v. Naletilic

⁴ The problem of the degree of State control necessary for the purposes of attribution of conduct to the State has also been dealt with, for example, by the Iran-United States Claims Tribunal and the European Court of Human Rights: Yeager (see footnote 101 above), p. 103. See also *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 4, p. 122, at p. 143 (1983); *Loizidou v. Turkey*, Merits, Eur. Court H.R., Reports, 1996–VI, p. 2216, at pp. 2235–2236, para. 56, also p. 2234, para. 52; and *ibid.*, Preliminary Objections, Eur. Court H.R., Series A, No. 310, p. 23, para. 62 (1995)

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

The ICJ considered that, even in the case a serious crime as genocide, there was no justification for not making use of the effective control test. In its decision the Court criticized the stance of the ICTY, arguing that despite the Tribunal being an authority on international criminal law, it would not have the ability to express opinions outside its jurisdiction. The Court, dealing specifically with the overall control test, established that it was improper to be applied in the attribution of state responsibility, since it did not align with the primary rules of international law and the secondary rules of State responsibility.

Regardless of this, both tests are still used, and are considered to be the basic standard regarding the attribution of private acts to a State.

3.2 Evidence of State involvement

In order for a State to be held responsible for an international wrongful act, it must exist sufficient evidence of its involvement on the acts considered wrongful. Therefore, under international litigations, the procedural stage of evidence analysis is as important as the definition of the attribution test applicable to a given case.

Although the matters concerning the burden of proof is well settled in international litigations, the standard of proof applicable configures one of the most crucial and defining questions to a judicial case in international law.

In regard to cyber attacks, this importance is further enhanced, since the usage of classical standards of proof may lead to the failure altogether of a plaintiff's attempt of attribution to a State.

It is established that, while in civil law systems there are no specific standards of proof that judges must apply, common law jurisdictions employ a rigid classification of standards. From the most to the least stringent, these include: beyond reasonable doubt (i.e.,

indisputable evidence, a standard used in criminal trials), clear and convincing (or compelling) evidence (i.e., more than probable but short of indisputable), and the preponderance of evidence or balance of probabilities (i.e., more likely than not or reasonably probable, a standard normally used in civil proceedings). A fourth standard is that of prima facie evidence, a standard that merely requires indicative proof of the correctness of the contention made (ROSCINI, 2015, p. 248).

Even though the International Court of Justice in its Statute and Rules of the Court does not indicate specific standards of proof for particular cases, the Court has adopted the practice of referring to expected standards in the judgments itself. In this sense, the Court has adopted a mixed concept, in which, in line with civil law practice, it may choose case by case the suitable degree of evidence, but must also indicate the specific standard adopted under the predetermined criteria established by common law systems.

Nonetheless, it is possible to extract from the jurisprudence of the Court, established practice regarding the definition of standard of proof in order to accurately predict the standard adopted in certain matters of International Law. This is the case of allegations of use of force, in which at least clear and convincing evidence is expected for such claims, demonstrating that the Court does apply standards in accordance with the nature of the allegations.⁵

⁵ See Nicaragua case, Oil Platforms case and Dem. Rep. Congo v. Uganda.

4 THE HARDSHIPS OF ATTRIBUTION IN THE CYBER CONTEXT

4.1 Attribution and the Tallinn Manual

Between 2009 and 2012, an international group of approximately twenty experts were convened by the NATO Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence to work on a draft for a manual addressing the issue of how to interpret international law in the context of cyber operations and cyber warfare. Of their work it was created the *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (Tallinn Manual)*

The *Tallinn Manual* is an academic, non-binding study on how international law applies to cyber conflicts and cyber warfare. As such, it was the first effort to analyse this topic comprehensively and authoritatively and to bring some degree of clarity to the associated complex legal issues (SCHMITT, 2013). The Manual contemplates and examines ‘how extant legal norms applied to this “new” form of warfare’ (Introduction, p 1) thus pursuing the purpose of ‘bringing some degree of clarity to the complex legal issues surrounding cyber operations’ (p 3). While the term ‘cyber warfare’ is used in a ‘purely descriptive, non-normative sense’ (p 4, n 17), the main focus of the Manual is armed conflict proper, i.e. armed ‘hostilities, which may include or be limited to cyber operations’ (pp 7 - 9 Rules 22 and 23). However the Manual is not designed for addressing what may be considered as the predominant issue, how to ensure cyber security against criminal activities by hackers (O’ CONNELL, p. 203, 2013).

Following the principle established in the *Corfu Channel case*, the Manual on its Rule 5 established that a State “shall not knowingly allow the cyber infrastructure located in its territory or under its exclusive governmental control to be used for acts that adversely and unlawfully affect other States”. The Experts agreed that

this Rule covers all acts that are unlawful and that have detrimental effects on another State.

Yet, they could not agree whether that Rule applies only to cyber operations that are underway or also in situations in which those acts are ‘merely prospective’ (para 7); whether it applies only to actual knowledge or also to ‘constructive (“should have known”) knowledge’ (para 11); and whether it only applies to cyber activities on a state’s territory or also to states through which these cyber operations are routed (para 12). On the Rule 6, the Experts acknowledged that conduct of non-state actors may be attributable to a State.

On the matter of attribution, the *Manual* largely imports this restrictive language from the International Law Commission and the case law. It cites both the ‘effective’ and ‘overall’ control tests (SCHMITT, 2013, p. 46). Tellingly, it does not cite the language from *Tadić* which describes general helping behavior as meeting the overall control test. Instead, the *Manual*’s drafters included other language that was more rigid, in which it opined that a finding of state responsibility required official participation in the planning and supervision of military operations. On this view, a state would not share responsibility under international criminal law for harm a private group causes in cyber activities unless the state did more than finance and equip the group.

4.2 The problem of the standard of proof and control test on the cyber world

The question arises whether there is a need for special, and lower, standard in the cyber context. Despite, the lack of case law in the ICJ in relation to claims arising out of inter-state cyber operations, possible indications regarding the standard of proof may be found elsewhere. The Project Grey Goose Report on the 2008 cyber operations against Georgia, for instance, relies on the concordance of

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

various pieces of circumstantial evidence to suggest that the Russian government was responsible for the operations. Such standard, although already applied by the ICJ in the *Corfu Channel* case, has been widely regarded as an insufficient mechanism to prove the existence of an internationally wrongful act. In this sense, the Court has stated in the same judgment that such standard may only be used in exceptional allegations, which does not include attribution itself.

Notwithstanding, the particularities of cyberspace itself create inherent obstacles to satisfy the traditional standard of proof applied by international courts. As the Tallinn Manual states, there are several ways in which the possibility of attribution may be hindered. IP routing, spoofing and others vicarious benders nullify the classical rules of attribution due to their ability to derail any proof regarding the link between a cyber attack and its perpetrator. This dilemma may lead to the impunity of such breaches of international law and constitute a serious liability of contemporary International Law.

On the same note, the attributions tests adopted by the International Courts may lead to impunity for States who engage on cyber activities since both tests require a high level of control, which is hard to proof on the cyber context.

The effective control and the overall control establish that it must be proved that a State had a certain level of control over the individuals and entities. For the effective control, this control must be in a way that the group shows no autonomy, being completely dependent of the State. This kind of control is hard to proof on the “real” word, but on the cyber context is almost impossible, since, the hackers’ activities hardly ever could be traced.

Even though when a cyber attack is launched from its governmental cyber-infrastructure it is considered as an indication that a State is associated with the attack (SCHMITT, 2013, p. 39), and the method of comparison of code fragments used in malicious software

can also indicate the provenance (Pihelgas, 2013, p. 38), this is not enough evidence to invoke attribution.

As the *Tallinn Manual* states, the usage of cyber governmental structures does not constitute enough evidence to attribute the operation to that State. It is considered that, on cyber structures, it is more likely that government infrastructure could have been taken over by non-state actors without State authorization (SCHMITT, 2013, p. 35). This is due to the impossibility to conclude if a cyber attack originated from the place where the IP is traced.

Furthermore, the identification of similarity between softwares only provides a probability of authorship rather than a certainty, and this does not prove attribution, since third party could buy, steal or gain access to another's malware (ROWE, 2015).

Hence even when it is discovered that the cyber activity originated from the cyber infrastructure of a State organ or that the malware used was created by the State, for the effective control approach, there would not be enough evidence of control and dependence.

At first it may appear that the overall control test, which lowers the standard of attribution, would be the solution to the problem of attribution on the cyber realm. However this test is also insufficient on the cyber context, since, as mentioned above, it would also require proof of not only a general control, but also the knowledge of it the group is organized or not in order for the standard to be lowered.

Thus, considering that conclusive evidence against a State on the cyber realm is difficult to collect, to this day, States have great freedom to engage on cyber activities even when the acts committed constitute an international wrongful act. This was shown by the

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

Stuxnet malware⁶ and Titan Rain incidents⁷, in which no State was deemed responsible, giving the difficulties to properly invoke international responsibility. Therefore, cyber incidents are highly incompatible with the current tests of attribution.

5 POSSIBLE SOLUTIONS

5.1 Due diligence

The duty of due diligence is a well-established principle in international law. According to this principle, States must use due diligence to prevent the commitment, within its jurisdiction, of illicit acts against another State or its people. This obligation comprises any actions that produce detrimental effects on another State, including criminal activities conducted by private actors.

As the *Tallinn Manual* itself establishes, it is still unclear whether a State violates its duty if it fails to use due care in policing cyber activities on its territory and is therefore unaware of the acts in question due to the difficulty of attribution and the easiness in which cyber attacks can be mounted through others cyber infrastructure. Furthermore, some scholars have suggested that no duty of prevention exists in the cyber context given the difficulty of mounting comprehensive and effective defenses against all possible threats. It is

⁶ Stuxnet is a malicious computer worm believed to be a jointly built American-Israeli cyber weapon. Although neither state has confirmed this openly, anonymous US officials speaking to the Washington Post claimed the worm was developed during the Obama administration to sabotage Iran's nuclear program with what would seem like a long series of unfortunate accidents.

⁷ Titan Rain was the designation given by the federal government of the United States to a series of coordinated attacks on American computer systems since 2003. In early December 2005 the director of the SANS Institute, a security institute in the United States, said that the attacks were "most likely the result of Chinese military hackers attempting to gather information on U.S. systems."

thus, not yet established whether a State violates international law if it fails to apply due diligence in policing cyber activities on its territory.

However, it is also understand that States shall not allow its cyber infrastructure to be used for committing acts that unlawfully affect other States. Where a potentially problematic activity has been launched from cyber infrastructure which is exclusively used by the government of a State, a rebuttable presumption can apply that the State should have known of this use of its territory (HEINEGG, 2012, p. 17).

Also, scholars have stated that States have an obligation to prevent private actors from freely using (SCHMITT, 2015, p. 72) its governmental computer infrastructure or freely transiting through it (BANNELIER-CHRISTAKIS, 2014, p. 8) even if an attack is originated from outside of its territory.

Due diligence principle also includes taking precautionary measures at an early stage before the concrete risk of harm occurs. This Court held that due diligence implies the exercise of administrative control. Monitoring activities and taking precautionary measures on cyber-infrastructure are therefore representative of the due diligence principle in the cyber context (ZIOLKOWSKI, 2013, p. 167).

This principle also covers the duty to investigate and punish non-State actors that have committed crimes against other States (ARÉCHAGA 1968, p. 531; AGO, 1970), and the General Assembly has called upon States to prevent criminal misuse of information⁸.

Hence, the due diligence principle should be applicable to the cyber context, once the attribution tests are inadequate when applied

⁸ GA Resolution A/RES/55/63, pg 2 (a); GA Resolution A/RES/56/121; GA Note by the Secretary-General A/68/98, pg 8, para 23.

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

to the cyber realm. By using this principle, it would be possible for a State to be held responsible even if the act itself cannot be attributable to this State. Since the violation of the due diligence obligation must be assessed based on State's' level of development and technical capabilities, more development States could not excuse themselves for their inability to prevent, or to take any action against breaches of international law that occur on their cyber space

Therefore, the application of the due diligence principle could be a possible solution to the situation regarding the responsibility of States on the cyber world, as it may bring State responsibility for any cyber act that can be considered wrongful, or at least, for its fail to prevent such act to happen.

5.2 Mitigation of the standard of proof

The Statute of the International Court of Justice states in its Article 48 that:

Article 48

The Court shall make orders for the conduct of the case, shall decide the form and time in which each party must conclude its arguments, and make all arrangements connected with the taking of evidence.

Such norm illustrates the freedom that the ICJ enjoys in regard to evaluate evidence itself. In previous cases, the Court has already lowered the expected standard of proof to resonate with the allegations in discussion (VALENCIA-OSPINA, 1999, p. 203). Thereafter, such mitigation has only been applied using the nature of the allegations as the modulator. However, such adaptation may not be restricted to the allegations raised by the parties. Foremost, the purpose of evidence itself is to prove the existence of a given fact. Consequently, the Court is allowed to ease its standard of proof to

adequate it to the nature of certain facts. Such conclusion is extracted directly from the Statute of the Court itself, and is it is in line with the majority doctrine, which argues that the ICJ enjoys the right to define its rules regarding evidence in accordance with the particularities of the cases.

In regard to the question surrounding attribution of cyber attacks, due to the unviability to properly attribute a cyber incident to an international actor, it is indispensable to lower the standard of proof, even if facing allegations of use of force. This is due to the fact that the viability of a proper judgment, the due process of law and fair trial would be at stake, since the possibility to attribute an internationally wrongful act of a cyber nature would be virtually impossible due to evidentiary problems.

Therefore, the mitigation of the standard of proof may configure as one of the most necessary mechanisms in order to adapt the litigation under international to the particularities of the cyberspace. In this sense, the notion of circumstantial evidence appears as the most suitable standard to settle cyber attacks matters, with no prejudice to the creation of a new degree of evidence.

6 CONCLUSIONS

Due to the progressively outdated of the norms of attribution in face with the cyber context, especially in regard to cyber attacks, it is necessary the establishment of revised norms of attribution to adequate the cyberspace with the normative incidence of International Law.

In this line, the Tallinn Manual configures as an important point of start for the codification of the norms in the cyberspace. However, even though such document does represent a relevant

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

collection of guidelines, its dispositions regarding attribution of cyber incidents lacks concrete innovations. The heavy influence from the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, although important to settle the basic norms of attribution, may lead to the perpetuation of the present problems involving attribution on the cyberspace. Therefore, it is already needed to revise the Tallinn Manual in order to adequate its norms with the necessity of the new age, albeit it is indeed the most accurate document relating to cyber operations, especially due to its approach of due diligence.

Furthermore, in international litigations, the adequation of the institutes of the control tests and standard of proof is needed to the particularities of the cyber space. Hence, it is necessary to adapt the control tests in order to enable attribution in the cyber context. On the other hand, additionally, the adoption of a lower standard of proof such as the circumstantial evidence may also be a crucial and needed step in order to enable attribution of cyber incidents.

The lack of conformity with the scientific progress is normal to any area of Law. Such outdated is no different with international law, which must constantly evolve and adapt to the new caveat of the contemporary international society. Conclusively, it is flagrant the necessity for international law to adapt to the new paradigms created by the development of technology, at the risk of generating anomy and impunity.

7 BIBLIOGRAPHY

AGO Robert, **Second Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility**, U.N. Doc. A/CN.4/233, (1970)

ARÉCHAGA Eduardo Jiménez de, **Manual of Public International Law**, Edited by: Max Sorensen (1968)

BANNELIER-CHRISTAKIS Karine, ‘Cyber Diligence: A Low-Intensity Due Diligence Principle for Low-Intensity Cyber Operations?’ **Baltic Yearbook of International Law** 14th edn, Brill 2014.

CRAWFORD James R. **Browlie’s Principles of Public International Law** 8^a edn, Oxford, ed. Oxford University Press (2012).

CRAWFORD James R. **State Responsibility, the General Part**, 1^a edn, Cambridge ed. Cambridge (2014).

CZOSSECK Christian, **Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy: State Actors and their Proxies in Cyberspace**. Edited by: Katharina Ziolkowski, (NATO CCDCOE, 2013).

DEEKS Ashley, An International Legal Framework for Surveillance, **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, Virginia, USA Vol. 55:2 p. 301 (2015).

FLECK, Dieter. Searching for International Rules Applicable to Cyber Warfare—A Critical First Assessment of the New Tallinn Manual, **Journal of Conflict & Security Law** Oxford, ed. Oxford University Press 2013

GLENNON, Michael J., The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter, **Harvard Journal of International Law**, Cambridge, Massachusetts (US) V.49 p. 539 - 555 (2002)

HEINEGG, Heintschel von. ‘**Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace**’ In: 4th International Conference on Cyber Conflict (2012)

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY
WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Corfu Channel (UK v Albania)*, Judgment. In: ICJ Reports 4, 22. (1949) The Hague, Netherlands

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Judgment of 26 February 2007 The Hague, Netherlands

_____. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Merits, Judgment, In: ICJ Reports 1986. The Hague, Netherlands

_____. ICJ Report 2007 The Hague, Netherlands

_____. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010. In: ICJ Reports 2010. The Hague, Netherlands

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, 7 May 1997, The Hague, Netherlands

_____. *Prosecutor v. Duško Tadic*, Appeal against Conviction (1999) 124 ILR 61, 98-121 The Hague, Netherlands

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **International Law Association Study Group on Due Diligence in International Law, 'First Report'** (2014) <<https://perma.cc/WX88-SBDX>> accessed in 19 December 2015

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** Geneva, 2001

_____. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**, Geneva 2001

MAZZUOLI Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 7ª edn, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais 2013

NATO COOPERATIVE CYBER DEFENCE CENTRE OF EXCELLENCE. **Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**. Cambridge, England, United Kingdom ed. Cambridge University Press (2013)

O'CONNELL, 'Cyber Security without Cyber War' **Georgetown Journal of International Affairs** 17 JCSL 187 (2012)

ONU. General Assembly Resolution A/RES/55/63,

_____. General Assembly Resolution A/RES/56/121;

_____. General Assembly A/68/98.

OPPENHEIM Lassa Francis Lawrence, **Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace** (9th edition) Edited By: Sir Robert Jennings QC, Sir Arthur Watts KCMG QC 2008 ed Oxford

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *S.S.Lotus (France v. Turkey.)*, Merits (1927) In: PCIJ Rep Ser A, No 7, 18ff. The Hague, Netherlands

PIHELGAS Mauno, **Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy: 'Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace'**, Edited by: Katharina Ziolkowski (NATO CCDCOE, 2013)

THE CHALLENGES OF ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY
WRONGFUL ACTS IN THE CYBERSPACE

ROSCINI, Marco. Evidentiary Issues in International Disputes
Related to State Responsibility for Cyber Operations. **Texas
International Law Journal**, Austin, Texas, US vol. 50, Issue 2
(2015)

ROWE Neil C. '**Attribution of Cyber Warfare**' in **Cyber Warfare:
A Multidisciplinary Analysis**, ed. J. Green, Routledge,
[http://faculty.nps.edu/ncrowe/3%20-
%20Rowe%20chapter%20070214.htm](http://faculty.nps.edu/ncrowe/3%20-%20Rowe%20chapter%20070214.htm) Acessado em: 12 de maio de
2016

SCHMITT Michael, 'In Defense of Due Diligence in Cyberspace'
The Yale Law Journal, New Haven, Connecticut, U.S. v. 68 (2015)

SCHMITT, Michael N. **Tallinn Manual on the International Law
Applicable to Cyber Warfare**. New York, United States of America:
Cambridge University Press. (2013)

SHAW Malcolm N. **International Law** 5th Edition, Cambridge, ed.
Cambridge University Press (2003)

VALENCIA-OSPINA. Eduardo, '**Evidence before International
Court of Justice**' Int'l L.F. D. Int'l (1999)

ZIOLKOWSKI, Katharina. **Peacetime Regime for State Activities in
Cyberspace. International Law, International Relations and
Diplomacy**, NATO CCD COE Publication, Tallinn 2013

Recebido em 15 de maio de 2016
Aprovado em 16 de agosto de 2016

O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NOS CASOS DE ATAQUES CIBERNÉTICOS

João Glicério de Oliveira Filho^{*}
Bárbara Victoria Müller Marchezan^{**}

RESUMO: O presente artigo pretende analisar o vínculo necessário que um estado deve ter com o responsável por um ataque cibernético para que haja responsabilização internacional, levando em consideração, sobretudo o disposto no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito de 2001 elaborado pela Comissão de Direito Internacional, e os posicionamentos da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia no que diz respeito à responsabilidade de Estados por atos privados. Defendemos que para que haja responsabilização internacional por um ataque cibernético, o vínculo necessário entre o Estado e um particular é o do controle efetivo, não devendo este ser flexibilizado em razão da dificuldade de atribuição de ataques cibernéticos e do temor da impunidade, a ponto de atingir Estados inocentes, e trazer consequências danosas pro cenário das relações internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Ataques cibernéticos; Responsabilidade Internacional de Estados; Atribuição de Responsabilidade Internacional; Controle Efetivo.

ABSTRACT: This article analyzes the link that a state must have with the one responsible for a cyber attack to configure international

^{*} Advogado. Doutor em Direito. Professor de Direito Empresarial da Universidade Federal da Bahia (Graduação, Mestrado, Doutorado), da UniJorge e da Ruy Barbosa. (joao@joaoglicerio.com)

^{**}Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (barbaramarchezan@hotmail.com)

responsibility of states. To do so, we took into consideration the International Law Commission 2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful acts, and the understanding of the International Court of Justice and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the matter of responsibility of states for non-state actors. We advocate that the effective control doctrine is the appropriate one for international responsibility for cyber attacks. The difficulty of attribution in the cyber context and the fear of impunity cannot be used as excuses to make flexibilizations on that doctrine, once it can bring more serious damages to the international relations, as the responsibility of an innocent state.

KEYWORDS: Cyber attacks. Responsibility of states. Attribution for internationally wrongful acts. Effective control.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Configuração de Ataque Cibernético; 3. Conceito de Responsabilidade Internacional; 4. Vínculo necessário entre o Estado e atos de particulares para que haja responsabilidade internacional por ataques cibernéticos; 4.1. O *effective control* da Corte Internacional de Justiça e o *overall control* do Tribunal Penal para a Antiga Iugoslávia 4.2. Divergências doutrinárias. 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade do ciberespaço e sua regulamentação jurídica tornou-se uma crescente preocupação nos últimos anos. O espaço cibernético é um cenário promissor para o desenvolvimento do contencioso bélico entre nações. Entretanto, a natureza estrutural da

internet e a forma como é arquitetada fazem com que haja grande facilidade em apagar vestígios, disfarçá-los, ou até mesmo plantar falsos vestígios. Com isso, surge o problema da atribuição de responsabilidade internacional por ataques cibernéticos.

Contudo, a dificuldade de produção de evidências no campo cibernético, e o temor da impunidade geral não devem ocasionar relativização ou flexibilização das atuais formas de atribuição de responsabilidade internacional de Estados a ponto de possibilitar a responsabilização de um Estado inocente. Tal situação poderia gerar maiores consequências negativas do que a não responsabilização. É importante lembrar que o uso de força por um Estado¹, que pode ser feito através de um ataque cibernético, implica no direito de autodefesa, de acordo com o artigo 51 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

2 CONFIGURAÇÃO DE ATAQUE CIBERNÉTICO

As definições de ataque cibernético variam, assim como a extensão das consequências que podem ser geradas por eles. De uma maneira ampla, são quaisquer atos tomados com o propósito de minar as funções de uma rede de computadores, corrompendo ou destruindo sistemas, informações ou programas contidos nesses sistemas (WAXMAN, 2015). Para alguns, a diferenciação entre um ataque cibernético de um crime cibernético reside no propósito político e/ou de segurança nacional (CROOTOF; HATHAWAY; LEVITZ, 2015).

A expressão *cyber attack* pode descrever diferentes tipos de atos, como programas de espionagem, ataques do tipo *denial-of-service* - que buscam inutilizar de maneira temporária ou permanente um recurso computacional, como um site -, uma *logic bomb* - um tipo

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. art. 2(4). 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

de ataque que permanece silente até encontrar certas condições para que atividades maliciosas sejam executadas -, ou ainda um cavalo de Tróia - tipo de *software* malicioso que cria uma porta para uma possível invasão, como o acesso não autorizado por uma terceira parte.

Recentemente, ameaças cibernéticas resultaram em propriedades intelectuais, pesquisas, planos militares, e informações privadas expostos. Como exemplo, tem-se o ataque promovido contra o governo e o sistema bancário da Estônia em 2007. Mais do que isso, o *worm* Stuxnet, que foi usado para atacar as centrífugas do programa nuclear iraniano, demonstrou o potencial de ataques críticos a infraestrutura, fazendo com que muitos países se preocupassem em desenvolver defesas cibernéticas e ao mesmo tempo investir em capacidades ofensivas.

Quando se trata de ataques cibernéticos, os Estados enfrentam ainda o problema da falta de regulamentação e de uniformidade nos conceitos, definições, e regras. Isso faz com que os Estados tenham que determinar suas próprias definições e políticas no assunto, que ainda é muito recente para aplicação de costumes internacionais.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

De acordo com James Crawford, é um princípio geral de direito internacional que uma violação de uma obrigação internacional acarreta a responsabilidade do Estado em questão. De maneira simples, o Estado responsável por um ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado que sofreu o dano uma reparação adequada (CRAWFORD, 2012, p. 539). Mazzuoli define responsabilidade internacional como “o instituto que visa a responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório ao Direito Internacional (ilícito) perpetrado contra outro Estado,

prevendo certa reparação a esta último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu” (MAZZUOLI, 2013, p. 184).

Para que haja a configuração da prática de ato internacionalmente ilícito de uma pessoa jurídica de direito internacional dois elementos são necessários, de acordo com o artigo 2 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito de 2001 - ARSIWA, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Estes elementos são a) atribuição ao Estado no âmbito do direito internacional e b) violação de uma obrigação internacional do Estado. Embora o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade não tenha caráter vinculante por si só, alguns de seus artigos são considerados direito costumeiro e já foram reconhecidos como tal pela Corte Internacional de Justiça².

No que se refere à atribuição ao Estado, de acordo com o artigo 4 da ARSIWA, considera-se ato de Estado o comportamento de todo órgão estatal no exercício de suas funções executivas, legislativas, jurisdicionais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição organizacional perante o governo central ou perante uma divisão territorial do Estado. Além disso, o ato de uma pessoa ou entidade que está notadamente autorizada a exercer funções típicas de autoridade pública, mesmo que não esteja enquadrada no artigo 4, deve ser atribuído ao Estado.

Há, entretanto, a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por atos particulares, desde que estes hajam atuado sob sua direção, controle, instrução ou instigação, de acordo

² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 385. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

com o artigo 8 da ARSIWA³. Nesse caso, interessante ressaltar que a responsabilidade do Estado verifica-se apenas na hipótese de restar manifestamente patente a ocorrência de um **vínculo real** entre a pessoa ou grupo que realiza o ato e o correspondente aparato estatal.

É justamente na análise desse vínculo entre Estados e atos de particulares que surge o problema da atribuição dos crimes cibernéticos.

4 VÍNCULO NECESSÁRIO ENTRE O ESTADO E ATOS DE PARTICULARES PARA QUE HAJA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR ATAQUES CIBERNÉTICOS

A identificação e distinção entre atos de órgãos estatais ou semelhantes, de individuais, e de individuais sob o controle e ordem estatal é de extrema dificuldade no campo cibernético. Até mesmo a identificação do Estado de origem pode ser mascarada, como no caso do ataque cibernético sofrido pela Estônia em 2007. Entretanto, a identificação não é impossível, e o desenvolvimento da tecnologia e da informática tende a tornar o processo de identificação mais fácil com o passar do tempo.

Identificada a origem do ataque, resta o verdadeiro problema, que reside na prova do envolvimento estatal a nível de responsabilidade quando este emanou de um particular dentro do Estado. O artigo 8 da ARSIWA estipula que a conduta de uma pessoa ou de um grupo de pessoas deve ser considerado um ato do Estado

³ Essa possibilidade de responsabilização internacional do Estado por atos de particulares também foi prevista especificamente para os casos de operações cibernéticas pelo Manual Talinn, elaborado em 2009 por um grupo de especialistas a convite da OTAN, com o objetivo de tentar estabelecer regras internacionais básicas para o meio cibernético. Apesar de não ter caráter vinculante, o Manual Talinn busca aplicar as regras de direito internacional já existentes para os casos envolvendo atividades cibernéticas, e no caso de responsabilização internacional, acompanhou as normas previstas na ARSIWA.

sobre o direito internacional se a pessoa ou grupo de pessoas está agindo sobre as instruções ou o direto controle do Estado ao executar a conduta.

Esse controle direto que o Estado deve obrigatoriamente ter com o responsável foi objeto de análise pela Corte Internacional de Justiça - CIJ, pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia - ICTY e pela doutrina.

4.1. O *effective control* da Corte Internacional de Justiça e o *overall control* do Tribunal Penal para a Antiga Iugoslávia

Ao de análise desse vínculo, a Corte Internacional de Justiça, no caso Nicarágua contra Estados Unidos, considerou que, para que houvesse responsabilização dos Estados Unidos por atos cometidos pelo grupo *contras* em suas operações militares e paramilitares, deveria restar provado que aquele tinha **controle efetivo** das operações:

United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself [...] for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. [...] [What has to be proven is that] that State had **effective control** of the military or paramilitary operation in the course of which the alleged violations were committed.⁴

⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Merits, I.C.J. Reports 1986, para. 115. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: Acesso em: 15 set. 2015.

*O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL
NOS CASOS DE ATAQUES CIBERNÉTICOS*

A CIJ considerou que, ainda que os Estados Unidos de fato exercessem papel preponderante através da organização, financiamento, treinamento, e equipamento do grupo *contras*, e até mesmo na seleção de possíveis alvos para as atividades militares e paramilitares do grupo e planejando operações, ainda assim não possuía o vínculo necessário entre a operação específica em questão para ser responsabilizado internacionalmente por ela.

No Caso relativo à aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio (Bósnia-Herzegovina *v.* Sérvia e Montenegro), a CIJ retornou ao assunto, esclarecendo que deve ser demonstrado que este controle efetivo foi exercitado, ou que instruções específicas a respeito de cada operação foram dadas pelo Estado, e não a respeito de um controle genérico do grupo que praticou as violações.⁵

Apesar da CIJ ter considerado nesse caso que as regras de atribuição de atos ilícitos internacionais a um Estado não variam de acordo com a natureza dos atos em questão na ausência de legislação especial expressa⁶, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia - ICTY, no caso *Dusko Tadic*⁷, considerou que o grau de controle pode variar de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso.

A ICTY adotou uma forma menos restritiva de atribuição da conduta, através do *overall control test* em oposição ao *effective control* da CIJ. Através do *overall control*, para que as ações sejam imputadas ao Estado é suficiente que este organize, coordene ou

⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina *v.* Serbia and Montenegro)**, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 400. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

⁶ *Ibidem*, para. 401.

⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor *v.* Tadić**, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, para. 117. Disponível em: <www.icty.org> Acesso em: 15 set. 2015.

planeje, juntamente com financiamento, treinamento, equipamento ou suporte operacional àquele grupo:

[...] has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group [...] **regardless of any specific instructions by the controlling State concerning the commission of each of those acts.**⁸ (grifo nosso)

4.2. Divergências doutrinárias

Alguns doutrinadores consideram que no caso de operações cibernéticas, a doutrina do *overall control* seria a mais adequada por facilitar a responsabilização. Na visão de James Shackelford, devido a natureza das atividades cibernéticas e da dificuldade técnica de identificação dos autores, a visão da ICTY de *overall control* deve ser usada nos casos de responsabilidade por ataques cibernéticos, em detrimento da utilizada pela CIJ (SHACKELFORD, 2009).

Nesse sentido, Peter Margulies considera que, devido a dificuldade de detectar ataques cibernéticos externamente, juntamente com a facilidade de controlar eles internamente, o vínculo a ser provado para que haja responsabilidade internacional deve ser substancialmente mais abrangente do que em outros contextos. Somente assim a soberania dos Estados poderia ser protegida de armas cibernéticas (MARGULIES, 2015). Ele ressalta que uma visão mais restritiva de responsabilidade incentivaria os agressores ao enviar a mensagem de impunidade. Ademais, a atual legislação encorajaria Estados potencialmente vítimas a se tornarem agressores usando veladamente a assistência de grupos privados.

⁸ *Ibidem*, para. 137.

Entretanto, compartilhamos o entendimento de Marco Roscini, ao afirmar que é exatamente pelo caráter problemático da identificação nas atividades cibernéticas que a doutrina de *effective control* da CIJ é a mais adequada (ROSCINI, 2010) dentre os testes de atribuição desenvolvidos até o momento. Dessa forma, evita-se que Estados sejam acusados levemente, especialmente nos casos em que o Estado vítima reivindica um direito de autodefesa, visto que inocentes poderiam ser atingidos.

Além disso, como notado por Derek Jinks, um teste mais abrangente de responsabilidade pode desencorajar Estados a financiar grupos que estejam tentando resistir a regimes tirânicos pelo medo de uso da força por estes regimes, o que teria impactos negativos na busca pela proteção dos Direitos Humanos (JINKS, 2003).

Ademais, a suposta facilidade de controle de tais ataques internamente não deve ser apontada como argumento, pois ocasionaria a aplicação errônea das normas de responsabilidade internacional. Na verdade, o campo cibernético é o lugar perfeito para atos dissimulados, ocultos e pontuais, o que dificulta a prevenção e punição interna.

O artigo 11 da ARSIWA assevera que uma conduta que não seja atribuível a um estado só será considerada um ato daquele na medida em que reconheça e adote a conduta em questão como sua própria. A ausência de atos do estado no sentido de controlar e punir o ataque não implica em atribuição do ato, na verdade, o estado será responsável por violar sua obrigação internacional de não permitir que seu território seja utilizado para atos atentatórios a direitos de outros estados⁹, e não pelo ato em si.

⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)**, ICJ Reports, 1949. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

Outro ponto importante esquecido por aqueles que propõe o uso do *overall control* nestes casos é de que a ICTY aplica essa doutrina somente em casos de grupos organizados e hierarquicamente estruturados, como uma unidade militar ou em caso de guerra ou conflito civil, bandos armados ou rebeldes¹⁰. Em casos de indivíduos praticando atos ilegais específicos em outros estados, ou no caso de grupos que não se encaixam na descrição anterior, a ICTY aplica a doutrina do *effective control*.

Apesar da contratação de criminosos cibernéticos já ter sido imputada a grupos altamente organizados, como é o caso do Hamas e do Hezbollah, essa não é a realidade dominante nos casos desse tipo de ataque, o que exclui a possibilidade de aplicação do *overall control* em inúmeros casos no campo cibernético.

Sendo assim, entendemos que o vínculo necessário que um Estado deve ter com um grupo ao qual o ataque cibernético foi atribuído, para que seja configurada responsabilidade internacional, deve ser o do *effective control*. O mero suporte ou financiamento ao grupo não é necessário para provar o envolvimento do Estado, que deve exercer controle efetivo sobre a ação específica objeto de responsabilização.

5. CONCLUSÃO

Na ausência de uma legislação específica que regule o campo das operações cibernéticas ou da criação de um teste destinado especificamente aos casos cibernéticos, as regras de atribuição de atos ilícitos internacionais a um Estado não devem ser flexibilizadas sob o pretexto de dificuldade de atribuição de ataques cibernéticos e de

¹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Tadić**, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, para. 120. Disponível em: <www.icty.org> Acesso em: 15 set. 2015.

*O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL
NOS CASOS DE ATAQUES CIBERNÉTICOS*

temor da impunidade, a ponto de atingir Estados inocentes, e trazer consequências danosas pro cenário das relações internacionais, sobretudo quando se leva em consideração o direito de autodefesa previsto no artigo 51 da Carta da ONU, e a possibilidade de um estado de guerra cibernético.

A observância das normas de direito internacional não pode pautar-se tão somente no medo de punição, seja nesse assunto ou em qualquer outro. A questão deve ser discutida com base na lógica da obediência voluntária dos países, ao buscar influenciar e incentivar determinadas condutas. Portanto, as normas relativas à responsabilização internacional por atos ilícitos não deverá ser relativizada de acordo com a matéria em questão, buscando tão somente aumentar o índice de punições.

Com a análise do artigo 8 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito de 2001 elaborado pela Comissão de Direito Internacional, e os posicionamentos da Corte Internacional de Justiça, conclui-se que, para que haja responsabilização internacional por um ataque cibernético, o vínculo necessário entre o Estado e um particular é o do **controle efetivo**, não sendo suficiente para configurar a responsabilidade o mero suporte ou financiamento do grupo.

REFERÊNCIAS

CRAWFORD, James. *Browlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 539-563.

_____ . *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*: introduction, text and commentaries. New York: Cambridge University Press, 2003.

CROOTOF, Rebecca; HATHAWAY, Oona A.; LEVITZ, Philip; et al. The law of cyber attack. **Faculty Scholarship Series**. Paper 3852. 2012. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3852> Acesso em: 15 set. 2015.

GRAHAM, D. Cyber threats and the law of war. **Journal of National Security Law and Policy**, 4, 87, 2010. Disponível em: <http://jnslp.com/wp-content/uploads/2010/08/07_Graham.pdf> Acesso em: 22 mai. 2016.

HUNKER, J.; HUTCHINSON, B.; MARGULIES, J. Role and Challenges for Sufficient Cyber-Attribution. Disponível em: <<http://www.scis.nova.edu/~cannady/ARES/hunker.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Merits, I.C.J. Reports 1986, para. 115. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 400-401. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)**, ICJ Reports, 1949. Disponível em: <www.icj-cij.org> Acesso em: 15 set. 2015.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Tadić**, Case No. IT-94-1-A, Appeals

O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NOS CASOS DE ATAQUES CIBERNÉTICOS

Chamber, Judgment, 15 July 1999, para. 117-137. Disponível em: <www.icty.org> Acesso em: 15 set. 2015.

JINKS, Derek. State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups. **Chicago Journal of International Law** 83, 2003. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol4/iss1/8>> Acesso em: 15 set. 2015.

MARGULIES, Peter. Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility. **Melbourne Journal of International Law**, 14, jan. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2557517>> Acesso em: 15 set. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.184

NIELSEN, Elizabeth. State Responsibility for Terrorist Groups. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy**, 17.1, 2010. Disponível em: <<http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-17-1/151-191.pdf>> Acesso em: 15 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Yearbook of the International Law Commission 2001**. Vol. II, p. 33. 2005. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Acesso em: 15 set. 2015.

REED, Chris. **Making Laws for cyber space**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSCINI, Marco. World Wide Warfare - 'Jus Ad Bellum' and the Use of Cyber Force. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, 14,

jun. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1683370>>
Acesso em: 15 set. 2015.

SCHMMIT, Michael N. International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed. **Harvard International Law Journal**, 54, 13, 2012. Disponível em:
<http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/12/HILJ-Online_54_Schmitt.pdf> Acesso em: 22 mai. 2016.

_____. **Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**. New York: Cambridge University Press, 2013.

SCHMMIT, Michael N; VIHUL, Liis. Proxy Wars in Cyber Space: The Evolving International Law of Attribution. **Fletcher Security Review**, 2, 55, 2014. Disponível em:
<https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/c28a64_2fdf4e7945e9455cb8f8548c9d328ebe.pdf> Acesso em: 22 mai. 2016.

SHACKELFORD, S.J. State Responsibility for cyber attacks: Compending Standards for a growing problem, **Goetown Journal of International Law**, 42, 2011. Disponível em:
<<https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Shackelford%20-%20State%20Responsibility%20for%20Cyber%20Attacks%20Competing%20Standards%20for%20a%20Growing%20Problem.pdf>>
Acesso em: 15 set. 2015.

_____. “From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law”, **Berkeley Journal of International Law** 27, 2009. p. 191-251 Disponível em:
<<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol27/iss1/7>> Acesso em: 15 set. 2015.

WAXMAN, Matthew C. Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4) **Yale Journal of International Law**, Vol.

*O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL
NOS CASOS DE ATAQUES CIBERNÉTICOS*

36, mar. 2011. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674565>

Acesso em: 15 set. 2015.

Recebido em 22 de maio de 2016
Aprovado em 16 de agosto de 2016

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL: A EFETIVIDADE DO ACORDO INTERINSTITUCIONAL PARA A PREVENÇÃO E A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit-, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird (NEUHAUS, Paul Heinrich)¹.

*Joseane Suzart Lopes da Silva**

RESUMO: Trata-se de artigo científico que trata do problema atinente à posição vulnerável do turista estrangeiro no mundo e a necessária proteção dos seus interesses e direitos, versando sobre a iniciativa dos países que integram o Mercado Comum do Sul (Mercosul) de firmarem um Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados partes para a Defesa do Turista Visitante. No primeiro tópico do artigo, discorre-se acerca da relevância do turismo internacional, apresentando-se o seu conceito e características, transpondo-se, em seguida, a abordagem para a importância da proteção do consumidor no Direito Privado Internacional. O derradeiro tópico destina-se a versar acerca do panorama normativo atual do consumidor turista estrangeiro no Mercosul, concluindo-se que se denota premente a efetividade do referido Acordo Interinstitucional. Foram utilizados os métodos hipotético-dedutivo, dialético e hermenêutico, bem como a

¹ “A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado perde seu sentido - assim como a liberdade contratual em direito material - se passa a ser instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes”. NEUHAUS, Paul Heinrich. *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 2.A. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 172.

* Promotora de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora Adjunta de Direito das Relações de Consumo da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Doutora e Mestre em Direito pela UFBA. Professora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

pesquisa exploratória bibliográfica e a técnica da observação indireta de obras e artigos científicos.

Palavras-chave: turista estrangeiro, proteção consumidor, mercosul, efetividade.

ABSTRACT: This scientific article deals with the problem related to the vulnerable position of foreign tourist problem in the world and the necessary protection of their interests and rights, dealing with the initiative of the countries of the Southern Common Market (MERCOSUR) to enter into an interinstitutional agreement of understanding between the Consumer Protection Institution of States for the Defence of Tourist Guest. On the first topic of the article, talks-about the relevance of international tourism, presenting its concept and characteristics, are transposing it, then the approach to the importance of consumer protection in international private law. The last topic is intended to traverse about the current legislative panorama consumer foreign tourist in Mercosur, concluding that pressing denotes the effectiveness of the Interinstitutional Agreement. It were used the hypothetical-deductive methods, dialectic and hermeneutic, as well as bibliographic exploratory research and the technique of indirect observation of works and scientific articles.

Keywords: foreign tourist, consumer protection, Mercosur, effectiveness.

SUMÁRIO Introdução; 1. A relevância do turismo internacional: aspectos gerais; 2. O direito internacional privado e a proteção do consumidor turista no mercosul; 2.1. A importância da proteção do consumidor turista; 2.2. O panorama normativo atual do consumidor turista

estrangeiro no Mercosul; Considerações finais;
Referências.

INTRODUÇÃO

O turismo tem-se intensificado constantemente por todo o mundo possibilitando que indivíduos das diversas partes do planeta possam deslocar-se para lugares distintos, a fim de conhecê-los, de usufruir das várias opções de lazer e de entretenimento ou com o fito de concretizar outros intentos. As atividades turísticas internacionais denotam-se múltiplas e variadas e têm suscitado o interesse e a atenção de milhares de sujeitos que almejam dirigir-se para outros países em busca do conhecimento de outras culturas e do contato com elementos históricos, socioeconômicos, culturais, ou seja, multifacetários, que viabilizem o alcance dos objetivos pretendidos.

Em 2014, segundo o Relatório Anual da Organização Mundial de Turismo (UNWTO)², 1,1 bilhão de turistas realizaram viagens internacionais, verificando-se um aumento do percentual de 4,4% em face do ano de 2013, acrescendo-se 48 milhões de pessoas neste âmbito, gerando também profícuos resultados para a economia dos países visitados³. No mencionado documento, a previsão para a 2015 seria de uma ampliação de 3% a 4%, contribuindo para a reanimação da economia global e para a incrementação dos países emergentes, em conformidade com a *World Economic Situation and Prospects* (WESP) e com a *United Nations Development Policy and Analysis Division* (UNDESA).

² O Relatório refere ao ano de 2015 ainda não se encontra divulgado no site da Organização Mundial de Turismo, mas existiam previsões sobre o incremento desta atividade. Disponível em: <<http://media.unwto.org/en/press-release>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. *Turismo internacional: uma perspectiva global*. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2003, p. 30.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

Não obstante os destinos geográficos sejam distintos e variados, existem conflitos similares que frequentemente atingem os consumidores, envolvendo agências de turismo, transportes, estabelecimentos hoteleiros e outros fornecedores. A qualidade dos produtos e dos serviços ofertados pode vir a ser estigmatizada, caracterizando-se o descumprimento do quanto ofertado, bem como outras irregularidades são passíveis de afetar os interesses e os direitos dos consumidores. O turismo internacional vem-se expandindo nas últimas décadas e, *pari passu*, os problemas de natureza consumerista também vão emergindo, ficando o visitante estrangeiro à mercê das normas previstas nos ordenamentos jurídicos de cada um dos países visitados, sendo que nem sempre são conhecidas pelos que passam por determinadas agruras nas viagens concretizadas.

Vislumbra-se que os países do mundo estão preocupados com o desenvolvimento do turismo, compondo, atualmente, a UNWTO aproximadamente 155 (cento e cinquenta). Contudo, cada bloco econômico possui regras específicas sobre a temática envolvendo o turismo, como se observa com o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Destina-se o presente artigo a tratar da análise da necessária efetividade do Acordo firmado entre países que integram o mencionado Mercado para o atendimento do consumidor turista estrangeiro.

Objetiva-se, inicialmente, apresentar noções basilares acerca do conceito e das características do consumidor turista, transpondo-se a abordagem para as regras protetivas existentes no âmbito do Mercosul. A redação do artigo encontra-se baseada nos métodos hipotético-dedutivo, dialético e argumentativo, adotando-se a linha de pesquisa crítico-metodológica e as vertentes jurídico-teórica, prospectiva e projetiva. Ademais, manejou-se a pesquisa exploratória de cunho bibliográfico e documental, perpassando pelo Direito Internacional Privado e pelo Direito das Relações de Consumo,

utilizando-se a técnica da observação indireta através da análise de artigos científicos e de obras sobre o assunto.

1 A RELEVÂNCIA DO TURISMO INTERNACIONAL: ASPECTOS GERAIS

Diante da inquestionável importância do turismo para o mundo, em 1925, foi realizado o Congresso Internacional de Associações Oficiais de Tráfego Turístico em Haia, na Holanda. Finalizado o segundo grande conflito de porte mundial, foi instituída a União Internacional de Organizações Oficiais de Viagens (UIOOT) na condição de entidade internacional não governamental que congregava representantes governamentais e associações privadas de turismo, fixando-se em Genebra. A relevância das atividades turísticas conduziu a Assembleia Geral das Nações Unidas a, em 1974⁴, transformá-la em um órgão intergovernamental, tornando-se, já em 2003, uma agência especializada, passando a denominar-se Organização Mundial do Turismo (UNWTO)⁵.

Atualmente, a UNWTO encontra-se sediada em Madrid, Espanha, e, além de ser composta por vários países, como visto acima, possui mais de 400 membros afiliados que representam o setor privado, instituições educacionais, associações e autoridades locais de turismo⁶. O principal objetivo da Organização é promover e desenvolver o turismo visando contribuir para a expansão econômica, a compreensão internacional, a paz, a prosperidade, bem como para o

⁴ Na terceira Conferência da UNWTO, realizada em 1979, em Torremolinos, Espanha, foi estabelecido que 27 de setembro seria considerado o dia internacional do turismo. Disponível em: < <http://media.unwto.org/en/press-release>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

⁵ O reconhecimento da Organização Mundial de Turismo como agência especializada deu-se por meio da Resolução AGNU 58/232. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc08/BGTourismStats>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

⁶ Conferir informações no site da UNWTO.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

respeito universal e a observância dos direitos e liberdades humanas fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião⁷. De acordo com o item 2 do art. 3º do Estatuto da Entidade, para o alcance deste objetivo, deverá prestar “especial atenção aos interesses dos países em vias de desenvolvimento no domínio do turismo”⁸.

O incentivo à educação sobre o turismo e a capacitação técnica dos agentes envolvidos com a seara são notáveis aspectos observados dentre os objetivos da Organização, reforçados na Declaração de Manila sobre Turismo Internacional de 1980, adotada durante a 6ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da UNWTO, concretizada em Sofia, Bulgária. A Carta de Direitos do Turismo e Código do Turista e a Declaração de Haia sobre Turismo, datadas, respectivamente, de 1985 e 1989, são relevantes documentos que corroboram os propósitos da Organização. O Código de Ética Mundial para o Turismo, assinado durante a Assembleia Geral, realizada em 01 de outubro de 1999, em Santiago, Chile⁹, terminou por confirmar o intuito da Organização de zelar para que as atividades e serviços turísticos sejam executados com responsabilidade e probidade, não beneficiando arbitrariamente e unilateralmente uma das partes e causando desequilíbrios infundados para a outra.

⁷ O cumprimento do objetivo geral da Organização Mundial de Turismo e das demais finalidades específicas suscita uma estrutura satisfatória, razão pela qual o art. 8, do Estatuto, no item 1, prevê que será composta pelos seguintes órgãos: Assembleia Geral; Conselho Executivo; e Secretariado⁷, cujas funções estão também explicitadas neste mesmo documento. Existem ainda as Comissões Regionais e os Comitês que, respectivamente, tratam de questões que emergem em dado país ou conjunto de nações acerca de temas específicos que requerem estudos mais aprofundados e discussões produtivas. Todos os órgãos atuam de modo harmônico tendo como foco a produção de conhecimento sobre o mercado de turismo e a promoção de políticas e instrumentos de apoio ao turismo. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

⁸ *Ibidem*, *idem*. Constituem línguas oficiais da Organização o francês, o inglês, o espanhol e o russo.

⁹ O Código de Ética Mundial para o Turismo foi aprovado por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovada em 21.12.2001.

Todos aqueles documentos convergem para a concretização da meta de maximização da contribuição socioeconômica do turismo e da minimização de possíveis impactos negativos para o setor¹⁰. Como se nota, a UNWTO exerce um importante papel para que o turismo continue sendo inovado e impulsionado, garantindo-se aos países participantes apoio e assistência técnica, colaborando, ainda que de forma indireta, para que os consumidores fiquem satisfeitos e tenham os seus objetivos alcançados¹¹. No entanto, conforme será exposto em tópico específico, a Organização ainda não trilhou o caminho para incentivar a criação de um sistema de cooperação internacional para a prevenção e resolução de conflitos entre turistas estrangeiros e países visitados.

Inadmissível discorrer sobre as agruras enfrentadas pelo consumidor turista em âmbito estrangeiro sem expor em que consiste o termo “turismo” que muitos desconhecem, até mesmo operadores da área jurídica que não militam no campo em análise. A Organização Mundial do Turismo (UNWTO) define o turista como um sujeito que sai do local da residência habitual para outro, onde permanece por período temporal que seja superior a 24 (vinte e quatro) horas, para o exercício de atividades diversas¹². Observa-se a importância de dois

¹⁰ Consultar o Código de Ética Global para o Turismo. Disponível em: <<http://ethics.unwto.org/en/content/global-code-ethics-tourism>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

¹¹ Sobre a proteção internacional do turista, podem ser examinadas as seguintes obras: Facal, Julio (org.). *Derecho del turismo*. Montevideo: FCU, 2006. ACEREZA, Miguel Ángel. *Promoção turística: um enfoque metológico*. Trad. Ângela M.M. do Espírito Santo et al. São Paulo: Pioneira, 1991. URRY, John. *O olhar do turista: lazer e viagens nas sociedades contemporâneas*. Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Studio Nobel/Sesx, 1996. TABARES, Fábio Cárdenas. *Producto turístico: aplicación de la estadística y del muestreo para su diseño*. 2. ed. México: Trillas, 1986.

¹² “A visitor is a traveller taking a trip to a main destination outside his/her usual environment, for less than a year, for any main purpose (business, leisure or other personal purpose) other than to be employed by a resident entity in the country or place visited (IRTS 2008, 2.9). A visitor (domestic, inbound or outbound) is classified as a tourist (or overnight visitor), if his/her trip includes an overnight stay, or as a same-day visitor (or excursionist) otherwise (IRTS 2008,

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

fatores para a identificação do turista, sendo um de natureza geográfica e o outro temporal, visto que somente poderá incorporar esta qualificação quem se movimenta para além do país de onde se origina e por uma quantidade de horas que supere um dia.

O turismo é um fenômeno social, cultural e econômico, segundo a UNWTO, que possibilita o trânsito de pessoas no âmbito interno do país onde residam ou para outros lugares, denominando-se, na primeira hipótese, turismo doméstico e, na segunda situação, turismo internacional¹³. O deslocamento do turista pode se dar em decorrência de vários aspectos, vinculando-se às atividades profissionais ou pessoais, pouco importando para a sua caracterização e proteção. Será turista tanto aquele que se movimenta do seu ambiente cotidiano para a realização de negócios, ou o cumprimento de tarefas profissionais ou funcionais, quanto o que esteja perseguindo um objetivo pessoal, voltado para o entretenimento ou lazer. Pode também ser turista o indivíduo que esteja desenvolvendo atividades de cunho educacional¹⁴, religioso, cultural ou familiar. No século XXI, vislumbra-se uma modificação de natureza cultural no turismo, que,

2.13)”. Disponível em: <<http://ethics.unwto.org/en/content/global-code-ethics-tourism>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

¹³ Tratam do tema: BENI, Mário Carlos. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: Senac, 1998. LAGE, Beatriz Helena Gelas; MILONE, Paulo César (Org.). *Turismo: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2000. MAMEDE, Gladston. *Direito do Consumidor no Turismo*. Código de Defesa do Consumidor Aplicado aos Contratos, aos Serviços e ao Marketing do Turismo. São Paulo: Atlas, 2004

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta Brasileira de Convenção sobre Cooperação em respeito da Proteção dos Turistas e Visitantes Estrangeiros na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: por uma Rede de Cooperação Global para proteger turistas estrangeiros. Disponível em: <<http://asadip.files.wordpress.com>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

antes apresenta-se mais vinculado às atividades tradicionais, passando a incluir congressos, profissionais ou de formação religiosa¹⁵.

A caracterização da figura do turista depende do tipo de visto por ele recebido, podendo ser apenas de visitante, de estudante ou para a realização de atividades negociais, pois, na sua estadia ou viagem, aduz Cláudia Lima Marques, será “sempre e também um consumidor”¹⁶. Quando o turista se desloca do seu nicho habitual para outro local, dentro do próprio país onde reside ou para outro local que ultrapassa as suas fronteiras, assume o papel de consumidor, eis que terá que acessar produtos e/ou serviços que, em regra, não lhes são disponibilizados gratuitamente, mas, sim, de modo remunerado.

Nos tempos hodiernos, os avanços na comunicação virtual, a popularização dos meios de transporte, principalmente, os aéreos e marítimos, e a integração econômica têm possibilitado que milhares de pessoas se utilizem do turismo internacional, por isso Zygmunt Baumann, desde a década de 90, preconizava que, no futuro, os problemas englobando tais consumidores aumentariam e que a revisitação da proteção jurídica seria inevitável¹⁷. O desejo e a admiração pelos produtos e serviços estrangeiros estão constantemente ampliando devido aos efeitos da globalização visivelmente perceptíveis através da oferta destes bens nos meios de comunicação de massa e, principalmente, na internet¹⁸. Ora, os preços dos itens importados são bem mais elevados e os interessados,

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta Brasileira de Convenção sobre Cooperação em respeito da Proteção dos Turistas e Visitantes Estrangeiros na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: por uma Rede de Cooperação Global para proteger turistas estrangeiros. Disponível em: <<http://asadip.files.wordpress.com>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁶ Ibidem, idem.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 85 et seq.

¹⁸ FEATHERSTONE, Mike, *Cultura de Consumo e Pósmodernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995, p. 31.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

côncios de que poderão adquiri-los com valores bem menos vultosos nos países estrangeiros, valorizam e preferem as viagens internacionais, embora já seja possível e seguro comprá-los pela internet¹⁹.

O turista estrangeiro é denominado por Erik Jayme e Christian Kohler como um “consumidor-ativo”, uma vez que se desloca de país para outro a fim de realizar atividades que podem ter finalidades variadas, enquanto o “consumidor-passivo” é aquele que, sem sair das fronteiras nacionais, obtêm informações sobre um produto ou serviço estrangeiro e consegue contratá-lo sem qualquer movimentação geográfica internacional²⁰. Em face das facilidades nas comunicações, hoje, não se faz mais necessário viajar para outro país, para se ter acesso aos bens estrangeiros desejados, mas, ainda assim, o turismo internacional progride e avança avassaladoramente, pois, além de querer o bem de consumo estrangeiro, muitos sujeitos pretendem gozar as delícias e prazeres do deslocamento.

Importante também destacar que, anteriormente, o turismo internacional concentrava-se mais na Europa e na América do Norte, mas, nos tempos hodiernos, quase 50% das viagens estrangeiras destinam-se aos países em vias de desenvolvimento, que ainda não

¹⁹ Afirma Marques que “Consumir de forma internacional é típico de nossa época. O serviço ou produto estrangeiro é *status*, é bem simbólico na atual cultura de consumo”. MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, p. 50 et seq, 2000.

²⁰ JAYME, Erik; KOHLER, Christian. *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, in IPRACT 1999, p. 404. Examinar também: JAYME, Erik. Jayme. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des cours* 251, Kluwer: The Hague, 1995, p. 60. JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 94.

possuem uma estrutura organizacional satisfatória para atendê-los com presteza e eficiência²¹. Nessa senda, diversos problemas surgem em decorrência da precariedade e deficiência na recepção do consumidor estrangeiro nestes países – o que denota a necessidade e a imperiosidade de que aperfeiçoem a sistemática adotada no campo do turismo.

Com o evoluir histórico, o turismo internacional modificou a sua feição para abarcar pessoas que integram classes sociais menos abastadas, não mais ficando adstrito às castas elitizadas. Outra alteração no comportamento de muitos turistas é a não contratação de agências ou organizadores de viagens e a busca direta de informações sobre o seu destino por meio da internet, realizando negócios jurídicos sem a intermediação de terceiros²². O aumento da quantidade de pessoas que se deslocam do seu país de origem para diversos outros constitui um novo tônus do turismo estrangeiro e pressupõe consequentemente uma estrutura normativa condizente com a realidade atual.

O progresso tecnológico, assevera Klaus Tonner, tem sido visto no campo do turismo, possibilitando que os consumidores se utilizem de diversas informações extraídas do sistema informatizado, podendo realizar reservas e contratações à distância²³. Os contratos de turismo estão mais completos e interessantes, existindo redes globais de empresas e pacotes de viagens, novos acordos comerciais para “code sharing”, dentre outras inovações²⁴. No entanto, conquanto se note um avanço nos instrumentos de acesso ao turismo estrangeiro, não se contempla, *ipso facto*, a existência de uma rede global de

²¹ Cf. sítio eletrônico da WNWTO.

²² *Ibidem*, *idem*.

²³ TONNER, Klaus. Tourism and consumer protection in the European Union. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Ajuris, t. 2, p. 809-822, 1998. Edição especial.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788/2001, p. 11 – 56, jun. 2001.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

cooperação internacional em prol do consumidor²⁵, tornando-se de substancial deferência o estudo da proteção do consumidor no espectro do Direito Internacional Privado²⁶. Justifica-se, assim, a destinação de um tópico específico para um breve tratamento deste ramo jurídico, adentrando-se, após, na análise do quadro atual da proteção do consumidor turista no plano internacional²⁷.

2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA NO MERCOSUL

A regulação jurídica das relações internacionais de ordem privada constitui o objeto científico do Direito Internacional Privado (DIPr.), consistindo em um conjunto de normas, doutrina e produção jurisprudencial destinadas à identificação da lei que será aplicável aos conflitos entre particulares que estão situados em países distintos²⁸.

²⁵ Acerca do assunto, examinar: SOARES, Ardyllis Alves. A Tutela Internacional do Consumidor Turista. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82, 2012, p. 113-174. ATHENIENSE, Luciana. Turismo de aventura: risco com responsabilidade. In: BADARÓ, Rui Aurélio Lacerda; CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio (Orgs.). *O direito do turismo: perspectivas para o século XXI*. Piracicaba: IBCDTur, 2006.

²⁶ Sobre o tema, consultar: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. Consumer law and its international dimension. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Elgar, 2010.

²⁷ MARQUES, Claudia Lima. Consumer Protection in Private International Law Rules: the need for an Interamerican Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions, In: BOURGOIGNIE, Thierry (Dir.). *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*. Québec: Blais, 2006, p. 145 et seq.

²⁸ Na doutrina brasileira, examinar os clássicos: FULGÊNCIO, Tito. *Synthesis de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937; BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Histórica, 1988; OCTAVIO, Rodrigo. *Direito Internacional Privado-Parte Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

Não trata o DIPr. de questões entre países ou organismos internacionais, voltando-se para casos entre particulares que ultrapassam as fronteiras nacionais e exigem uma solução coerente e eficaz, como lecionam Gerhard Kegel²⁹, Jan Kropholler³⁰ e Christian von Bar³¹. Constitui um ramo jurídico de inquebrantável relevância que, com o surgimento e o desenvolvimento da proteção jurídica do consumidor em terras alienígenas, precisa ser revisitado sob um viés pós-moderno.

Após examinar de forma aprofundada o Direito Internacional Privado, o professor Dr. Erik Jayme, de Heidelberg, desenvolve uma teoria pós-moderna considerando-o um instrumento propulsor para que as relações jurídicas entre particulares sejam arregimentadas pela harmonia e paz, reequilibrando-as e concatenando as “forças contraditórias sociais e econômicas” da atualidade³². Pondera o doutrinador que a pós-modernidade tem sido marcada por um individualismo claudicante, o predomínio de certas identidades culturais exacerbadas, dentre outros aspectos que estão exasperando-se com a regionalização econômica, *locus* supranacionais de integração e por intercâmbio comercial globalizado³³. Dessa forma, o consumidor encontra-se lançado em um mundo onde produtos e serviços estrangeiros estão ao seu alcance através dos meios informatizados e as viagens internacionais avolumam-se em escala antes não vista.

²⁹ KEGEL, Gerhard. *Internationales Privatrecht*. 6. Aufl., Beck: Munique, 1987.

³⁰ KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. J. C. B. Mohr: Tübingen, 1990.

³¹ von BAR, Christian. *Internationales Privatrecht*-vol.II, BT, Beck: Munique, 1991.

³² Jayme, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS. Edição em Homenagem à Entrega do Título de Doutor Honoris Causa/UFRGS ao Jurista Erik Jayme*. vol. I. n. 1, mar. 2003. p. 61.

³³ *Ibidem*, *idem*.

2.1 A importância da proteção do consumidor turista

A maximização da presença do consumidor turista internacional exige que o Direito Internacional Privado se submeta ao que Erik Jayme denomina de *revival* dos direitos humanos³⁴, atualizando as suas bases para a sua efetiva proteção, assegurando-lhe instrumentos que possam prevenir e solucionar litígios transfronteiriços. Como afirma Cláudia Lima Marques, o direito do consumidor “é direito humano de nova geração” e merece um arcabouço protetivo no campo internacional e o DIPr. “seria então mais um instrumento de proteção dos mais fracos e de realização da Justiça nestas sociedades internacionalizadas, integradas ou globalizadas atuais”³⁵. De fato, não pode o DIPr. continuar como outrora tendo como foco precípua a resolução de questões entre pessoas físicas ou empresas pertencentes a países distintos, sob a ótica comercial ou empresarial, sendo conclamado a decifrar e pacificar problemas outros variados entre consumidores e agentes internacionais.

A previsão de normas de Direito Internacional Privado que possibilitem uma efetiva proteção para o turista estrangeiro fundamenta-se em fatores variados, destacando-se, no entanto, 05 (cinco) principais que resultam, segundo Cláudia Lima Marques, da

³⁴ Ibidem, idem. Cf. também: NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado: implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros. *RDC* 73/207-223. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “General Report”. In. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Ed.). *Consumer Protection in International Private Relationships*. Assunção: CEDEP, 2010, p. 659.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788/2001, | p. 11 – 56, jun. 2001.

“especificidade do consumo internacional”³⁶ em comparação com as relações de natureza comercial. O primeiro fator corresponde ao fato de que, nas relações consumeristas internacionais, tem-se a presença de um leigo não profissional, enquanto nos negócios jurídicos entre comerciantes, a paridade entre os contratantes é facilmente perceptível. Desse modo, as barreiras linguísticas e culturais jungidas às deficiências informacionais e aos vícios que podem acometer produtos e serviços intensificam-se com a fragilidade do turista, por isso Kropholler defende que a estrutura normativa internacional privada não pode ser “lacunosa e insegura para os contratantes mais fracos”³⁷.

Como segunda peculiaridade do consumo internacional, aponta-se a massificação contratual, citando Cláudia Lima Marques, “o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc.”³⁸. A elaboração unilateral de contratos padronizados ou de condições gerais pelas empresas estrangeiras, como é o caso, facilita e incentiva a inserção de disposições leoninas e, quando se tratam de instrumentos estrangeiros, muitos consumidores nem mesmo conseguem identificá-las previamente por causa de dificuldades linguísticas. A fragilidade do consumidor perante o contrato de adesão é ainda mais notável quando se trata do turista estrangeiro³⁹.

O terceiro fator que serve de esteio para a demonstração que o DIPr. deve preocupar-se com os consumidores turistas diz respeito ao fato de que os negócios jurídicos estabelecidos entre aqueles e os fornecedores estrangeiros são caracterizados pela “descontinuidade”,

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788/2001, | p. 11 – 56, jun. 2001.

³⁷ KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. J. C. B. Mohr: Tübingen, 1990, p. 635.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima., op. cit.

³⁹ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

pois, quando retornam a sua terra pátria não os mantêm por espaço de tempo duradouro, como acontece com os contratos internacionais que, normalmente, se repetem em busca de certa duração⁴⁰. Ao tratar do tema, Cláudia Lima Marques argumenta que as regras sobre o comércio internacional, em geral, estão edificadas sobre “a base da confiança e da continuidade, do crescer de relações: aquele que compra internacionalmente, voltará a comprar se a ‘execução’ for adequada”⁴¹.

Na condição de quarta especificidade do contrato internacional de consumo, observa-se a presença de exíguos valores se comparados com os vínculos jurídicos comerciais, causando dificuldades para o acesso dos interessados ao aparato jurisdicional⁴². Em decorrência do valor pequeno, muitos turistas não exercem os seus direitos como consumidores, para evitar despesas judiciais elevadas, fazendo com que “a lide fique reprimida”⁴³, conduzindo-os a se manterem silentes ou a se limitarem a uma tentativa de resolução do problema apenas em sede administrativa. Aduz Toniollo que muitos turistas desistem de ingressar com demandas judiciais quando retornam ao seu país de origem exatamente em virtude das dificuldades para contatar os fornecedores estrangeiros e por causa das custos altos que terão que arcar⁴⁴.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 45.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788/2001, | p. 11 – 56, jun. 2001.

⁴² *Ibidem*, *idem*. Cf. ainda: GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995, p. 25.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima., op. cit.

⁴⁴ TONIOLLO, Javier Alberto. *La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino*. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, año II, n. 6, p. 94-117, dic. 1998.

Outra especificidade do consumo internacional, que seria um quinto fator, é a dificuldade de refazimento do serviço ou do produto contratado, caso seja considerado inadequado pelo consumidor⁴⁵. Nas hipóteses de contratação no campo do turismo, é muito difícil refazer aquilo que já se passou, posto que exigiria não somente que o fornecedor se dispusesse a esta tarefa, ou mesmo que viesse a ser compelido a tal mister, dependendo ainda da disponibilidade de tempo por parte do consumidor e de outros aspectos conjunturais de cunho mais complexo. Nos contratos internacionais de consumo, a inexecução ou a execução que frustra as expectativas do sujeito interessado dificilmente enseja uma nova edição da atividade, engendrando danos materiais e morais. A prevenção de litígios envolvendo o turismo internacional seria melhor opção do que ter que enfrentá-los, dando-se ao consumidor uma resposta meramente econômica⁴⁶.

A proteção ao consumidor tem evoluído nos diversos países do mundo dentro dos domínios nacionais de cada um destes, havendo o que Erik Jayme denomina de “fragmentação” na tutela deste sujeito frágil⁴⁷, tornando-se insatisfatória e lacunosa quando presente em território estrangeiro, como acontece com o turista. As regras do Direito Internacional Privado aplicáveis aos contratos comerciais não são adequadas para resguardar os interesses e os direitos dos turistas, eis que são baseadas em uma “flexibilização” lastreada no reconhecido equilíbrio entre as partes que ocupam posição igualitária. A autonomia da vontade dos contratantes permite que selecionem a lei

⁴⁵ Ardyllis Alves Soares aponta que, normalmente, o consumidor turista não atenta para maiores detalhes nas compras internacionais. SOARES, Ardyllis Alves. A Tutela Internacional do Consumidor Turista. *RDC* 82, 2012, p. 124.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 34.

⁴⁷ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Postmoderne: Cours Général de Droit International Privé. *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. II. vol. 251. p. 167-200. Kluwer Law International: Hague, 1995.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

que regerá o negócio jurídico entabulado e o local da sua conclusão que, em regra, será o país do ofertante⁴⁸.

Dúvidas não pairam acerca da imprescindibilidade de serem elaboradas normas de Direito Internacional Privado para o fomento específico dos direitos dos consumidores leigos ou não profissionais diante da impossibilidade exitosa de aplicação das conexões que regulam o comércio internacional. Assim, pondera lucidamente Kropholler⁴⁹ e defende que o DIPr. terá que evoluir para um conjunto normativo impregnado de valores sociais a fim de que a parte mais fraca possa ser melhor protegida. Seguindo esse pensamento, Cláudia Lima Marques assevera que os consumidores turistas internacionais não devem ser discriminados e que a implantação de uma cooperação global entre os órgãos administrativos e judiciários faz-se necessária para lhes garantir assistência informacional, jurídica e técnica, bem como o acesso à justiça⁵⁰. Entretanto, como será exposto nos próximos tópicos deste artigo, um caminho longo há que ser percorrido para que se seja possível um novel conjunto normativo internacional privado que priorize não somente a *lex mercatoria*, mas também que valorize o consumidor e o enxergue como um ser vulnerável que merece respeito e consideração, mormente, quando fora do seu país de origem.

⁴⁸ NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado: implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 73. p. 207-223, jan.-mar.2010.

⁴⁹ KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. J. C. B. Mohr: Tübingen, 1990, p. 648.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta Brasileira de Convenção sobre Cooperação em respeito da Proteção dos Turistas e Visitantes Estrangeiros na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: por uma Rede de Cooperação Global para proteger turistas estrangeiros. Disponível em: <<http://asadip.files.wordpress.com>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

2.2 O panorama normativo atual do consumidor turista no Mercosul

O segundo grande conflito de porte mundial deixou vestígios por todas as partes do planeta e os países sulamericanos, na década de 60, seguindo os passos das organizações internacionais já existentes, deliberaram pela instituição da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Na década de 80, esse organismo foi sucedido pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) e, em 1991, com o Tratado de Assunção⁵¹, foi instituído o Mercado Comum do Sul, atualmente, composto por Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, objetivando criar uma aliança comercial para a dinamização da economia regional e movimentação de capitais e pessoas⁵².

A criação de uma zona de comércio comum entre os países que integram o Mercosul contribuiu para que as pessoas se interessassem mais por visitá-los e conhecê-los. Outra consequência foi a disseminação de produtos e serviços entre os integrantes do bloco econômico, impulsionando os contratos comerciais e consumeristas⁵³. Em contrapartida, problemas entre fornecedores de um país e consumidores de outros que integram o Mercosul tornaram-se frequentes, movendo o Grupo do

⁵¹ Para o desenvolvimento das suas atividades, o Mercosul dispõe do Conselho do Mercado Comum (CMC), do Grupo Mercado Comum (GMC), do Fórum Consultivo Econômico e Social (FCES) e da Secretaria do Mercosul (SM)⁵¹. As Comissões de Comércio (CCM) e a Parlamentar Conjunta são também órgãos que compoem, além do Tribunal Permanente de Revisão, criado pelo Protocolo de Olivos em fevereiro de 2002, com sede em Assunção, Paraguai, visando minorar a insegurança jurídica e fortalecer o bloco econômico. ARRIGHI, Jean Michel. La Protección de los Consumidores y el Mercosur. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 2, p. 126 et seq. 1992.

⁵² Sobre o tema, examinar: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1994.

⁵³ GHERSI, Carlos Alberto, *Razones y fundamentos para la integración regional*, in: *Mercosur - Perspectivas desde el derecho privado*, Ghersi (Coord.), 1993, p. 30 e seg.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

Mercado Comum e editar a Resolução GMC 126/1994 cujo objeto foi a previsão de elaboração de um regulamento comum visando o estabelecimento de normas que uniformizassem o tratamento dos conflitos consumeristas⁵⁴. Por intermédio da diretriz CCM 1/1995, criou-se o Comitê de Trabalho de n. 7, denominado CT-7, vinculado à Comissão do Comércio do Mercosul (CCM)⁵⁵, para analisar especificamente a defesa do consumidor.

Dando continuidade aos trabalhos, o CT-7 redigiu texto sobre os direitos básicos do consumidor que foram incorporados na Resolução GMC 124/1996, aprovada em 16 de dezembro de 1994, refletindo o conteúdo presente na Carta Europeia dos Direitos do Consumidor e na Resolução da ONU sobre a matéria⁵⁶. A Resolução GMC 125/1996 tratou do relevante tema da saúde e da segurança do consumidor e, nesse mesmo ano, o Protocolo de Santa Maria regulou a jurisdição internacional das relações de consumo entre os países que integram o Mercosul. Ainda em 1996, as Resoluções GMC 126 e 127 dispuseram, respectivamente, sobre publicidade e garantia dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo. Cláudia Lima Marques denomina o período de trabalho do CT-7, de 1994 a 1997, como o ápice da política do consumidor no Mercosul,

⁵⁴ ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 2, p. 124-136.

⁵⁵ Tal órgão assessora o Grupo Mercado Comum (GMC), sendo ambos subordinados ao Conselho do Mercado Comum (GMC), órgão que representa a cúpula administrativa do bloco regional.

⁵⁶ STIGLITZ, Gabriel. El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur. *RDC*, v. 6, p. 20.

destacando que houve etapas de estagnação ou mesmo de retrocesso em fases posteriores⁵⁷.

Alcançando-se a conclusão de que as normas editadas em 1996 sobre garantia dos bens de consumo deveriam ser buriladas, foi elaborada a Resolução GMC 42/1998 suplantou a Res. 127/1996⁵⁸. Trata da garantia contratual e determina que deve ser disponibilizada na forma escrita e padronizada para produtos iguais, tendo o conteúdo registrado na língua do país de consumo, sem prejuízo de ter os dois idiomas ou mais informações sobre o produto ou serviço⁵⁹.

Seguindo o escopo de melhorar as relações entre os partícipes do Mercosul acerca dos problemas consumeristas, em 03 de junho de 2004, foi firmado o “Acordo interinstitucional de entendimento entre os órgãos de defesa do consumidor dos Estados partes do Mercosul para a defesa do consumidor visitante”⁶⁰. Os países membros concordaram que, durante a estadia do consumidor em Estado parte distinto daquele do seu

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Consumers protection policy in Mercosur: an evaluation. In: BOURGOIGNIE, Thierry (Org.). *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*. Québec: Yvon Blais, 2009, p. 375-380.

⁵⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de V. Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience. In: RAMSAY, Iaian (Ed.). *Consumer Law in the Global Economy*. USA: Asgate Brookfield, 1996, p. 50.

⁵⁹ Existem outros atos normativos sobre questões interessantes que não serão objeto de referência deste artigo por ser outro o seu propósito, entendendo-se como relevante ainda citar a Resolução GMC 26/2003, que congrega normas sobre rotulagem de alimentos embalados, e a Resolução GMC 45/2006 sobre publicidade enganosa. Há ainda o Acordo Mercosul/RMI, de n. 3/06, que permite aos nacionais dos países membros permanecer em outro pelo prazo máximo de 90 dias, desde que a viagem tenha motivação turística.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima., op. cit.

domicílio, deverão assessorá-lo e informá-lo a respeito de seus direitos, em particular os relacionados com os produtos e serviços que adquiram ou contratem.

Em conformidade com o desenvolvimento alcançado em cada localidade de seus respectivos países, colocarão à disposição dos consumidores mecanismos ágeis e eficazes, para possibilitar a solução de conflitos, porém de acordo com as normas e procedimentos do país anfitrião. Os países deverão zelar para que os consumidores visitantes obtenham informações sobre o curso das denúncias ou reclamações formuladas, competindo-lhes analisar os resultados do Acordo institucional, para fins de introdução de novas normas ou modalidades operativas com vistas a assegurar a adequada proteção da parte mais frágil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O turismo internacional amplifica-se constantemente e, ao mesmo tempo, medram os conflitos entre fornecedores estrangeiros e consumidores vindicando que o Direito Internacional Privado evolua e não se detenha exclusivamente à disciplina dos contratos comerciais e de outros temas que, malgrado sejam notáveis, não podem subestimar aquelas questões. Muito se progrediu em termos de surgimento e desenvolvimento de organizações internacionais, blocos econômicos e institutos que convergem para a reunião dos esforços de muitos países para o desenvolvimento de propostas econômicas em conjunto e cooperação entre si. Sem embargo da prosperidade galgada, a efetiva proteção do consumidor turista na órbita internacional permanece um ideal a ser perseguido por todos aqueles que se dedicam ao estudo da temática.

2. A Organização Mundial do Turismo (UNWTO), inicialmente, empenhada em tratar da atividade sob a ótica

empresarial, atentou que o consumidor deve ser respeitado, eis que constitui o elemento subjetivo alvo dos empreendimentos comerciais, sem os quais os lucros não se avolumam e os resultados econômicos quistos não são conquistados. A partir de 2010, após os trágicos acontecimentos envolvendo acidentes naturais e nucleares, a UNWTO atentou para a indispensabilidade da fixação de parâmetros normativos para a proteção do consumidor turista estrangeiro. *A priori*, tencionou a Organização tratar da proteção do turista em estado de emergência, mas as críticas foram procedentes e, em 2013, o *Draft Convention on the Protection of Tourists and Tourism Service Providers* disciplinou a proteção para todo e qualquer estrangeiro.

3. O Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados partes do Mercosul para a Defesa do Turista Visitante” mostra-se inovador e consegue coligar as premissas basilares para a efetiva proteção do consumidor turista estrangeiro, de forma bastante simples e prática. Consubstancia-se em dois pilares essenciais: informação e cooperação e almeja que o sujeito mais frágil não reprima as suas demandas, mormente, as de menor valor, por causa da ausência de uma estrutura condizente.

4. Havendo boa vontade dos países na participação da rede de cooperação global em prol do viajante estrangeiro, duas consequências positivas serão obtidas em benefício do turismo em geral e do consumidor. Tendo os sujeitos conhecimento de que poderão reclamar de modo rápido, seguro e econômico acerca dos problemas que lhes acometem no decorrer de sua estadia no país que o recebe, a confiança no sistema existente os estimularão a voltar outras vezes, gerando mais divisas para o setor turístico. Por outro lado, o consumidor não esperará para dar início à demanda no país de origem, esquivando-se de um litígio caro, complexo e que nem sempre trará a solução mais adequada. Urge, portanto, que seja compreendida a efetividade necessária ao Acordo Interinstitucional

acima mencionado, a fim de que turista estrangeiro consiga solucionar as questões conflituosas com maior presteza e agilidade.

REFERÊNCIAS

ACEREZA, Miguel Ángel. *Promoção turística: um enfoque metológico*. Trad. Ângela M.M. do Espírito Santo et al. São Paulo: Pioneira, 1991.

ARRIGHI, Jean Michel. La Protección de los Consumidores y el Mercosur. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 2, p. 126-136. 1992.

_____. Algunos apuntes para el estudio del tema de la protección al consumidor en la OEA. In: FERNANDEZ ARROYO, D.; MORENO RODRIGUEZ, J. M. (Coords.). *Protección de los consumidores en América; trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: La Ley, 2007.

_____. *Derecho Internacional Privado Interamericano*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 19.

ATHENIENSE, Luciana. Turismo de aventura: risco com responsabilidade. In: BADARÓ, Rui Aurélio Lacerda; CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio (Orgs.). *O direito do turismo: perspectivas para o século XXI*. Piracicaba: IBCDTur, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 85 et seq.

BENI, Mário Carlos. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: Senac, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de V. Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience. In: RAMSAY, Jaian (Ed.). *Consumer Law in the Global Economy*. USA: Asgate Brookfield, 1996, p. 50.

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Histórica, 1988.

BOURGOIGNIE, Thierry (Ed.). *L'intégration économique et la protection du consommateur*. Québec: Blais, 2009, p. 9ss.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACAL, Julio (org.). *Derecho del turismo*. Montevideo: FCU, 2006.
ACEREZA, Miguel Ángel. *Promoção turística: um enfoque metológico*. Trad. Ângela M.M. do Espírito Santo et al. São Paulo: Pioneira, 1991.

FEATHERSTONE, Mike, *Cultura de Consumo e Pósmodernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995, p. 31.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. La redefinición de la codificación americana del derecho internacional privado -¿Hay vida después de la CIDIP VII? In: _____; MORENO RODRIGUEZ, J. A. (coord.). *Protección de los consumidores en América; trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: La Ley, 2007.

FULGÊNCIO, Tito. *Synthesis de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. Consumer law and its international dimension. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Elgar, 2010.

JAYME, Erik; KOHLER, Christian. *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, in IPRAx 1999, p. 404.

_____. JAYME, Erik. Jayme. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des cours 251*, Kluwer: The Hague, 1995, p. 60.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 94. Mar. 2003.

KEGEL, Gerhard. *Internationales Privatrecht*. 6. Aufl., Beck: Munique, 1987.

KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. J. C. B. Mohr: Tübingen, 1990.

LAGE, Beatriz Helena Gelas; MILONE, Paulo César (Org.). *Turismo: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2000.

MAMEDE, Gladston. *Direito do Consumidor no Turismo*. Código de Defesa do Consumidor Aplicado aos Contratos, aos Serviços e ao Marketing do Turismo. São Paulo: Atlas, 2004

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta Brasileira de Convenção sobre Cooperação em respeito da Proteção dos Turistas e Visitantes

Estrangeiros na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: por uma Rede de Cooperação Global para proteger turistas estrangeiros. Disponível em: <<http://asadip.files.wordpress.com>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, p. 50 et seq, 2000.

_____. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788/2001,| p. 11 – 56, jun. 2001.

_____. Consumer Protection Policy in MERCOSUR. In. FRANCA FILHO, Marcilio; LIXINSKI, Lucas; GIUPPONI, María Belén Olmos. *The Law of Mercosur*. Portland: Hart, 2010, p. 331ss.

_____. *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1994.

_____. Consumer Protection in Private International Law Rules: the need for an Interamerican Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions, In:

NEUHAUS, Paul Heinrich. *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 2.A. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado: implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros. *RDC* 73/207-223.

OCTAVIO, Rodrigo. *Direito Internacional Privado-Parte Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. *Turismo internacional: uma perspectiva global*. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2003, p. 30.

SOARES, Ardyllis Alves. A Tutela Internacional do Consumidor Turista. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82, 2012, p. 113- 174.

STIGLITZ, Gabriel. El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur. *RDC*, v. 6, p. 20.

TABARES, Fábio Cárdenas. *Producto turístico: aplicación de la estadística y del muestreo para su diseño*. 2. ed. México: Trillas, 1986.

TONIOLLO, Javier Alberto. *La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino*. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, año II, n. 6, p. 94-117, dic. 1998.

TONNER, Klaus. Tourism and consumer protection in the European Union. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Ajuris, t. 2, p. 809-822, 1998. Edição especial.

URRY, John. *O olhar do turista: lazer e viagens nas sociedades contemporâneas*. Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São

Joseane Suzart Lopes da Silva

Paulo: Studio Nobel/Sesx, 1996.

VON BAR, Christian. *Internationales Privatrecht*-vol.II, BT, Beck: Munique, 1991.

Recebido em 15 de maio de 2016
Aprovado em 11 de agosto de 2016

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

Laísa Branco C. C. de Almeida *

RESUMO. O presente artigo objetiva problematizar a forma com que a liberdade de imprensa e o acesso à informação vêm sendo contrapostos, no cenário internacional, ao interesse governamental de promover a confidencialidade maciça de documentos, *a priori*, dotados de conteúdo relevante ao interesse público. O método utilizado se dá através da análise de normas contidas em Tratados Internacionais e Resoluções das Nações Unidas que se propõem à proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, será abordado, primeiramente, o escopo de profissionais que se enquadram no âmbito de proteção internacional aos jornalistas. Após essa abordagem, faremos uma breve exposição acerca das liberdades de imprensa e de informação, seus elementos constitutivos, e possíveis restrições ao acesso à informação e a liberdade de imprensa nos referidos tratados internacionais. Posteriormente, será feita uma análise a respeito da conceituação do termo segurança nacional no direito internacional costumeiro, e o que ele representa, especialmente no que tange ao sigilo de documentos emitidos pelo governo. Por fim, será feita uma abordagem crítica acerca da proteção de denunciante (whistleblowers), e seu papel intermédio entre o Estado e a imprensa. Chega-se assim a concepção de que a liberdade de expressão e informação deve prevalecer, em contraposição ao sigilo de informações institucionais, quando a justificativa para o seu sigilo – qual seja, segurança nacional – não esteja em conformidade com a lei,

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), 5º semestre.

*LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA
PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL*

ou não anseie um propósito legítimo, ou ainda, quando não seja necessário perante um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE. Liberdade de expressão; liberdade de imprensa; segurança nacional; whistleblowers.

ABSTRACT. This article aims to discuss the way in which the freedom of the press and access to information are being contrasted, on the international scene, the governmental interest of promoting the massive document confidentiality, a priori, endowed with relevant content to the public interest. The method used analyses of rules contained in international treaties and United Nations resolutions that propose the protection of human rights. In this sense, will be approached, first, the scope of professionals which falls within the scope of international protection to journalists. After this approach, will be make a brief statement about the freedom of the press and of information, its constituent elements, and possible restrictions on access to information and freedom of the press in the said international treaties. Subsequently, an analysis will be made regarding the conceptualization of the term national security in customary international law, and what it represents, especially with respect to the confidentiality of documents issued by the Government. Finally, a critical approach on the protection of whistleblowers (whistleblowers), and its intermediate role between the State and the press. Reaches the view that freedom of expression and information should prevail, in contrast to the secrecy of institutional information, when the foundation for its secrecy – that is, national security – is not in accordance with the law, or do not expect a legitimate purpose, or when there is no need in the face of a Democratic State of Law.

KEYWORDS. Freedom of expression, liberty of press, national security, whistleblowers.

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. Conceitualizando o termo jornalismo e seus profissionais. 2.a. *Os profissionais do jornalismo no âmbito internacional.* 3. Liberdade de imprensa e a proteção à liberdade de expressão 4. Restrições à liberdade de imprensa. 4.a. *Das limitações ou restrições à liberdade de expressão.* 5. Segurança nacional e direito internacional costumeiro. 5.a. *Confidencialidade de documentos e sua obtenção por membros da imprensa.* 5.b. *Whistleblowers e a imprensa internacional perante as normas internacionais.* 6. Conclusão 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A internet e outros avanços tecnológicos no campo das comunicações criaram novos meios de liberdades de expressão e motivaram a expansão da prática jornalística pelas mídias sociais. Este espaço aberto pelas comunicações vem sendo ocupado especialmente por grupos dissidentes e defensores dos direitos humanos, e geralmente por cidadãos que pretendem exercer atividades cívicas e conectarem-se com o mundo para além das suas fronteiras nacionais. O jornalismo investigativo procura atuar conjuntamente com estes civis, utilizando a tecnologia a seu favor, objetivando-se evidenciar irregularidades na atribuição dos direitos individuais e coletivos. O escândalo envolvendo o ex-técnico da Agência de Segurança Nacional Norte-Americana (NSA), Edward Snowden em 2013, revelou uma enorme rede de vigilância e monitoramento existente sob o comando de órgãos da inteligência americana e britânica que coletavam dados e monitoravam – utilizando serviços de empresas com a Google e o Facebook – seus respectivos cidadãos e diversos chefes de Estado, que tiveram conversas privadas como alvo de espionagem institucional. Destaca-se que os documentos foram obtidos em pleno exercício de

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

suas funções em empresa terceirizada da NSA, e jornalistas do *The Guardian* e *The Washington Post* foram procurados pelo próprio denunciante, mas não participaram do processo de coleta desses dados nos respectivos bancos online de informações. Snowden teve seu passaporte cancelado e foi acusado pelo Governo dos Estados Unidos por roubo de propriedade do Estado, comunicação não autorizada de informações de defesa nacional e comunicação intencional de informações classificadas como de inteligência para pessoa não autorizada por lei de espionagem de 1917. (FINN, HORWITZ, 2013).

A presença jornalística na cobertura de investigações de matérias de expressivo interesse público acarreta, como sua natural consequência, responsabilidades de importantíssimo grau. É necessário apurado senso de ponderação quanto a divulgação de investigações em curso, ou a priori convertidas em matérias jornalísticas, de conteúdo sigiloso que comprometa a relação entre o Estado e sua respectiva população. Portanto, a concordância prática há de ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade. (BRANCO, MENDES, 2015, p.97). O presente trabalho visa a análise dos princípios gerais do direito internacional – quais sejam liberdade de expressão e informação – e o fenômeno de sua positivação em Tratados de Direitos Humanos no último século afim de garantir-lhes maior proteção em todas as esferas jurisdicionais e promover a uniformização dos padrões internacionais nos casos particulares em que são permitidas as suas restrições em detrimento da segurança nacional.

2. CONCEITUALIZANDO O TERMO JORNALISMO E SEUS PROFISSIONAIS

Para definirmos o conjunto de liberdades associados à exposição de ideias e posicionamentos por parte da imprensa internacional, primeiramente é necessário estabelecer uma referência

daqueles que realmente estão sob a égide do princípio internacional. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em comentários sobre o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), definiu o termo “jornalismo” como sendo uma função compartilhada com diversos e distintos atores, incluindo-se repórteres e analistas que exercem sua profissão integralmente, incluindo-se também “bloggers” e outros envolvidos nas mais diversas formas de publicação própria via internet, ou em outros meios comunicativos”.¹ A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), pelo seu Conselho no Programa Internacional para o Desenvolvimento da Comunicação, em resolução de 2014 atribui similar importância a jornalistas, profissionais que trabalham na mídia, e produtores da mídia social quanto a proteção contra atos de violência direcionados à categoria.²

Aidan White, Ex-Secretário Geral da Federação Internacional de Jornalistas (1987-2011), em discurso proferido para o documento produzido pela UNESCO pela comemoração do “World Press Freedom Day” em 2007, destaca que o jornalismo real, comprometido com a transmissão da notícia como ela é, sem interferências, está em colapso devido à dificuldade de manter-se rentável em meio a inovações na comunicação e transmissão instantânea da mensagem. Aidan discorre ainda sobre a relação direta entre a falta de investimentos no jornalismo, a escassez de um jornalismo investigativo na sua essência, e adverte que:

¹ UNITED NATIONS (UN). General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011, *Human Rights Committee* - CCPR/C/GC/34. §44.

² *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*. Decisions taken by the 29th IPDC council session, 20-21 November 2014, Paris. §V (2). Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/IPDC/ipdc29EN_IPDC29_FULL_DECISIONS_FINAL.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

O jornalismo profissional, não sendo bem informado, não pode expor a corrupção, e a sociedade não pode esperar pela implementação dos programas sociais e econômicos do desenvolvimento que são vitais para a sua futura prosperidade. Bem protegido, o jornalismo independente não é um luxo na agenda do desenvolvimento - é uma pedra angular de qualquer estratégia concebida para criar um governo aberto e responsável em que os cidadãos podem depositar a sua confiança. (WHITE, 2007, p.14, tradução nossa).

Procede-se então, para uma visão protecionista desses profissionais no seu ambiente de trabalho, principalmente no chamado “trabalho de campo”, atuando em manifestações populares, conflitos armados, e em outras situações onde a integridade física esteja visivelmente exposta a violações. O principal regime legal internacional que providencia a proteção desses jornalistas em tempos de guerra é a mesma que controla a lei de conflitos armados em geral, o Direito Humanitário Internacional, que se norteia nas Convenções de Genebra (1949)³, e por se tratar de tema complexo e extenso dentro da proteção aos profissionais do jornalismo não será alvo de aprofundamento neste referido artigo. O que se pode destacar do tema em relação ao âmbito de proteção desses profissionais é a definição que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha atribui para Civis que, atuando em diversas funções relacionadas a prática jornalística, devem

³ As Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais constituem o núcleo do Direito Internacional Humanitário (DIH) que regula a condução dos conflitos armados e busca limitar os seus efeitos. Protegem as pessoas que não participam e as que deixaram de participar das hostilidades. Cf: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

permanecer imunes a ataques armados, desde que não estejam envolvidos em hostilidades.⁴

a. Os profissionais do jornalismo no âmbito internacional

Define-se que a palavra “Jornalista” significa qualquer correspondente, repórter, fotógrafo e seu assistente técnico de filmagem, assistentes de rádio e televisão que são originariamente engajados em qualquer dessas atividades como sua principal função”.⁵ Frank La Rue (2012, p.3) em um de seus expressivos relatórios especiais para a ONU acerca da liberdade de expressão estabelece que:

Jornalistas são indivíduos que observam e descrevem eventos, documentam e analisam esses eventos, declarações, políticas e quaisquer proposições que possam afetar a sociedade, com o objetivo de sistematizar as informações e coleta de fatos e análises para informar os setores da sociedade ou a sociedade como um todo. (LA RUE, 2012, p.3, tradução nossa).

É importante destacar que, apesar de algumas das provisões citadas se baseiam essencialmente na atividade do jornalista em situações de conflitos armados, “missões perigosas” ou outra situação específica em que a proteção a sua vida esteja em risco, a definição acerca do tema se propõe a estabelecer duas premissas principais: O jornalista merece ser protegido, não apenas pelo título de sua profissão, mas por ser um sujeito possuidor de direitos como Civil. Dispositivo previsto no Protocolo adicional (I) à Convenção de

⁴ SAUL, Ben. The International Protection of Journalists in Armed Conflict and Other Violent Situations Australian Journal of Human Rights, Vol. 14, No. 1. Sydney Law School Research Paper No. 09/110, 2008.pg. 6.

⁵ UN. Human rights in armed conflicts: protection of journalists engaged in dangerous missions in areas of armed conflict, note by the Secretary-general. *General Assembly – Doc. A/10147. Annex I, principle 2 (a).*

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

Genebra (1977), afirma no seu artigo 50 (1): “Em caso de dúvida se uma pessoa é um civil, essa pessoa deve ser considerada como um civil”.⁶ E, por último, devido à importância da função desses profissionais que arriscam sua própria integridade física em busca de informações cujo conteúdo interessa a sociedade em geral, os profissionais dedicados à área deverão receber proteções individualizadas, especiais, para que a sua função seja exercida na mais completa integridade, física e psíquica. Esta última gerou grande discussão entre Países e órgãos de proteção, como a Federação Internacional de Jornalistas (FIJ), no qual sugeriu-se que, jornalistas atuando em zonas de conflito usassem “emblemas especiais”, identificando-os como imprensa. Entretanto a ideia foi rejeitada por concluírem que a medida poderia agravar a vulnerabilidade desses profissionais (SAUL, 2008, p.20).

3. LIBERDADE DE IMPRENSA E A PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.⁷ No Brasil, podendo ser encontrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e também no art. 220, quando dispõe que: “Acrescenta, nos §§ 1 e 2 do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º IV, V, X, XIII e XIV”. Nos Estados Unidos, a icônica Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana (1791), quanto à proteção do direito em questão, afirma que: “O Congresso não deve fazer leis a

⁶ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC). 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, 1125 UNTS 609.

⁷ Cf. *supra* nota 1. p. 263.

respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao Governo para a reparação por agravos.⁸

A importância, não apenas histórica para o mundo, mas material do que foi estabelecido na primeira emenda à Bill of Rights é a sua inovação em meados do século XVIII, abarca matérias extremamente delicadas até hoje perante a sociedade como um todo, e promove a proteção constitucional às mais diversas formas de liberdades, religiosa, de pensamento, e à Imprensa, foi um verdadeiro significativo avanço para a humanidade, e que nos levou à sua previsão nas futuras declarações internacionais, como no artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966)⁹, e artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969.

A liberdade de imprensa é derivada da ideia central de proteção à liberdade de expressão a todos, e, portanto, encontra-se nas mais diversas convenções internacionais na mesma sessão em que se protegem os demais direitos relacionados à liberdade. Citaremos aqui o PIDCP, que em seu artigo 19 estabelece que a liberdade de receber e difundir informações é conferida a todos, com ressalva a duas questões: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou

⁸ UNITED STATES OF AMERICA: Constitution [United States of America], The Bill of Rights (Amendments 1 to 10) 17 September 1787.

⁹ O pacto internacional de direitos civis e políticos estabelece que: 19(1). Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 19 (2). Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

a moral pública.¹⁰ Percebe-se que a exceção em prol da segurança nacional é de conteúdo extremamente vago e subjetivo, deixando a cargo do doutrinador ou a quem possua competência institucional estabelecer os parâmetros norteadores do que seria “proteger a segurança nacional”. Dr. Abid Hussain (1926-2012), que ocupou por nove anos o cargo de Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Opinião e Expressão, destaca em um de seus importantes relatórios que:

Liberdade de imprensa é um passo essencial para a disseminação de informações livres e sua própria garantia de liberdade de expressão. A imprensa é uma influência poderosa para o bem e para o mal. O ideal é que ela possa determinar, de forma independente, quais são suas obrigações e responsabilidades derivadas do poder que possui. (...) A liberdade de Imprensa talvez não garanta a paz, mas é um primeiro passo vital. (HUSSAIN, 1999, tradução nossa).

A Suprema Corte Norte-Americana julgou casos emblemáticos em relação à liberdade de imprensa baseando-se no conteúdo formal e material da Primeira Emenda. Casos como *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)¹¹, *New York Times Co. vs. United States* (1971), entre outros. Destacando-se este último, também conhecido como “The Pentagon Papers Case”, onde o Governo Americano tentou justificar um pedido de restrição prévia ao *New York Times* e ao *Washington Post* para que o conteúdo de possível caráter sigiloso quanto a política americana adotada na Guerra do

¹⁰ UN. International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171. Art. 19.

¹¹ A decisão da Suprema Corte Americana que proibiu os funcionários públicos de processar organizações de notícias por imprecisões feitas por engano, sendo necessário provar não só que a informação estava errada, mas que a organização notícias publicadas com intenção maliciosa ou desrespeito imprudente pela verdade (tradução livre). Cf: *UNITED STATES SUPREME COURT. New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

Vietnã não fosse divulgado. A Suprema Corte americana decidiu por não acatar o pedido do Governo Americano por entender que este falhou em apresentar argumentos com a carga necessária de prova para atuar com a censura prévia. Interessante citar um trecho da decisão do Juiz Mr. Justice Black:

Na Primeira Emenda, os fundadores deram a imprensa livre a proteção que ele deve ter para cumprir seu papel essencial na nossa democracia. A imprensa era para servir os governados, e não os governadores. O poder do governo para censurar a imprensa foi abolido para que a imprensa ficasse para sempre livre da censura do Governo. A imprensa foi protegida para que pudesse desnudar os segredos do governo e informar as pessoas. Somente uma imprensa livre e sem restrições pode efetivamente expor fraude no governo. (BLACK, concurring opinion, 1971, p.717, tradução nossa).

Nosso entendimento, portanto, em consonância com a posição do Dr. Abid Hussain e com o juiz BLACK, é que a função da imprensa, na sua essência, se propõe a confrontar possíveis abusos de quem quer que esteja no comando de um Estado, e de seus subordinados, sempre objetivando um sentimento geral à população de que existem pessoas e órgãos exercendo suas atividades profissionais a fim de garantir os direitos fundamentais de todos. Possíveis excessos, erros e desvios de finalidade podem ocorrer, e que se punam aqueles que o fizeram possuídos de má fé na sua execução. O que não se pode permitir é que, a cada nova possível ameaça ou vazamento de documentos que o Estado considera de essencial confidencialidade ao próprio Estado, não sejam antes averiguados se assim realmente o são. Abrir-se-ia assim um precedente infinito às possibilidades de restrições à liberdade de expressão e a independência dos órgãos de Imprensa e Mídia.

4. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE IMPRENSA

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

Os tratados internacionais são incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade. (MAZZUOLI, 2001, p.114). A maior parte das restrições previstas nas convenções internacionais estão conectadas à liberdade de informação mais especificamente, e não quais funções a imprensa está apta a exercer. Por isso cabe aqui uma pequena interpretação inicial da possível conceituação desse direito. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) faz referência ao direito à verdade, sendo aquele direito coletivo que assegura à sociedade acesso as informações vitais para o funcionamento do sistema democrático.¹² O conselho de Direitos Humanos da ONU acrescenta que o referido direito pode ser caracterizado como o “Direito de saber”, devendo a população ter acesso às informações sobre ações e o processo de tomada de decisões que são processadas no seu Governo respectivo.¹³ No Brasil, não está no enunciado, expressamente, no texto constitucional, o direito à verdade e à memória, o que demanda do intérprete do direito, um esforço hermenêutico para que a sua essência, significância e fundamentalidade sejam apreendidas. (DOS SANTOS, 2012, p. 68-93).

Portanto, a liberdade de informação possui dois vieses principais no âmbito internacional: procura-se associar o direito de ter acesso a informações de interesse público por meio de variadas fontes e ao direito da Imprensa de ter acesso a esses documentos. Mecanismos regionais também agregam outras características inerentes ao termo, classificando à informação em poder de Organismos públicos e privados, sendo o acesso à informação neste

¹² INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, case 10.480, *Lucio Parada Cea and others*, (El Salvador), Report No. 1/99, 27 January 1999, §151.

¹³ UN. Promotion and Protection of Human Rights, Civil Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: The Right to the Truth, *Human Rights Council - A/HRC/RES/12/12*, 12 October 2009. p. 3.

último quando necessária ao exercício ou proteção de qualquer direito.¹⁴ Inclui-se também, o dispositivo em que qualquer recusa na revelação de informação deve ser sujeita a recurso a um órgão independente e/ou a tribunais. Por conseguinte, sem que haja uma Imprensa livre e autônoma, não é possível garantir que a própria população tenha a liberdade de escolher quais meios informativos ela deseja buscar as suas informações, sejam elas de caráter pessoal e político, entre outros.

a. Das limitações ou restrições à liberdade de expressão

Como já exposto anteriormente, o PIDCP estabelece no seu artigo 19 (3) expõe que possíveis restrições ao princípio da liberdade de expressão são aceitas, mas ressalva-se que estas exceções deverão estar (1) previstas em lei e (2) objetivarem um ou mais propósitos legítimos enumerados, que estejam relacionados com o respeito aos direitos e reputações de outros, ou com a proteção à segurança nacional. Ressaltamos que a adoção de tais exceções, mais especificamente quanto à segurança nacional, inseridas justamente no artigo que promove a liberdade de informação, seja ela qual for, deverá ser alvo de permanente acompanhamento da população. Mr. David Kaye, atual Relator especial da ONU para a promoção e proteção dos direitos a liberdade de opinião e expressão, destaca no seu mais novo relatório, divulgado ano passado, três medidas essenciais para que tal restrição aconteça:

Primeiramente, para ser necessária, a restrição deve proteger um interesse legítimo específico contra danos ou ameaças que, de outro modo, iriam provocar um resultado. Caso venham a se constituir como resultado, afirmações gerais ou vagas não se enquadrarão nas

¹⁴ *African Commission for Human and Peoples' Rights*. Declaration of principles on freedom of expression in Africa, 22 October 2002. Princípio IV (2).

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

assertivas tidas como exceção ao artigo 19. Em segundo lugar, sob o elemento proporcionalidade do teste de necessidade, a divulgação deve impor um risco específico de dano a um interesse legítimo do Estado que supere o interesse do público nas informações a serem divulgadas. Se a divulgação não prejudicar um interesse legítimo do Estado, não há base para a sua supressão ou retenção. Algumas questões devem ser consideradas presumidamente do interesse público, tais como violações do direito internacional humanitário e a corrupção. Por último, as restrições ao acesso à informação não devem ser deixadas ao critério das autoridades. Restrições devem ser formulados de forma clara, projetadas para dar orientações às autoridades, e sujeitas a supervisão judicial independente. (KAYE, 2015, p.5, tradução nossa).

O artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) prevê as possíveis restrições citadas acima, assim como expostas no PIDCP, nos seguintes moldes:

O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. (Tradução nossa).

O caso *Tillack vs Belgium*, julgado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), trata-se do jornal alemão *Stern* que publicou, em 2002, dois artigos com base em documentos confidenciais do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) com base nas investigações de um jornalista enviado a bruxelas. Os artigos

apresentaram um relatório sobre as alegações por um funcionário europeu relativo às irregularidades nas instituições europeias. O OLAF abriu investigações relacionadas a suspeitas de que, o requerente havia praticado crime de suborno para conseguir tais informações privilegiadas acerca das investigações em curso. Em 2004, a casa e local de trabalho do Jornalista foram vasculhados pelas autoridades judiciais belgas, e quase todos os seus documentos de trabalho e ferramentas foram apreendidos e colocados sob sigilo. O jornalista, após ter acesso negado à investigação contra ele, e para reaver seus pertences, entrou com um apelo, alegando violação ao artigo 10 da referida Convenção.¹⁵ A corte julgou procedente o pedido, e ressaltou que a busca e apreensão a casa do jornalista tinha por objetivo principal recolher informações a acerca da pessoa que o ajudou, como fonte ao processo investigativo, havendo, portanto, violação ao princípio à proteção ao sigilo das fontes, já que os rumores de suborno não foram comprovados.¹⁶

Define-se, portanto, três premissas básicas para que a limitação dos direitos a liberdade de expressão, liberdade de informação, entre outros, seja requerida de forma consistente: (1) esteja previsto em lei, (2) almeje-se um propósito legítimo e (3) seja necessário perante um Estado Democrático de direito. Entretanto, é importante frisar que, limitações ao princípio norteiam-se geralmente pela proporcionalidade e conseqüente exercício de ponderação daquele que irá julgar casos nos quais ocorrem conflitos de direitos fundamentais, tal e qual a liberdade de expressão.

¹⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR), Case *Tillack v. Belgium* (application No. 05/20477), Strasbourg, Judgment, 27 November 2007.

¹⁶ *Ibid.* §§63 e 64.

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

5. SEGURANÇA NACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO

O termo “segurança nacional” não possui uma definição precisa perante o direito internacional, sendo, portanto, a sua conceituação aqui apresentada de caráter amplo e vago ao mesmo tempo. O conceito foi desenvolvido após a segunda Guerra Mundial e tem como seu principal expoente os Estados Unidos após o ataque terrorista de 2001, referência no assunto perante a comunidade internacional. O direito Internacional Costumeiro adota exceções em que o Estado está autorizado a invocar Segurança Nacional e que são aplicáveis em todos os tratados, mesmo quando não mencionados explicitamente. As exceções que são mais propícias a serem invocadas são *clausula rebus sic stantibus*, a lei de represálias e a doutrina da necessidade.¹⁷ Os dois primeiros princípios estão codificados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁸, responsável por codificar o direito internacional consuetudinário referente aos tratados. Portanto, mesmo se houver lacuna no tratado acerca das exceções explícitas à segurança nacional, não se permite aos Estados uma “carta branca” na interpretação de suas normas de acordo com os seus interesses privados. O Estatuto de Roma (1998), que regula o Tribunal Penal Internacional, não contém uma explícita derrogação de direitos em favor da segurança nacional, mas estabelece que é possível um Estado se recusar a fornecer certas informações sob a alegação de estarem atreladas a sua segurança interna e externa.¹⁹

¹⁷ Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Fisheries, United Kingdom v Norway*, Merits, Judgment. [1951] ICJ Rep 116. The Hague, Netherlands

¹⁸ UN. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Arts. 60 e 62.

¹⁹ Conforme se verifica no Art. 72 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

A OTAN²⁰, Organização do Tratado do Atlântico Norte, interpreta o termo como sendo:

Um termo coletivo que engloba a defesa nacional e estrangeira as relações dos Estados Unidos com o propósito de ganhar: (a) uma vantagem de defesa ou militar sobre qualquer nação estrangeira ou grupo de nações (b) uma posição favorável em relações internacionais (c) uma postura defensiva capaz de resistir com sucesso a ações hostis ou destrutivas, dentro ou fora do território nacional, ostensivas ou dissimuladas. (JOINT CHIEFS OF STAFF, 2010. p. 162, tradução nossa).

Percebe-se a grave natureza do termo para sua aplicação no momento de conceituar um documento sigiloso como imprescindível à segurança nacional. A alegação necessita de bases sólidas e incontestáveis a fim de que, esse sigilo aos documentos, almeje o distanciamento de tal conteúdo aos olhos da população civil comum e dos profissionais da imprensa. Em consonância com as ideias expressas nos tópicos anteriores, tal decisão em manter documentos do Estado em sigilo absoluto ficará a encargo dos profissionais que exercem cargos de juízes em todo o mundo, detidos de discricionariedade relevante a matéria e que atuarão como verdadeiros árbitros no tocante à ponderação do quesito liberdade de expressão e sigilo de Estado.

Martin Scheinin, em relatório oficial para a Assembléia Geral da ONU sobre direitos humanos e a luta contra o terrorismo, destaca a

²⁰ A OTAN é constituída por 28 países membros da Europa e América no Norte. Outros 22 países acordaram a “parceria de paz” da OTAN. Apesar de não se constituir uma Organização Internacional que abrange maior parte do mundo, sua posição firmada é extremamente relevante tratando-se, principalmente, de assuntos militares ou integrados aos assuntos de interesse de segurança nacional.

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

importância que as Agências de Inteligência vem assumindo em todo o mundo, especialmente após constantes ameaças de ataques terroristas nos Estados Unidos, França e Inglaterra, e seus métodos para a apreensão de dados telefônicos, implantação de escutas telefônicas, e detenções sob a justificativa de que foram feitas em razão da segurança pública. (SCHEININ, 2009, p.16). Entende-se, portanto, que a mera detenção administrativa de qualquer pessoa, estando incluso assim jornalistas investigativos com a finalidade única de obter informações, é ilegal.²¹ Prontamente lembra-se do caso citado *Tillack vs Belgium*, onde os pertences pessoais do jornalista foram apreendidos por “rumores” de ter havido suborno na obtenção de informações sigilosas. Neste caso, não houve detenção do jornalista, mas é possível inferir que as circunstâncias levam a crer na execução dotada de finalidade semelhante. Nota-se que, o alcance do direito em receber, procurar e difundir informações poderá ser restringido em caso de Estado de Emergência. Entretanto, a medida será dentro do estritamente necessário pelas exigências da situação e apenas quando e por tanto tempo quanto a derrogação é consistente com outras obrigações do Estado sob a lei internacional, sem envolver tipos discriminatórios. O Brasil prevê a modalidade de Estado de Emergência sob a forma de Estado de Sítio na Constituição Federal de 1988, Artigo 139 (III), estabelecendo que na vigência do estado de sítio decretado, poderá haver restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

Prof. James Crawford²² ressalva que, para um governo invocar estado de necessidade, especialmente quando se tratar de

²¹ Cf: ECHR, Case *Brogan and Others v. the United Kingdom* (application No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), Strasbourg, Judgment, 29 November 1988, §53.

²² James Richard Crawford, professor de Direito Internacional na Universidade de Cambridge. Foi eleito juiz da Corte Internacional de Justiça em novembro de 2014.

violações às obrigações internacionais perante outros Estados, as razões aceitas limitam-se a poucas, como por exemplo, um ato que se propunha, apenas, resguardar interesses essenciais ao Estado perante grave ou iminente ameaça. (CRAWFORD, 1999, p.56). Importante frisar que o conteúdo considerado como de essencial interesse ao Estado poderá mudar em consonância com as necessidades momentâneas do mesmo, como em situações em que ocorram graves violações dos direitos humanos, ou para a preservação do meio ambiente de seu território.

A lei deve, portanto, definir claramente as hipóteses em que são permitidas a confidencialidade de documento sob o argumento de serem dotadas de conteúdo relevante à “segurança nacional”, para que, aquelas estejam em paridade com os princípios gerais do direito internacional relacionados à liberdade de informação. Ademais o legítimo interesse de segurança nacional deve ser genuíno, não um pretexto para a proteção do governo ou seus funcionários de embaraço ou de ilegalidades, ocultação de informações sobre violações dos direitos humanos, ou qualquer outra violação da lei.

a. Confidencialidade de documentos e sua obtenção por membros da imprensa

A segurança nacional exclusivamente, *a priori*, não nos cabe explorar neste artigo por se tratar de conteúdo militar e econômico que se altera substancialmente a depender do país que está por analisar, mas sua aplicação quanto à confidencialidade de documentos pertencentes à administração interna de um país sob a apelação de tratarem de matérias sigilosas a própria administração. Documentos são classificados em categorias distintas afim do seu próprio controle sistemático, seja de instituições públicas ou empresas privadas, até para que haja controle acerca de quem terá acesso às aquelas informações. Há, portanto, aqueles que contém informações sensíveis que são revisados e lhes é dado uma marca para indicar quem poderá

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

lhes acessar e como o registro será tratado. Além da marca indicando o nível exigido para ter acesso aos documentos, e caso haja, o tempo máximo de duração de sua confidencialidade, é indicada a presença de uma declaração anexada aos documentos justificando-se a necessidade da classificação no nível em que foi situada e o seu período de duração, facilitando-se assim a própria retirada do selo de confidencialidade, caso requisitada.²³ Indaga-se, portanto, a autenticidade de informações coletadas pela Imprensa em que, indubitavelmente, havia conteúdo presente derivado de informações sigilosas que não tiveram o seu selo de confidencialidade retirados pela administração pública ou privada, e que, portanto, foram obtidas de forma ilegal.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca que o Estado tem a obrigação de divulgar informações que relatam a existência de programas ilegais de monitoramento, a exemplo daqueles denunciados pelo Edward Snowden em 2013, mas ressaltam que sob nenhuma circunstância os jornalistas, membros da mídia, ou membros da sociedade civil que têm acesso a informações confidenciais sobre tipos de programa de vigilância, e as distribuem, por considerarem ser de interesse público, estão sujeitos a punição subsequente.²⁴ Entretanto, ressalvam-se duas possibilidades em que jornalistas podem ser responsabilizados pelo relato: informações relacionadas ao terrorismo e a segurança nacional, sem demais especificações acerca da terminologia de ambos. A comissão ainda inclui que os informantes, ou chamados “whistleblowers”, quando

²³ The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles). Open Society Foundations: New York, 2013, princípio 11.

²⁴OAS. United Nations Special Rapporteur on the Protection and Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights: Joint statement on surveillance programs and their impact on freedom of expression. 21 June 2013. §14. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=927&IID=1>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

investidos de boa-fé e com a razoabilidade de que acredita ser possível haver, e consegue provar, atos de violação contra Direitos Humanos através da divulgação de documentos confidenciais, mesmo fazendo parte do Estado e obrigados legalmente a não divulgar esses documentos, não devem sofrer punições.²⁵

b. Whistleblowers e a imprensa internacional perante as normas internacionais

Nos últimos tempos, os chamados “whistleblowers”, algo como autor de uma denúncia, se camuflam perante o Estado através dos chamados “jornalistas-cidadãos” – atuam online em mídias sociais, blogs, site como o *WikiLeaks* – e que, normalmente não atuam no ramo jornalístico. Existem vários tipos de “leakers”, termo de difícil tradução quando se trata de pessoas que vazam ou liberam documentos com um fim específico, mas no caso dos whistleblowers, o objetivo principal é denunciar atos de ilegalidades de pessoas ou organizações, e que se constituem ameaça ou danos a um interesse público. Por isso, alguns whistleblowers recorrem aos órgãos midiáticos e jornalistas com reputação ilibada, devido às proporções em que essas publicações podem alcançar no cenário internacional. Entretanto, a posição ocupada pelos jornalistas que concordam em receber essas informações sob a forma de denúncia, apresenta diversos riscos, que podem ser minimizados com algumas ações preventivas, como a prévia averiguação, e procedência, das informações oferecidas pelo denunciante.

BANISAR (2007, p.51) destaca que: “Há aproximadamente cerca de 40 países que já possuem regulamentação acerca da proteção desses denunciantes nas suas respectivas leis nacionais, e que podem ser divididas em 2 (dois) blocos: as abrangentes e as provisórias”.

²⁵ Cf. *supra* nota 25, §16.

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

Poucos países adotam a primeira opção, como a Grã-Bretanha, Nova Zelândia e África do Sul que possuem leis mais extensivas quanto a sua proteção; No Canadá e na Grã-Bretanha há leis que permitem os vazamentos para a mídia apenas como último recurso, sendo priorizada a resolução do conflito internamente antes que se alcance grandes proporções através da imprensa. (BANISAR, 2007, p.51). A ONU, na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) inclui provisões que beneficiam aqueles dotados de boa-fé nas suas ações de denúncia²⁶, assim como a Organização dos Estados Americanos e o Conselho Europeu, adotaram modelos de proteção aos whistleblowers.²⁷ Tendo, portanto, proteção legal no âmbito internacional, quais os motivos que levariam estes denunciante a imprensa, atuando esta como elo entre as informações a serem divulgadas e o público que se almeja alcançar? Entendemos serem dois os motivos principais: (1) garantia de confidencialidade e (2) anonimato.

O sigilo das fontes é uma prerrogativa garantida aos jornalistas em relação àqueles que lhes fornecem informações ou materiais que contribuam efetivamente para as investigações. A confidencialidade é um importante mecanismo a favor da proteção do denunciante diante de ataques pessoais e retaliações, e eventuais restrições à confidencialidade devem ser verdadeiramente excepcionais e sujeitas aos padrões mais elevados e implementados somente pelas autoridades judiciais. (SCHEININ, 2009, p.22). Já o anonimato se constitui em matéria controversa, pois o denunciante não se identifica, nem mesmo para o próprio jornalista, o que diminui

²⁶ UN. United Nations Convention Against Corruption, *General Assembly* - A/58/422, 31 October 2003. Art. 33.

²⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Recommendation CM/Rec (2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers*, adopted on 30 April 2014. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>. Acesso em: 8 de setembro de 2016.

as chances de se verificar a procedência das informações, e em casos de má conduta, de puni-las diante da justiça comum.

Portanto, concluímos ressaltando a importância que estes denunciantes exercem na persecução, e posterior punição, de crimes que envolvam corrupção institucional e cerceamento de liberdades individuais e coletivas. A sua proteção internacional não lhes garante, assim como aos jornalistas envolvidos, imunidades perante a justiça, mas atuam de forma ponderada a favor da liberdade de expressão, onde preconiza-se a exposição de ilegalidades em favor da maior transparência nas políticas públicas e efetividade ao princípio da liberdade de informação. Os diversos tratados internacionais atuam como base tanto para a proteção dos whistleblowers e dos jornalistas que lhes assistem, quanto para a tipificação de seus crimes contra a segurança nacional, ordinariamente analisando o caso concreto, e suas especificações individuais.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que, em tempos onde a mídia muda constantemente a cada nova inovação tecnológica, seus campos de atuação multiplicam-se, vemo-nos atrelados a uma era onde todos, a qualquer hora e minuto, tornam-se jornalistas. Exercemos nossas liberdades em difundir, receber e editar informações no mundo virtual de forma instantânea aos acontecimentos da vida real. A internet redefiniu os padrões jornalísticos e criaram-se novas formas de denunciar acontecimentos e fatos encobertos em confidencialidade institucional. Nas velhas instituições, a vitoriosa conquista pela soberania nacional dos Estados, deverá subsistir às formas inovadoras de conexão e transmissão de informações pela população e pelos órgãos de imprensa.

As duas orientações devem conviver, mesmo porque, em sua dinâmica, reforçam-se uma à outra. Por um lado, busca-se a

LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL

manutenção de todas as liberdades individuais reunidas em um Estado democrático de direito, garantidas constitucionalmente, sendo-lhes atribuídas eficácia e efetividade no ordenamento jurídico nacional. Conclui-se que, este mesmo Estado deverá reconhecer quando faltarlhe transparência governamental perante a sua população, e os que buscam informar e expor suas ações, não podem ter seus direitos tolhidos por retaliações às suas críticas e posicionamentos contrários ao governo. A figura do whistleblower, tanto no direito internacional público quanto no privado deve ser vista com cautela, e tendo como parâmetro principal para qualquer medida restritiva de direitos as suas reais intenções com a divulgação daqueles documentos confidenciais. O fenômeno *WikiLeaks*, assim como o abrupto vazamento de documentos por Edward Snowden em 2013 demonstram que a figura do Whistleblower pode abalar até as políticas externas de Estados, e que as leis domésticas dos Estados tanto quanto o próprio direito internacional precisam se adaptar indispensavelmente à sua figura, afim de que tanto os direitos humanos às liberdades sejam respeitados e que esta estrutura soberana dos Estados não seja posta em cheque toda vez que um iminente vazamento de documentos confidenciais esteja prestes a acontecer.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

African Commission for Human and Peoples' Rights. Declaration of principles on freedom of expression in Africa, 22 October 2002.

BANISAR, David, *Silencing Sources: An International Survey of Protections and Threats to Journalists' Sources*, Privacy International Global Survey Series, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706688>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Decreto nº 5.015. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado. Brasília, DF: Planalto, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2016.

_____. Decreto nº 592/92. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, concluído em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2016.

COUNCIL OF EUROPE. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

_____. *Recommendation CM/Rec (2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers*, adopted on 30 April 2014. Disponível em: <[https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>. Acesso em: 8 de setembro de 2016.

CRAWFORD, James. Second Report on State Responsibility, International Law Commission, Fifty-first session (1999), UN Doc. A/CN.4/498, p. 56.

DOS SANTOS, Claiz Maria P. Gunça. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONPEDI (Org.). *Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça*. Rio de Janeiro: FUNJAB, 2012. p. 68-93.

*LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA
PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL*

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case *Brogan and Others v. the United Kingdom* (application No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), Strasbourg, Judgment, 29 November 1988, §53.

_____. Case *Tillack v. Belgium* (application No. 05/20477), Strasbourg, Judgment of 27 November 2007.

FINN, P.; HORWITZ, S. U.S. charges Snowden with espionage. *The Washington Post*, Washington, DC. 21 June 2013. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-charges-snowden-with-espionage/2013/06/21/507497d8-dab1-11e2-a016-92547bf094cc_story.html>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

JOINT CHIEFS OF STAFF, joint publication I-02: Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, (Washington, DC: Government Printing Office, 2010).

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Case 10.480, *Lucio Parada Cea and others*, (El Salvador), Report No. 1/99, 27 January 1999, §151.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC). 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, 1125 UNTS 609.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Fisheries, United Kingdom v Norway*, Merits, Judgment. [1951] ICJ Rep 116. The Hague, Netherlands

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. American Convention on Human Rights, (Pact of San Jose), Costa Rica, 22 November 1969.

_____. United Nations Special Rapporteur on the Protection and Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights: Joint statement on surveillance programs and their impact on freedom of expression. 21 June 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=927&IID=1>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

SAUL, Ben. The International Protection of Journalists in Armed Conflict and Other Violent Situations Australian Journal of Human Rights, Vol. 14, No. 1. Sydney Law School Research Paper No. 09/110, 2008.

The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles). Open Society Foundations: New York, 2013. p.68.

UNITED NATIONS (UN). Human rights in armed conflicts: protection of journalists engaged in dangerous missions in areas of armed conflict, note by the Secretary-general. *General Assembly* – Doc. A/10147. Annex I, principle 2 (a).

_____. General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011, *Human Rights Committee* - CCPR/C/GC/34.

_____. International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.

*LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A PERSPECTIVA DA
PROTEÇÃO INTERNACIONAL À SEGURANÇA NACIONAL*

_____. Promotion and Protection of Human Rights, Civil Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: The Right to the Truth, *Human Rights Council - A/HRC/RES/12/12*, 12 October 2009.

_____. Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression: note by the Secretary-General, *General Assembly - A/70/361*, In: *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, David Kaye. 8 September 2015.

_____. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Martin Scheinin, *Human Rights Council - A/HRC/10/3*, 4 February 2009.

_____. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Frank La Rue, *Human Rights Council - A/HRC/20/17*, 4 June 2012.

_____. Report of the Special Rapporteur on the protection and promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Mr. Abid Hussain, *Economic and Social Council - E/CN.4/1999/64*, 29 January 1964.

_____. Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010). Rome, 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

_____. United Nations Convention Against Corruption, *General Assembly - A/58/422*, 31 October 2003.

_____. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Decisions taken by the 29th IPDC council session, 20-21 November 2014, Paris. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/IPDC/ipdc29EN_IPDC29_FULL_DECISIONS_FINAL.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

UNITED STATES OF AMERICA: Constitution [United States of America], The Bill of Rights (Amendments 1 to 10) 17 September 1787.

UNITED STATES SUPREME COURT. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

_____. *New York Times Co. V. United States* 403 U.S. 713 (1971) p.717. (Black, J., concurring opinion).

WHITE, Aidan. A climate of fear inhibits press freedom. In: JAMES, Barry. *Press Freedom: Safety of Journalists and Impunity*. Medellín: UNESCO document, 2007. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/press-freedom-safety-of-journalists-and-impunity/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

Recebido em 26 de maio de 2016
Aprovado em 26 de dezembro de 2016

LE DROIT DE RETRAIT AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE

Lucas Valente¹

RESUMO : O presente trabalho propõe-se a analisar as questões jurídicas relativas ao artigo 50 do Tratado da União Europeia. O direito de retirada constitui importante ponto de inflexão na construção da União Europeia. Para tanto, imprescindível fora o estudo do *l'acquis communautaire*, isto é, do conjunto dos aspectos históricos e jurídicos essenciais, representados pelo contexto do pós-guerra, das fases sucessivas, dos Tratados instituidores e modificadores, até o estágio atual do Tratado de Lisboa. Imperioso reconhecer ainda os princípios da irreversibilidade e da primazia, respectivamente, como fundamento e princípio estruturante do Direito da União Europeia, para, então, proceder ao exame do Artigo 50 do TUE e os efeitos jurídicos. Aparente antinomia entre o Direito Internacional Público, representada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, e o Direito da União Europeia. Resolução do conflito da lei aplicável em caso de retirada por meio da inserção do Art.50 do TUE, a despeito da relativização dos princípios estruturantes da União Europeia e fortalecimento da soberania estatal.

Palavras-Chave: Direito da União Europeia. Artigo 50 do TUE. Direito de Retirada. Princípio da Primazia e da Irreversibilidade. *L'acquis communautaire*. Convenção de Viena de 1969. Soberania Estatal. Antinomia. Lei aplicável.

ABSTRACT: The article aims to examine the legal issues concerning Article 50 of the Treaty of European Union. The right of withdrawal is an important turning point in the construction of the European Union. Therefore, the study of *l'acquis communautaire*, i.e. the whole of the

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Estudante Intercambista da Universidade de Santiago de Compostela (USC) /ESP e da Universidade François Rabelais/FR, no curso Licence Droit-Langues.

historic and essential legal aspects, represented by the post-war context, by the successive stages of the founders and modifiers treaties until the current stage of the Treaty of Lisbon. It has also to be acknowledged the principles of irreversibility and primacy, respectively, as the foundation and structuring principle of European Union law, in order to proceed the examination of Article 50 of the TEU and its legal effects. Conflict between International Public Law, represented by the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 and the European Union Law. The settlement of conflicts concerning applicable law in the event of withdrawal by the insertion of article 50 TEU, despite the relativity of the structural principles of the European Union and strengthening of state sovereignty principle.

KEYWORDS: European Union Law. Article 50 TEU. Withdrawal Rights. Principle of Primacy and Irreversibility. *L'acquis communautaire*. Vienna Convention of 1969. State Sovereignty. Conflicts of law. Applicable law.

RESUME : L'article a pour but d'examiner les questions juridiques relatives à l'article 50 du Traité de l'Union européenne. Le Droit de Retrait est un point d'inflexion considérable dans la construction de l'Union Européenne. Dans ce sens, l'étude de l'acquis communautaire, à savoir, l'ensemble des aspects juridiques et historiques essentiels, représenté par le contexte de l'après-guerre, par les étapes successives des traités modificateurs et fondateurs jusqu'à l'étape actuelle du Traité de Lisbonne, sont des conditions préalables. Egalement impératif, l'analyse des principes d'irréversibilité et de primauté, respectivement, en tant qu'un principe fondamentale et structurant du droit de l'Union Européenne, permettre de procéder ensuite à l'évaluation de l'article 50 du TUE et ses effets juridiques. Conflits des normes entre le droit international public, représenté par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, et le Droit de l'Union Européenne. La résolution des conflits de la loi applicable en cas de retrait en vertu de l'insertion de l'article 50 du traité UE, malgré la relativité des principes structurels de l'Union Européenne et le

renforcement de la souveraineté étatique.

MOTS-CLES : Droit de l'Union Européenne. L'article 50 du TUE. Le Droit de Retrait Le Principe de Primauté et de l'Irréversibilité. *L'acquis communautaire*. La Convention de Vienne de 1969. Souveraineté Étatique. Conflits des normes. Loi applicable.

SOMMAIRE : Introduction – 1- L'approche Juridico-Historique de l'Union Européenne – 1.1- l'Europe Communautaire – 1.2- La phase de l'instauration de l'UE – 1.3- La tentative de constitutionnalisation de l'UE – 1.4- La phase de la création de l'UE en tant qu'une – 2- Une offense aux principes structurants du droit de l'Union européenne – 2.A La relativisation des principes structurants du droit de l'Union européenne – 2.B Le renforcement de la souveraineté des états membres au sein de l'Union européenne – 3 - *Lex specialis* et le droit de retrait du TUE – 3.A - Le droit international public et le droit de retrait – 3.B - Le droit applicable en cas de retrait des états membres

INTRODUCTION

Le présent commentaire a pour but l'analyse des enjeux juridiques concernant l'article 50² du Traité de l'Union européenne.

2 Article 50 1. Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. 2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. 30.3.2010 Journal

Cet article établit le droit de retrait à un état membre de l'Union Européenne, lors de l'adoption du Traité de Lisbonne en 2007.

La retraite des États membres relève d'un sujet dont l'importance ira croissant. Au regard des crises politiques et économiques au cours de la construction de l'Union Européenne, certains États-membres ont tiré parti des possibilités inhérentes à la souveraineté étatique. Dans le contexte actuel, la crise de dette grecque depuis 2009, partiellement résolue par le pan d'austérité, ainsi que la crise des réfugiés et ses conséquences aux États-membres, notamment l'Allemagne et certains pays des Balkans, sont des thèmes qui suscitent des voix intérieures plus fortes en faveur de la sortie d'un État-membre.

Ainsi, l'intérêt de traiter de cet article vise à analyser les conséquences juridiques au système juridique européen et au système juridique international, ainsi que l'ordre juridique interne des pays membres. Le problème de droit consiste à vérifier si le droit de retrait conféré aux États membres par l'article 50 du TUE apporte des conséquences juridiques aux principes structurants du droit de l'Union européenne, et si son application est fondée sur les principes de droit international public.

De cette façon, il faut analyser, fondée sur une approche juridico-historique de l'Union Européenne, c'est-à-dire, l'acquis communautaire (I), le cas où l'article 50 du TUE constitue une offense aux principes structurants du droit de l'Union européenne (II), notamment, le

officiel de l'Union européenne C 83/43 FR 3. Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai. 4. Aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen et du Conseil qui le concernent. La majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. 5. Si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 49.

principe d'irréversibilité et de primauté du droit de l'UE, et son application justifié par le principe de *lex specialis* (III).

1) L'APPROCHE JURIDICO-HISTORIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE :

D'un tel point de vue on peut organiser ces 60 années en quatre périodes qui correspondent aux 4 phases fondamentales d'élaboration de l'UE. Le première période est phase communautaire. Ensuite, c'est la phase de l'instauration de l'UE à partir de 1992 (*Traité de Maastricht*). Le troisième période est la tentative de constitutionnalisation en 2005. Enfin, la phase de la création de l'UE en tant qu'OIG par le Traité de Lisbonne 2007 qui a entré en vigueur le 1 décembre 2009³.

1.1) L'EUROPE COMMUNAUTAIRE :

Le première période de l'Europe communautaire concerne l'année 1950 jusqu'à 2009. Ce qu'on appelle l'Europe communautaire, ces sont des OIG qui ont été créées dans l'année 1950 et dénommées de communauté européens. Il y en a eu trois, à savoir, la CECA (*Communauté Européenne de charbon et de l'acier*), CEE (*Communauté Économique Européenne*, et CEEA (*Communauté Européenne de l'énergie Atomique*).

La CECA constitue le premier temple de la construction communautaire. La CECA est un projet politique et juridique d'une ambition importante dans la mesure qu'il est fondé sur la réconciliation franco-allemande. La création de la CECA va se faire en deux moments qui sont la déclaration Schumann et la signature du traité de Paris du 18 avril 1945 qui est son acte de naissance

3 CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick. *L'Union européenne*, 9ème éd., 2012, coll. Précis, DALLOZ. p.46.

juridique⁴.

La déclaration de Robert Schumann du 9 mai 1950 est un texte fondé sur une logique de coopération, de solidarité, sur un esprit de type fédératif et surtout constitue le résumé du traité instituant la CECA. Parmi ses paragraphes importants, on cite les paragraphes qui exposent que l'Europe doit aboutir à un projet fédéral et que la réconciliation franco-allemande est fondamentale pour créer cette fédération européenne dont le fondement principe est et doit être la paix.

D'un autre côté, le Traité de Paris signé le 18 avril 1951 est responsable pour mettre en forme juridique les propositions de la déclaration Schuman. C'est un traité intuitif d'une OIG d'intégration qui comprend des articles relatifs à la finalité de l'OIG, des articles institutionnels, des articles qui concerne les règles applicables aux entreprise qui opère avec le charbon et de l'acier qui vont permettre d'assurer la gestion du charbon et de l'acier. Bien qu'il ait été conclu que pour une durée de 50 ans, l'écoulement du temps a provoqué l'extinction du traité au 23 juillet 2002.

Au-delà des innovations apportées par ce traité, comme la réconciliation franco-allemande, la gestion du charbon et de l'acier pour éviter les conflits, ce traité innove aussi sur le plan institutionnel. Le premier organe créé est le Conseil des Ministres, ensuite l'Assemblée Commune qui va être composée de parlementaires nationaux qui s'est devenu un peu après le Parlement Européen. La troisième instance est la Haute autorité. C'est l'ancêtre de la Commission Européenne. C'est une institution indépendante et il n'a qu'une seule fonction de remplacer les états pour réglementation sidérurgique, appliquer les règles de concurrence en matière sidérurgique de façon à libéraliser le principe du commerce et de l'industrie. Enfin, la CJCECA (*Cour de Justice de la Communauté*

⁴ SAURON Jean-Luc. Cours d'Institution européenne : **Le puzzle des institutions européennes**, Gualino, 4ème éd, 2010.p41-46

Européenne Charbon et de l'Acier) est une juridiction composée de juges est chargée de répondre aux recours exercés par les États et les entreprises contre les décisions adoptées par la Haute Assemblée.

Va se poser la question de savoir si cette expérience communautaire de 1951 ne peut pas être reproduite pour répondre à d'autres préoccupations d'intérêt commun européen, à savoir, l'intérêt économique et militaire. Lors de la Conférence de Messine en Italie le 3 juin 1956 deux nouveaux traités institutifs d'une OIG vont être signés. La CEEA (*Communauté Européenne de l'Énergie Atomique*) qui organise le marché intérieur du nucléaire civil. La CEE : à la différence de la CECA et de la CEEA, c'est une communauté multisectorielle dans plus de la vingtaine de domaines c'est-à-dire tous les secteurs où il y a de l'offre et de la demande. Toutefois, il a fallu attendre le 10 avril 1968 l'adoption d'un traité de fusion des Exécutifs, c'est-à-dire, une Commission et un Conseil unique pour les trois communautés⁵.

1.2) LA PHASE DE L'INSTAURATION DE L'UE :

Le terme UE fait son apparition qu'en 1992 à l'occasion de l'adoption du traité de Maastricht. Ces communautés existent toujours, mais on les regroupe dans un enveloppe commune : l'Union Européenne. Malgré ce traité a fait l'objet d'un certain nombre de révisions notamment avec l'adoption du traité de Amsterdam et de Nice, respectivement, en 1997 et 2001, il va durer jusqu'en 2009.

L'adoption du traité de Maastricht est le résultat d'un contexte politique divers dans les années passées. Les États ont été frappés par deux crises de pétrole en 1973 et en 1979. En 1986, Jacques Delors, le président de la Commission européenne, a pour but de mettre en place le marché européen interne où pourront se mettre en place, notamment la libre circulation des personnes et des capitaux⁶. Il suggère aux États

⁵ SAURON, 2010.p47-52

⁶ SAURON, 2010.p66

membres d'adopter un acte unique européen adopté en février 1986 et entre en vigueur en 1er janvier 1988. C'est un acte unique européen parce qu'il réunit des questions économique-politiques et des questions de diplomatie européenne. Parmi les exemples, on cite la programmation de la réalisation du marché intérieur, le renforcement des pouvoirs du parlement européen pour un processus de légitimité démocratique de l'Union Européenne et l'amélioration du processus décisionnel dans les Communautés Européennes.

A partir de 1991 les États membres organiseront une CIG (*Confédération Intergouvernementale*) dans le but de réviser l'acte unique européen et d'en tirer toutes les conséquences de l'achèvement programmé du marché intérieur. Cet acte annonçait juridiquement le Traité de Maastricht de 1992. L'apport de ce traité relevé des aspects économique, institutionnel et politique. En tant que l'apport économique, c'est l'encrage définitif de l'UE au principe de l'économie de marché, du libéralisme financier, et le passage à la monnaie unique.

Concernant l'apport institutionnel, il renforce les prorogatives du Parlement Européen, l'institution la plus démocratique de L'UE. De plus, c'est la généralisation de la procédure de vote à la majorité qualifiée (75 % de E) au sein du Conseil des Ministres. Sur les aspects politiques, ce traité va pour la première fois faire mention à la CEDH, et, finalement, c'est l'institution de la citoyenneté européenne.

Cependant, ce traité va faire l'objet d'un certain nombre de modifications, c'est-à-dire la révision de 1997 par le traité d'Amsterdam et par le traité de Nice en 2001. En ce qui concerne le traité d'Amsterdam, l'acte unique européen prévoyait lui-même sa clause de rendez-vous aux fins de révision, avec un double objectif. L'objectif économique d'analyser les pour et les contres d'une situation sur le passage à la monnaie unique, et l'objectif politique - diplomatique de poser la question de l'adhésion de nouveaux États à l'UE. Ensuite, à Nice en 2000 on va lancer des réflexions vers 2

directions de l'adoption de la charte de droits fondamentaux et l'adhésion de nouveaux États dans l'UE. Le traité de Nice c'est le traité qui va permettre le passage d'une Union européenne de 15 à 28.

Bien que l'UE soit instituée en 1992, par le Traité de Maastricht, elle n'est pas juridiquement une Organisation Intergouvernementale. Sur le plan international, les partenaires externes de l'UE ne parviennent pas à identifier le projet européen. D'un autre côté, sur le plan strictement interne, l'opinion publique ne comprend pas grand-chose de l'UE, vu sa complexité croissante. Dans ce sens, ce qui va conduire à la tentative de constitutionnalisation de l'Union Européenne par les états membres.

1.3) LA TENTATIVE DE CONSTITUTIONNALISATION DE L'UE

Le débat sur la Constitution européenne va arriver très rapidement à la suite de l'adoption du Traité de Nice en décembre 2001⁷. Alors qu'il était signé, mais pas encore ratifié, le Conseil européen va décider de procéder à une réflexion portant révision du traité de Nice. Ce projet de révision était prévu dans la déclaration du Traité de Nice, intitulé « *Déclaration sur l'avenir de l'UE* ». Cette déclaration devait porter, entre autres, sur les questions suivantes : comment établir une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les États membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité ; le statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - proclamé à Nice ; simplifier les traités afin qu'ils soient plus clairs et mieux compris ; le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne.

Le projet d'amélioration de l'UE et de révision des traités va être confié à une conférence appelée « *Convention sur l'avenir de l'UE* ». A partir de février 2002 cette convention va se lancer dans un

⁷ CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick. 2012. p.87-97

programme de propositions juridiques et politiques visant à améliorer l'UE, à la rendre plus simple et visible vis-à-vis de l'opinion publique européenne et vis-à-vis du monde, et lors de cette conférence va émerger le terme de *Constitution Européenne*⁸.

Les travaux de la convention vont durer 18 mois et, en juillet 2003, il y est proposé le projet d'un traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité était destiné à remplacer le *Traité sur l'Union Européenne* (TUE : traité de Maastricht) et le *Traité Instituant une Communauté européenne* (TCE : Traité de Rome). Cette Constitution européenne comprenait originellement 465 articles articulés autour de 4 parties principales.

Dans le cadre d'une conférence intergouvernementale, va être signé à Rome le 29 octobre 2004 un *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Cependant, en Octobre-novembre 2004, lors de la phase de ratification par chaque état, le débat sur la Constitution européenne va prendre une tournure politique, surtout en France et en Pays-Bas. Le parlement français a décidé de recourir à l'autorisation de ratification référendaire, au lieu de réglementaire, pour pouvoir ratifier la Constitution européenne (février-mars 2005). En 29 mai 2005 les français ont répondu non à la loi d'autorisation de ratification de la Constitution européenne, et en 1er juin 2005, un autre referendum organisé aux Pays-Bas donnait un résultat négatif. Ainsi, en tant que juridiquement il fallait l'unanimité des ratifications, le projet est mort et enterré⁹.

Sur un plan terminologique pour les rédacteurs de cette Constitution européenne ont essayé de faire de l'UE et de son traité principal un dispositif très ressemblant aux constitutions des états. En effet, le terme Constitution possède une valeur symbolique, car il renvoie à la notion d'état et accessoirement à la notion de nation ou de

⁸ ZILLER, Jacques, Le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, Les Notices de la documentation française, p.14

⁹ SAURON, 2010, p.109-114

peuple européen. Par ailleurs dans ce texte on va employer des expressions marquantes comme *loi européenne, président de l'UE, ministre des affaires étrangères, Charte des droits fondamentaux*. Ainsi, on retrouve un vocabulaire profondément étatique et du droit constitutionnel. Cependant, sur un plan juridique, l'UE dans le cadre du traité établissant une Constitution pour l'Europe demeure une organisation intergouvernementale d'intégration, rien de neuf par rapport aux communautés européennes.

De plus, on ne peut pas avoir de Constitution européenne dès lors que le processus de ratification était purement étatique, au lieu d'une participation du peuple européen. Or, le sentiment d'appartenance à un peuple européen identifié n'existe pas encore. L'UE demeure une OIG où les États ont une compétence souveraine pour intervenir dans les domaines qu'ils souhaitent, puisqu'ils conservaient leur souveraineté militaire, nationale, constitutionnelle. Ainsi, ce projet ne suppose pas un transfert de souveraineté ou un abandon de souveraineté des entités fédérées. Toutefois, ce débat n'a pas été audible dans l'opinion publique en 2004-2005, dans la mesure où ceux qui se sont appropriés les débats sur la Constitution européenne l'ont détourné.

Sur le plan européen le non français va avoir pour conséquence juridique, car le texte qui va s'appliquer alors à l'UE est le Traité de Nice de 2001, entré en vigueur en 2003. Pourtant, que ce traité est inadapté à une Europe composée de 17 états, il ne permet pas d'identifier juridiquement l'UE, les modalités de fonctionnement institutionnel est tellement rigide qu'il est difficile de décider à 27.

1.4) LA PHASE DE LA CRÉATION DE L'UE EN TANT QU'UNE OIG:

Pour sortir de cette impasse, il y avait trois solutions: Reconsulter France et Pays-Bas sur le projet de Constitution européenne ; laisser le Traité de Nice ; ou l'adoption d'un nouveau

traité ayant les éléments importants du projet constitutionnel.

C'est seulement lorsque l'Allemagne a présidé l'UE, à partir du 1^{er} janvier 2007, que des efforts pour sortir de l'impasse créés pas les évènements de 2005 furent entreprises par les états membres. L'objectif a été de réunir les 27 chefs d'état et de gouvernement pour d'abord déconstitutionnaliser le texte et procéder à une simplification du texte. De plus, le nouveau traité devait être un texte unique abrogeant les traités de Rome et de Maastricht.

C'est ainsi qu'après une série de négociations bilatérales entre la présidence allemande et les 26 chefs d'état et de gouvernement, une nouvelle CIG est ouverte sous présidence portugaise en 23 juillet 2007. Les états membres vont se mettre d'accord sur la manière de procéder, sur le processus de révision des traités existants, pour la ratification du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

Le traité de Lisbonne est aussi bien un traité modificatif du traité de Rome de 1957 et du traité de Maastricht de 1992 qu'une sorte de traité « passerelle » qui va reprendre les articles de la Constitutionnalité européenne élaborées par la Convention européenne en 2002-2003, sans l'ambition d'établir une Constitution pour l'Europe¹⁰.

L'application du traité de Lisbonne conduira à plusieurs changements formels et matériels. Sur le plan forme, le traité instituant la Communauté européenne (TCE), ou traité de Rome, anciennement traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) deviendra traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), alors que le traité sur l'Union européenne, ou traité de Maastricht (TUE) ne change pas de dénomination.

¹⁰ BLUMANN, Claude, « Le traité modificatif : une révision de trop ? », journée d'études de la CEDECE sur le traité modificatif du 19 décembre 2007, *Annuaire de droit européen*, vol. IV, pp. 9-29

Ainsi, le droit positif de l'UE reposera sur deux textes. Le premier texte est le traité sur l'UE. Il définit les principes de l'UE, il présente les institutions, prévoit les modalités de révision, d'adhésion, les possibilités de retrait de l'UE. Le traité sur l'UE fait référence aux droits fondamentaux et précise également que l'UE a la personnalité juridique et donc qu'elle est une OIG. Le deuxième texte est le traité de Rome instituant la communauté économique européenne : Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE).

Parmi les modifications, on peut citer la reconnaissance explicite de la personnalité juridique de l'UE, le caractère obligatoire de la Charte de droits fondamentaux, le renforcement du caractère démocratique de l'UE, par l'extension des pouvoirs tant du Parlement européen que des parlements nationaux, et la possibilité d'une initiative populaire en matière de législation européenne. On ajoute également la mise en place d'une présidence stable de l'UE et d'un Haut représentant pour les affaires étrangères et une procédure permettant à un État membre de quitter l'UE s'il désire.

Il est indéniable que le traité de Lisbonne diffère profondément du traité constitutionnel du point de vue formel. Alors que ce dernier, qualifié de traité « établissant une Constitution pour l'Europe », devait se substituer aux TUE et TCE, le traité de Lisbonne recourt à la technique classique d'amendement, déjà adoptée pour l'Acte unique européen de 1986, le traité de Maastricht de 1992, le traité d'Amsterdam de 1997 et le traité de Nice de 2001¹¹. Alors qu'une constitution a pour objet, notamment, de produire de la stabilité dans les relations juridiques, le Traité de Lisbonne se caractérise par la flexibilité qu'il offre aux États membre de progresser ou de régresser sur la voie de l'intégration.

¹¹ QUERMONNE, Jean-Louis. « Le traité de Lisbonne au regard du traité constitutionnel », in E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjarian et C. Schneider (dir.), *Le traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009, pp. 5-11

2) Une offense aux principes structurants du droit de l'Union européenne

L'introduction de l'article 50 TUE à l'ordre juridique de l'Union européenne a entraîné plusieurs conséquences juridiques, notamment sur les principes structurants du droit de l'Union européenne. Le principe d'irréversibilité et le principe de primauté ont connu la relativisation de leur force juridique lorsque en conflit avec des autres règles juridiques, en vertu du droit de retrait (A). De plus, la nature juridique unilatérale et volontaire du droit de retrait relevé de plus en plus renforce l'idée de la souveraineté des états membres au sein de l'Union européenne (B).

A- La relativisation des principes structurants du droit de l'Union européenne

Le principe d'irréversibilité et le principe de primauté sont des principes jurisprudentiels structurants du droit de l'Union européenne. Selon celui-là, les constructions européennes sont des processus continus et ils ne seront pas susceptibles de revenir en arrière. En ce qui concerne le deuxième principe, c'est la primauté du droit européenne sur le droit national¹².

En fait, c'était la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'arrêt rendu le 15 juillet 1964 qui les affirme comme des bases de la jurisprudence du droit communautaire. Au-delà de consacrer le principe de la primauté du droit communautaire sur les législations nationales, cette primauté sur le droit national serait de manière irrévocable. Ainsi, les engagements souscrits depuis 1957 par les états membres au sein de l'union européenne seraient inconditionnels et irrévocables. Cette interprétation sera confirmée quelques années plus tard par l'arrêt *Simmenthal* de 1978. De plus, un autre justificatif du principe de l'irréversibilité se trouve dans tous les préambules des traités

¹² Jean ROSSETTO – Abdelkhaleq BERRAMDANE : « Droit de l'Union européenne », Collection Cours de Droit, LGDJ, 2010.p.420-427.

européens depuis 1957, lorsqu'il énonçait qu'il s'agit de construire une Union sans cesse plus étroite entre les peuples européens. Ainsi, malgré son caractère déclaratif, il exprime l'esprit d'une construction irréversible de la CEE par ses fondateurs.

Or, le principe d'irréversibilité et son caractère absolu donnée par la CJCE démontre une fragilité au cours des années. C'était les évènements politiques internes des états membres, notamment les referendums au sein du Royaume-Uni¹³ et de l'Espagne¹⁴ qui démontre son caractère relatif. Cependant, c'était avec l'adoption du Traité de Lisbonne que son fragilité a été indéniablement remise en cause. Ce traité a prévu un droit pour un état membre de se retirer de l'Union. C'est précisément l'article 50 du Traité de l'Union européenne lorsqu'il énonce que Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union.

Article 50

1. Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union.
2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. 30.3.2010 Journal officiel de l'Union européenne C 83/43 FR

¹³ Le tabou du sort de l'Écosse dans l'Union européenne, LesEchos.fr, Anne BAUER. Acessado em 15/09/2014

¹⁴ La Catalogne : un défi plus risqué que l'Écosse pour l'Union européenne, LaTribune.fr Romaric Godin | Acessado em 27/09/2014

3. Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai.

4. Aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen et du Conseil qui le concernent. La majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

5. Si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 49.

Cet article représente juridiquement la rupture avec le caractère absolu du principe d'irréversibilité construit par les jurisprudences antérieures. Cependant, pour que le droit de retrait soit exercé il faut respecter les conditions prévu au sein de cet article. Le retrait d'un état membre doit s'opérer conforme à ses règles constitutionnelles. Dans ce sens, on envisage une obligation de moyen, puisque même s'il s'agit d'un droit unilatéral, l'État doit mettre en œuvre des procédures constitutionnelles pour la retraite. Ainsi, les évènements récentes, en raison du contexte politique et économique, qui ont emmené les états membre à réaliser un referendum sur la permanence au nom de l'UE devrait être soumises à cette condition.

B- Le renforcement de la souveraineté des états membres au sein de l'Union européenne

La nature juridique du droit de retrait reste aussi contestable, en vertu de son caractère unilatéral et volontaire. Ces caractéristiques emmènent à l'idée de souveraineté des états membre, puisque si les

États sont libres de contracter et de se lier par leurs accords, ils doivent être également libres de s'y retirer. Cela relève du principe du droit international public du *pacta sunt servanda*, naturel à tous les engagements juridiques des États. Par contre, au regard de l'alinéa 5 de l'article 50, les États qui se sont retirés de la Union, devront être soumis à l'article 49 du TUE, au cas d'une nouvelle demande de adhésion. Dans ce sens, l'adhésion à nouveau entraînerait la réception au droit interne de l'ensemble de l'acquis commanditaires depuis plus de 60 ans¹⁵.

De plus, au-delà de consacrer le droit de retrait prévu à l'article 50 TUE en démontrant le caractère non absolu du principe de l'irréversibilité, le caractère unilatéral et volontaire du droit de retrait repose sur un principe du droit international public fondé sur la souveraineté des états membre en dépit de la primauté du droit de l'UE sur les autres ordres juridiques et de son irréversibilité.

L'analyse du caractère unilatérale et volontaire peut également se faire sous l'angle de leur caractère contraire, c'est-à-dire, le caractère bilatéral et forcé. Ainsi, bien que soit un contrat entre plusieurs parties, l'état membre peut faire sa demande de retraite de l'UE sans le consentement des autres états. Dans un deuxième sens, le caractère volontaire exclut quelque considération à une expulsion d'un état membre. L'éventuel caractère forcé du droit de retrait serait une « *sortie-sanction* » en raison de violation aux principes fondamentaux de l'UE prévu dans l'article 3 du TUE¹⁶, notamment la paix, la libre

15 En tant qu'un exemple de sortie de l'Union européenne fondé sur la souveraineté et le *pacta sunt servanda*, on constate la Groenland, territoire danois, a procédé en 1982 à un référendum positif sur son retrait.

¹⁶ **Article 3 (ex-article 2 TUE)** 1. *L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples. 2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène. [...] Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut*

circulation des personnes et l'équilibre économique. Cependant, dans le contexte actuel le droit de retrait reste unilatéral et volontaire.

3) *Lex specialis* et le droit de retrait du TUE

L'insertion du droit de retrait a apporté un autre enjeu juridique, concernant l'application des conventions internationales au lieu du droit de l'Union européenne. Puisque les relations entre les états relèvent du droit international public (A), le droit de retrait prévu par l'article 50 TUE a pallié un vide juridique concernant quel droit à être applicable en cas de retrait (B).

A- Le droit international public et le droit de retrait

Le droit applicable aux traités constitutifs, et donc à l'Union européenne, est le droit international public. C'est la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui règle les relations internationales juridiques entre les États. Dans son article 26 de la Convention de Vienne de 1969, le principe du *pacta sunt servanda* énonce que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. De cette façon, on peut trouver deux conséquences juridiques à l'enjeu d'une sortie des états membres au regard du droit international public. Si les états sont libres de contracter et de se lier par leurs engagement, ils doivent être libres de se retirer.

Ainsi, le droit de retrait serait implicite, en raison du pouvoir inhérente des états membre de s'engager et de se libérer, ce qui permettrait d'éviter la nécessité d'une règle qui confère ce pouvoir aux états, notamment l'article 50 du TUE. Cependant, cette conséquence juridique n'est pas uniforme dans la doctrine, laquelle suggère des autres moyens juridiques.

la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen

B- Le droit applicable en cas de retrait des états membres :

Dans ce cas-là, parmi une autre partie de la doctrine, dans le silence des traités constitutifs sur le droit de retrait, l'article 44.3 de la Convention de Vienne sur les traités pouvait s'appliquer aux membres de l'Union européenne. L'application de cette convention est possible lorsqu'il se trouve entre les parties des états. Ainsi, cet article prévoit qu'un traité peut être remis en cause par dénonciation, suspension ou retrait si les parties l'ont convenu ou si l'État concerné a la faculté de le faire unilatéralement.

Cependant, l'insertion par le Traité de Lisbonne d'un mécanisme propre concernant la sortie d'un état membre, a uniformisé la doctrine par rapport la non application de cette convention. Au lieu d'appliquer l'article 44.3 de la Convention de Vienne sur les traités, l'article 50 TUE doit désormais être applicable en raison du principe de la *lex specialis*, selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales. Ainsi, puisque les états membre de l'Union européenne ont voulu créer une règle spécifique à leurs relations au sein d'une ordre juridique international spécifique, le droit de retrait doit être par les conditions prévu au sein de l'article 50 TUE.

BIBLIOGRAPHIE

BLUMANN Claude, « Le traité modificatif : une révision de trop ? », journée d'études de la CEDECE sur le traité modificatif du 19 décembre 2007, *Annuaire de droit européen*, vol. IV, pp. 9-29

BLUMANN Claude, DUBOIS Louis: « Droit institutionnel de l'Union européenne », 5^{ième} Edition, LITEC, 2013.

Borchardt, Klaus-Dieter. *Das ABC des Rechts der Europäischen Union*. Herausgegeben vom Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxembourg. 2010

CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick. « L'Union européenne », 9^{ème} éd., 2012, coll. Précis, DALLOZ

LE DROIT DE RETRAIT AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE

Jean-Baptiste Vila, “La sortie d’un État membre dans le Traité sur l’Union européenne. D’un mécanisme utopique à un protégé juridique”, RTDE 2011 pp.273 e s.

La Catalogne : un défi plus risqué que l’Écosse pour l’Union européenne, LaTribune.fr Romaric Godin | Acessado em 27/09/2014

Le tabou du sort de l’Ecosse dans l’Union européenne, LesEchos.fr, Anne BAUER. Acessado em 15/09/2014

QUERMONNE Jean-Louis, « Le traité de Lisbonne au regard du traité constitutionnel », in E. Brosset, C. CHEVALLIER-GOVERS, V. EDJAHARIAN et C. SCHNEIDER (dir.), *Le traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l’Union européenne ?*, Bruylant, 2009, pp. 5-11

ROSSETTO Jean, BERRAMDANE Abdelkhaleq: « Droit de l’Union européenne », Collection Cours de Droit, LGDJ, 2013.

_____ : « Droit de l’Union européenne », Collection Cours de Droit, LGDJ, 2010.

SAURON Jean-Luc. Cours d’Institution européenne : Le puzzle des institutions européennes, Gualino, 4ème éd, 2010.

Recebido em 20 de abril de 2016
Aprovado em 18 de outubro de 2016

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: COTEJO ENTRE POLÍTICAS DE AUXÍLIO EM MATÉRIA PENAL NOS ESTADOS UNIDOS, NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL

*Luíza Moura Costa Spínola**

RESUMO: Este artigo trata das disparidades entre sistemas de cooperação internacional em matéria penal, especialmente no que tange à colheita de provas. Esse tema mostra-se relevante devido ao avanço de fatores como a globalização e a tecnologia, que permitem ao crime transcender ainda mais as fronteiras territoriais dos Estados. O objetivo é comparar os sistemas de cooperação internacional dos Estados Unidos (EUA), da União Europeia e do Mercosul, enfatizando a produção probatória. Ademais, analisa-se a cooperação entre alguns dos países que integram esses blocos, por meio de revisão de literatura. Observou-se que os EUA e os países europeus se mostram mais avançados em relação à cooperação internacional que os países latino-americanos. Conclui-se que o Mercosul utiliza a União Europeia como parâmetro quanto aos tratados de auxílio em matéria penal, sendo a burocracia o principal problema na ineficiência da cooperação. Assim, os países latinos podem superar esses empecilhos mediante um investimento mais incisivo em mecanismos de cooperação internacional, diminuindo a morosidade do atual sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Público; Cooperação internacional; Prova; União Europeia; Mercosul; Processo penal.

ABSTRACT: This article discusses the differences between international cooperation systems in criminal matters, especially regarding the collection of evidence. The issue is considered relevant

* Advogada formada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito

because of the advancement of some factors such as globalization and technology, which allow crime even more to transcend territorial boundaries of states. The objective is to make a comparison between the international cooperation systems of the United States (US), the European Union and Mercosur, with emphasis on evidential production. Furthermore, an analysis is made on cooperation between some of the countries that are part of these blocks, using specific literature as source of research. We note that the US and European countries are more advanced in relation to international cooperation than the Latin-American countries. Also is concluded that Mercosur uses the European Union as a parameter in relation to treaties assistance in criminal matters, the departmentalism being the main problem in the inefficiency of cooperation. Thus, it is understood that the Latin countries can overcome these obstacles by a stronger investment in international cooperation mechanisms, reducing the length of the current system.

KEYWORDS: Public International Law; International cooperation; Evidence; European Union; Mercosur; Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução: a questão dos sistemas normativos díspares; 2 Direito comparado; 2.1 Modelo de Cooperação Internacional dos Estados Unidos; 2.2 Cooperação Jurídica Internacional na União Europeia; 2.2.1 Sistemas de Cooperação Internacional em Matéria Penal de Portugal e Espanha; 2.2.2 Análise da Eurojust; 2.2.3 Análise do *Organismo Europeu de Luta Antifraude* (OLAF); 2.2.4 Análise do *Conselho de Justiça e Assuntos Internos* (CAJAI); 2.3 Cooperação Jurídica Internacional no Mercosul; 2.3.1 Análise do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal para o Mercosul; 2.3.2 Cooperação Jurídica Internacional envolvendo outros países latino-americanos; 3 Comentários finais.

1 INTRODUÇÃO: A QUESTÃO DOS SISTEMAS NORMATIVOS DÍSPARES

O atual estágio da globalização, o desenvolvimento dos meios de transporte e o advento das novas tecnologias da informação ensejam que a cooperação internacional em processos penais seja mais incentivada. Afinal, hoje é possível que uma pessoa cometa um crime em um país e desloque o produto do delito para outro ou, ainda, que pratique, mediante o uso de um dispositivo com acesso à Internet, uma conduta delituosa que venha a lesar sistemas informáticos de outros Estados, sem nem mesmo sair do território do seu país.

Assim, concordamos com Aras (2015, p. 242) no sentido de que essa conjuntura se torna cada vez mais preocupante, pois nos defrontamos com o avanço da criminalidade transnacional. As soberanias, encontrando-se limitadas na proteção de seus interesses nacionais, inclusive na preservação de suas leis penais, encontraram-se na obrigação de cooperar de maneira mais intensa. A cooperação, inicialmente, era realizada baseada no princípio da reciprocidade, considerado elementar na seara do Direito Internacional, ou por *comitas gentium*, apenas uma cortesia internacional.

As medidas de cooperação internacional, também chamadas de cooperação interjurisdicional, foram descritas como diligências de intercâmbio internacional com a finalidade de realizar o cumprimento extraterritorial da Justiça de um Estado estrangeiro, segundo explica Vergueiro (2013, p. 352).

Ainda não é possível afirmar, contudo, que a cooperação jurídica internacional se opera da mesma forma em todos os países do mundo, principalmente no que tange à produção de uma prova e sua posterior incorporação a um processo penal em países distintos. Conforme a obra de Bechara (2011, p. 81), a multiplicidade entre os sistemas probatórios dos países é um dos principais empecilhos para que a prova gerada em um Estado seja aceita em outro. Isso porque a

discrepância entre as formas de elaborar o material probatório pode afetar sua capacidade de demonstração dos fatos.

Assim, um dos objetivos deste trabalho é demonstrar, mediante um breve estudo de Direito comparado, como se dá a elaboração de provas obtidas por meio da cooperação internacional, em matéria penal, em determinados países. Além disso, propõe-se a construção de um paralelo entre os modelos de cooperação internacional existentes entre os países-membros da União Europeia e os do Mercosul, destacando quais os tratados que promovem a cooperação em matéria penal, seus principais órgãos e procedimentos.

Para entender como funciona a cooperação internacional em matéria probatória para o processo penal, é imprescindível verificar o funcionamento dos principais sistemas probatórios existentes: o europeu continental e o anglo-americano. A principal característica que difere um sistema processual do outro é que, enquanto o europeu continental, predominantemente inquisitório, concentra a iniciativa probatória nas mãos do magistrado, independente da solicitação das partes, no anglo-americano, que é acusatório, o juiz não pode determinar a produção de provas, ficando essa iniciativa a critério das partes.

O sistema europeu-continental tem suas origens no sistema inquisitorial, cujo objetivo era, praticamente, obrigar o acusado a admitir a ocorrência dos fatos, mesmo que fosse necessário utilizar métodos irracionais para tanto, tais como a tortura. Esse modelo, contudo, começou a ser modificado a partir do século XVIII, com movimentos inspirados em ideias antropocêntricas, tais como a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, na Inglaterra. Com a ocorrência dessa mudança de paradigma, todos os atos praticados no âmbito do processo passaram a ser fiscalizados pela autoridade judicial, inclusive os que visam à produção de provas (BECHARA, 2011, p. 84).

Já o sistema anglo-americano afirmou a instituição do Tribunal do Júri como sistema de julgamento das causas penais (BECHARA, 2011, p.86). Sua repercussão no campo probatório é manifestada por meio de uma preocupação maior com o material produzido, uma vez que todo ele será apresentado aos jurados, com o intuito de persuadi-los, atentando para o fato de que eles nem sempre teriam o conhecimento jurídico necessário para apreciar as provas.

Assim, esse sistema impôs uma série de regras com o objetivo de controlar a qualidade das provas apresentadas, caracterizando-se pela competitividade das partes, que decidiam as questões a serem levadas ao Tribunal. Caso houvesse a necessidade de uma prova ser produzida em um Estado estrangeiro, a participação de autoridade judicial não seria condição *sinequa non* para admitir sua inclusão no processo.

2 DIREITO COMPARADO

Para demonstrar as disparidades dos sistemas probatórios no âmbito da cooperação jurídica internacional, se faz necessário selecionar alguns países americanos e europeus para examinar seus respectivos ordenamentos jurídicos. Será feita uma breve explanação sobre a forma como esses tratados influem nas relações de cooperação no âmbito penal, sobretudo nas relações que envolvam o Brasil.

Vilares (2013, p. 528) explica que o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça pelo Decreto nº 4.991/2004, exerce o papel de autoridade central de cooperação jurídica internacional. Ele não apenas envia e recebe documentos, mas busca a efetividade da cooperação, uma vez que se trata de um órgão especializado nas funções administrativas referentes às relações entre

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

os Estados. Dessa forma, os pedidos de auxílio direto e cartas rogatórias são processados por esse órgão.

De acordo com a *Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal* (BRASIL, 2012), elaborada pelo DRCI, o Brasil é um país predominantemente requerente, o que significa que emite muito mais solicitações de cooperação do que recebe efetivamente. Os países que mais se destacam no que tange às relações de cooperação em matéria penal com o Brasil são os Estados Unidos, Uruguai, Paraguai, Argentina, Espanha e Portugal, nesta ordem.

Os países inicialmente selecionados para uma análise de seus sistemas probatórios foram os três que não pertencem à parte latina do continente americano, mas que, ainda assim, possuem elevados índices de solicitações de cooperação internacional em relação ao Estado Brasileiro. Dessa forma, serão feitas considerações acerca dos sistemas de cooperação internacional de dois países da Europa e um da América do Norte.

Portugal e Espanha são os dois países-membros da União Europeia que mais solicitam medidas de assistência judicial ao Estado brasileiro (BRASIL, 2012). Isso ocorre, muito provavelmente, em razão da grande quantidade de espanhóis e portugueses que vivem no Brasil, bem como o elevado número de brasileiros que buscam esses países para se estabelecer.

Também será analisado o sistema de cooperação internacional dos Estados Unidos, que, além de ser um dos países onde mais se realizam solicitações de auxílio em matéria jurídica ao Brasil, possui tratados internacionais celebrados com diversos Estados. Já os países que compõem o Mercosul possuem tratados de assistência recíproca em matéria penal, de modo que a análise sobre o funcionamento desses mecanismos de auxílio jurídico entre tais Estados será feita

mais adiante, na seção destinada à cooperação internacional entre os países que pertencem aos mesmos blocos econômicos.

2.1 MODELO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, da mesma forma que ocorre em todos os países que adotam sistemas federativos de organização do Estado, há duas esferas normativas: a do poder central e a dos poderes regionais. Assim, no caso estadunidense, existem a legislação federal e a legislação dos Estados, conforme explica Rovegno (2011, p. 395). A legislação federal é aplicada nos tribunais federais e, nas hipóteses que se julgarem convenientes, os Estados Federados podem aderir a documentos legislativos, passando a admiti-los em seus tribunais estaduais. Nessas situações, o Legislativo estadual atua no sentido de considerar a lei federal como norma estadual vigorante. Há, portanto, tribunais federais nos quais se aplica a legislação federal e tribunais estaduais nas quais se aplicam as leis específicas de cada Estado federado.

Sobre as Cortes Federais desse país, de acordo com Rovegno (2011, p. 395), esses órgãos julgam em torno de um por cento dos processos criminais no país, sendo que boa parte de seus processos se refere a crimes graves. Dentre suas competências, estão os crimes considerados mais graves, bem como cabe ao sistema federal realizar a interpretação de normas de natureza penal e processual penal veiculadas pela Constituição Federal.

Segundo Vasconcelos (2013, p. 97), as Cortes Federais norte-americanas estão autorizadas a prestar assistência em matéria penal aos países estrangeiros desde o ano de 1855. Entretanto, apenas no ano de 1949, o Congresso Americano emendou o Ato para expressamente conceder essa competência às Cortes Federais.

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Isso também ocorreu em alguns Estados norte-americanos, por meio de suas legislações estaduais, que passaram a promover a cooperação jurídica em seu próprio âmbito. A competência das Cortes Federais foi ampliada no ano de 1964, a partir de quando foi facultado ao Promotor e ao réu requererem auxílio às Cortes norte-americanas, conforme aponta Vasconcelos (2013, p. 97). Em 1996, a legislação norte-americana atribuiu a suas Cortes competência para colaborar em investigações criminais conduzidas a partir de uma acusação formal.

No ano de 2009, os Estados Unidos alteraram sua legislação sobre cooperação jurídica internacional para facultar às autoridades públicas o direito de citar e intimar pessoas, além de ordenar a produção de documentos para servir como material de prova. Ademais, podem cumprir mandados de busca e apreensão; mandados e ordens para a busca de conteúdos em meios de comunicação eletrônicos e requisitar equipamentos de gravação de imagens ou de áudio.

O Brasil e os Estados Unidos celebraram o *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT)¹ no ano de 1993, sendo o acordo promulgado no Brasil no dia 2 de maio de 2001, por meio do Decreto 3.810. De acordo com Aras (2010, p.355), o MLAT é relevante para ambos os países, já que pode ser utilizado no lugar do ajuste sobre rogatórias previsto no Tratado de Extradicação de 1969, sendo mais eficiente, também, que o sistema de reciprocidade.

Esse tratado pode, ainda, ser utilizado por membros do Ministério Público, bem como pela Polícia e por autoridades judiciárias estaduais e federais. Nos Estados Unidos, órgãos locais como, por exemplo, Promotorias de Justiça, do mesmo modo, podem valer-se desse tratado para promover medidas de cooperação.

¹Tratado de Assistência Legal Mútua (tradução nossa).

Ainda conforme Aras (2010, p.356), é necessário destacar que o MLAT Brasil-EUA não tem como objetivo veicular pedidos de extradição ou de transferência de condenados, pois essas medidas de cooperação são reguladas por instrumentos jurídicos próprios. Ele visa a prevenir a criminalidade transnacional, além de possibilitar a investigação de delitos que interessem a ambos os países. Ademais, tem por objetivos a recuperação e repatriação de ativos, assim como o cumprimento de procedimentos relativos a infrações penais, mas que tenham natureza cível ou administrativa.

Para Vasconcelos (2013, p.165), uma das vantagens do MLAT em relação às cartas rogatórias é a compulsoriedade: enquanto a carta pode não ser cumprida pelo requerente, sendo que esse pode simplesmente deixar fundamentar a decisão pela qual decidiu não cooperar, no Tratado, o pedido de assistência só pode ser denegado nos limites elencados no art. 3º, devendo haver decisão fundamentada do requerente. Ressalva-se que esse rol de motivos para denegação é meramente exemplificativo, podendo ser obstada a aplicação do Tratado, por exemplo, se o pedido tiver como objeto a persecução de crime militar.

Além disso, conforme é possível constatar, o MLAT proporciona muito mais celeridade às medidas de cooperação jurídica internacional. Tanto Aras (2010, p. 359) quanto Vasconcelos (2013, p.166) consideram que o fato de esses procedimentos de auxílio jurídico poderem ser executados independentemente da dupla incriminação (exceto a hipótese de confisco de bens) aumenta significativamente o campo de aplicação do respectivo Tratado. Dessa maneira, é possível perceber que uma prova produzida por intermédio da aplicação do MLAT Brasil-EUA tem uma maior probabilidade de ser considerada válida no Estado requerente do que um material probatório colhido mediante carta rogatória.

2.2 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA UNIÃO EUROPEIA

A partir do ano de 1945, em virtude dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, foram concretizados maiores esforços de cooperação entre os Estados da Europa Ocidental. Ambos e Rackow (2006, p. 17) citam um discurso de Winston Churchill de 1946, em que o estadista britânico menciona a ideia de uma espécie de “Estados Unidos da Europa”. No ano de 1949 houve a fundação do Conselho da Europa, que atualmente conta com 47 Estados-Membros, e cujo tratado mais relevante é a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950.

Apesar de a União Europeia ter sido criada cerca de quarenta anos depois do Conselho da Europa, no início da década de noventa, por meio do Tratado de Maastricht, a cooperação em matéria penal já era uma preocupação antiga entre os países europeus. Cervini e Tavares (2000, p.91) explicam que a Convenção Europeia de Cooperação Judicial em Matéria Penal de Estrasburgo foi firmada no ano de 1959 e somente passou a vigor a partir de 1962. Assim, diversos princípios da cooperação internacional foram consagrados com a promulgação desse Tratado, tais como os princípios funcionais e os de garantia. Esses princípios passaram a ser observados não apenas nos tratados de cooperação jurídica entre os países da Europa, como também em países pertencentes a outros continentes, demonstrando que o costume é a fonte primordial do Direito Internacional Público.

A cooperação judiciária em matéria penal no espaço europeu é parte integrante de uma das metas mais marcantes da União Europeia, conforme explica Sousa (2014, p. 299). Esse objetivo foi introduzido pelo Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em maio de 1999, em que está previsto o desenvolvimento da União Europeia como um espaço de liberdade, segurança e justiça. Como se trata de um espaço onde há livre circulação de pessoas, se faz necessário dotar a União Europeia de uma política nos âmbitos da polícia e da justiça penal, de forma a combater todos aqueles que abusam dessa liberdade.

Nesse sentido, para Satzger e Zimmerman (2010, p. 401), a União Europeia é acometida de um problema básico de extrema relevância no que tange ao combate do crime transnacional. Isso, porque os indivíduos e criminosos em potencial podem valer-se da liberdade e movimento e da abolição de fronteiras internas dentro da União Europeia e, por outro lado, porque a persecução penal sempre foi nacional.

Para Bechara (2011, p. 173), a cooperação judicial europeia sempre foi pouco ativa, lenta e por demais formalista. Dentre os fatores que dificultam a sua eficiência estão as implicações de soberania, diferenças entre os sistemas penais e processuais dos Estados membros e as barreiras burocráticas. A solução para essa problemática, conforme o autor, está no princípio do reconhecimento mútuo, segundo o qual deve haver a aceitação da resolução adotada por órgãos judiciais competentes em um Estado Estrangeiro. Esse princípio foi contemplado pelo Tratado de Amsterdã, em 1998, e pela Cúpula de Tampere, em 1999.

No âmbito da cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia, ainda é necessário ressaltar o Tratado de Lisboa, em vigor desde primeiro de dezembro de 2009. Segundo Sousa (2014, p. 305), esse tratado conferiu um novo enquadramento normativo-institucional à realização de um Espaço Europeu de Justiça Penal, pois sujeitou esses domínios, sensíveis em relação à soberania nacional, ao método comunitário de decisão, no qual prevalece a regra da maioria qualificada no Conselho da União Europeia, a codecisão com o Parlamento Europeu e a extensão das competências do Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo um considerável avanço.

A União Europeia, atualmente, possui 28 Estados-membros, mas, para esse trabalho, vamos nos concentrar em dois deles, especificamente. Faremos, a seguir, uma breve análise acerca dos sistemas de cooperação internacional de Portugal e Espanha, os países

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

européus que mantêm relações de cooperação mais intensas com o Brasil.

2.2.1 Sistemas de Cooperação Internacional em Matéria Penal de Portugal e Espanha

Em Portugal, de acordo com Triunfante (2013, p.108), a norma que prevê a cooperação internacional é a chamada Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, sendo que é um dos poucos Estados europeus que possui legislação interna acerca desse assunto. Ademais, no Centro de Estudos Judiciários de Portugal, mais especificamente no Departamento de Relações Internacionais (DRI), são desenvolvidas pesquisas científicas para prestar apoio em matéria de formação judiciária.

O DRI existe com o propósito de informar os juristas portugueses acerca do funcionamento das normas de cooperação. Há, ainda, na Procuradoria Geral da República um órgão denominado de Gabinete de Documentação e Direito Comparado, que desempenha, essencialmente, funções relativas ao assunto.

Ainda conforme Triunfante (2013, p.109), o Gabinete tem como objetivos proporcionar assessoria jurídica em assuntos como Direito Comunitário e Internacional e auxiliar na organização e tratamento da documentação proveniente de organismos internacionais. Igualmente, dá respaldo ao Ministério Público no âmbito da cooperação jurídica internacional e realiza a divulgação do sistema jurídico português entre os Estados-membros da União Europeia.

No que tange à Convenção 2000 (CE 2000), marco do auxílio jurídico internacional no âmbito da União Europeia, Triunfante (2013, p.111) explica que Portugal foi o primeiro Estado europeu a ratificá-

la. O objetivo desse tratado foi complementar as legislações internas dos países, assim como suplementar outros acordos bilaterais entre os países-membros da União Europeia que estabeleçam condições favoráveis à cooperação jurídica internacional.

Com referência à forma de transmissão das cartas rogatórias em Portugal, mecanismo mais comum para solicitar a produção de provas em um Estado estrangeiro, essa foi regularizada pela CE2000 em seu art. 6º, que prevê que a comunicação será direta entre as autoridades judiciais. Parte considerável dos juristas portugueses, todavia, considera que o judiciário do país não se encontra devidamente aparelhado (TRIUNFANTE, 2013, p. 112). Isso, porque não há mecanismos que permitam aos magistrados emitir e cumprir as cartas rogatórias de maneira mais célere, já que nem todos os órgãos judiciais possuem tradutores. Em Portugal, apenas as cartas emitidas para a Espanha e a França estão dispensadas de prévia tradução, em virtude de acordos celebrados entre esses países.

Quando é necessário emitir cartas para outros países-membros da União Europeia, o que ocorre é a terceirização do serviço, mediante contratação de empresas ou professores de línguas estrangeiras. Triunfante (2013, p. 113) explica que esses tradutores *ad hoc*, não obstante realizarem o trabalho com agilidade, algumas vezes cobram um valor relativamente alto pelo serviço.

No que tange à cooperação jurídica internacional entre Portugal e Brasil em matéria de extradição, o mecanismo está previsto não apenas nas Constituições portuguesa e brasileira, no regimento do Supremo Tribunal Federal e no Estatuto do Estrangeiro, como também em um tratado celebrado entre os dois países no ano de 1991.

Weber (2015, p. 25) explica que, em virtude do Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal, incorporado pelo Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994, a autoridade central designada para tratar de assuntos de cooperação internacional

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

entre os dois países é a Procuradoria-Geral da República, diferentemente do que ocorre na maioria dos tratados bilaterais de cooperação em matéria penal, nos quais o Ministério da Justiça é a autoridade central. A Procuradoria-Geral da República também se encarrega de assuntos de cooperação internacional em matéria penal que envolvem o Canadá, por conta do Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Canadá, incorporado pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009.

Entre Brasil e Portugal, a existência de tratados entre os países propicia a cooperação, proporcionando que os pedidos de extradição sejam processados e deferidos de forma mais célere, conforme Kreutz (2014, p. 107). A Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, na condição de norma especial, prevalece sobre as disposições da lei interna enquanto norma especial, devendo ser observada em situações nas quais se configurem tais pedidos.

Além de Portugal, o Brasil encaminha, com frequência, pedidos de cooperação internacional penal para a Espanha. De acordo com Saadi (2015, p. 143), o Brasil também possui acordo bilateral em matéria penal em vigor com esse país, sendo que a maior parte dos pedidos referentes aos demais países tramitam com base em acordos multilaterais.

Triunfante (2013, p.132) elucida que, por meio do Regulamento nº1/2005, foi criada, no país, a chamada *Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional* (REJUE), uma instituição descentralizada, composta por juízes com o apoio do *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), grupo de especialistas em temas internacionais que possui competências dentro e fora da União Europeia. Os juízes que fazem parte da REJUE ficam ligados a uma das duas divisões existentes, sendo considerados civilistas ou penalistas, e a Rede atua em todo território do Estado espanhol.

No CGPJ existe a *Red de Expertos em Derecho de la Unión Europea* (REDUE)², composta por juízes de diferentes áreas e responsável por prestar assistência a todos os órgãos jurisdicionais sobre a aplicação do Direito da União Europeia e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, conforme Triunfante (2013, p.134). Além disso, há, na Espanha, a chamada *Secretaría Técnica de La Fiscalía General del Estado*, órgão central do Ministério Público para assuntos de cooperação jurídica internacional, sendo que compete a tal entidade a coordenação de toda atividade no âmbito das relações internacionais.

Criou-se o *site Poder Judicial España*, cujo objetivo é sanar as dúvidas dos operadores do Direito, possibilitando o acesso a acordos, tratados internacionais e jurisprudência. Dessa forma, os profissionais, sejam eles advogados ou funcionários públicos, podem entender melhor as normas internacionais a serem aplicadas e identificar qual o órgão competente para apreciar questões que envolvam entidades estrangeiras.

A Espanha exige que os pedidos de assistência judicial, junto com os documentos necessários, sejam acompanhados de uma tradução devidamente autenticada, segundo Triunfante (2013, p.136). Esse país ainda requer que, caso a finalidade do pedido de cooperação seja o comparecimento do acusado a outro país, a carta rogatória seja enviada ao Ministério da Justiça com no mínimo trinta dias de antecedência. O Estado espanhol reserva-se a faculdade de não facilitar o acesso a informações a outra parte interessada no que tange a antecedentes criminais, na hipótese de esses pertencerem a um cidadão espanhol, numa tentativa de proteger os seus nacionais.

2.2.2 Análise da Eurojust

² Rede de Especialistas em Direito da União Europeia (tradução nossa).

De acordo com Davin (2007, p. 143), o Conselho Europeu de Tampere decidiu criar uma unidade chamada *European Union Judicial Cooperation Unit*³(Eurojust) para reforçar o combate às formas graves de crime organizado.

Trotta (2013, p.242) ensina que a Eurojust é um órgão que, apesar de fazer parte da própria União Europeia, possui personalidade jurídica própria, sendo sua sede localizada em Haia (Holanda). Sua criação decorreu da Decisão 2002/187/JAI do Conselho da União Europeia, em 28 de fevereiro de 2002. O Tratado de Nice (2003) incorporou a Eurojust no Tratado da União Europeia, por meio da modificação dos artigos 29º e 31º desta.

De acordo com o próprio *site* da Eurojust (2016), sua principal meta é aprimorar o auxílio judicial entre os países-membros da União Europeia, bem como promover uma organização mais eficiente de eventuais investigações e ações penais conduzidas por mais de um Estado europeu. Ademais, a Eurojust busca incentivar os Estados-membros a deflagrarem ações e investigações penais baseadas em informações que o órgão de determinado país detenha e nas prioridades no âmbito das políticas criminais.

Para atingir seus objetivos, a Eurojust exerce suas funções por meio de membros nacionais dos Estados envolvidos em certo assunto ou em situações tipificadas de maneira específica em decisões colegiadas que envolvem a manifestação dos países-membros da União Europeia. Marques (2014, p. 412) explica que a competência da Europol abrange todas as formas da chamada “criminalidade grave”. Cada Estado-membro pode definir a natureza e o alcance das competências judiciárias por ele atribuídas ao membro nacional em seu território e determinará quais os direitos que serão concedidos ao seu representante para atuar em relação às autoridades judiciárias estrangeiras.

³Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (tradução nossa).

A função desse organismo é dar respaldo às autoridades competentes dos países que fazem parte da União Europeia, a fim de dar maior eficácia às suas investigações e atuações, segundo Trotta (2013, p.244). Quanto às competências, a Eurojust atua, inicialmente, em relação às espécies de competência delitiva comuns à Europol. A Europol é a Agência Europeia de Polícia, conforme Marques (2014, p. 409), uma organização de grande relevância no combate ao crime organizado. Foi criada pelo Tratado de Maastricht e estabelecida pelo Acordo Ministerial de 2 de Junho de 1993 como unidade policial de recolha e tratamento de informação, no âmbito da União Europeia, quanto à luta contra o tráfico de drogas (DAVIN, 2007, p. 146). Sua competência foi alargada pela Ação Comum de 10 de março de 1995, que substituiu esse Acordo Ministerial.

A Eurojust atua em quaisquer crimes de informática, fraude e corrupção que venham a afetar os interesses financeiros da Comunidade Europeia. Ademais, a Eurojust intervém em casos de crimes de lavagem de capitais, crimes contra o meio ambiente e participação em organização criminosa. Sua competência também abarca crimes conexos aos retromencionados. Para Davin (2007, 145), a Eurojust deve ser considerada um elemento fundamental no avanço da cooperação judiciária internacional em matéria penal

2.2.3 Análise do *Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)*

No final da década de oitenta, a prevenção da fraude era da competência essencialmente do Parlamento Europeu e do Tribunal de Contas Europeu, até que a própria Comissão Europeia, pressionada pelo próprio Parlamento, criou, em 1988, a Unidade de Coordenação na Luta Antifraude (UCLAF) (MENDES, 2014, p. 424). A UCLAF era competente para investigar as suspeitas de fraude, exceto em matéria penal. Os Estados membros, por meio de suas respectivas autoridades, tinham poderes exclusivos para instruir e julgar processos criminais em matéria de fraude lesiva aos interesses comunitários. A

UCLAF foi sucedida pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), instituído no ano de 1999.

Consoante informações do *site* do OLAF (EUROPEAN COMMISSION, 2016), esse organismo faz parte da União Europeia e tem uma função tripla. O primeiro aspecto dessa tripla função é salvaguardar os interesses financeiros da União Europeia, pela investigação de casos de fraude e corrupção, além de quaisquer outras atividades ilegais. O OLAF também busca identificar e apurar situações relacionadas ao exercício de atividades profissionais dos membros das instituições ou organismos da União Europeia que possam vir a causar processos disciplinares ou penais. Embora faça parte da União Europeia, possui autonomia administrativa e orçamental.

O OLAF tem competência para realizar inquéritos internos em matérias que acometam os interesses financeiros da União Europeia (MENDES, 2014, p. 425). Essas competências de inquérito devem ser exercidas sem prejuízo das funções de controle e de auditoria a cargo de outros serviços da Comissão Europeia. Para tanto, o inquérito deve ser conduzido em conformidade com as normas de cooperação internacional, de modo que possibilite o trabalho em conjunto das autoridades competentes de países-membros e mesmo de Estados não pertencentes à União Europeia.

Segundo a página do OLAF na *Internet* (EUROPEAN COMMISSION, 2016), o órgão pode desempenhar inspeções nas instalações de agentes econômicos, no intuito de identificar uma possível fraude. É preciso ressaltar que esses poderes são conferidos ao OLAF de forma que este pode realizar as medidas anteriormente citadas com total independência dos demais organismos da União Europeia. Mesmo que tenha independência para realizar os inquéritos supracitados, o organismo não tem exatamente a competência para aplicar sanções, pode, apenas, fazer recomendações acerca das

providências a serem tomadas pelas autoridades nacionais ou pelos órgãos da União Europeia com respaldo em suas investigações.

No que diz respeito ao domínio financeiro, o OLAF orienta que verbas utilizadas indevidamente sejam restituídas. Já no domínio judicial, caso haja provas de uma infração penal, o OLAF poderá recomendar uma ação judicial ao remeter um relatório às autoridades competentes.

Conforme ressalta Mendes (2014, p. 426), desde a sua criação em 1999, o OLAF realizou por volta de 4.500 inquéritos, cumprindo a sua função de defesa do orçamento da União Europeia frente às atividades de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro.

2.2.4 Análise do Conselho de Justiça e Assuntos Internos (CAJAI)

Segundo o Conselho da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2016), esse órgão é responsável pelo desenvolvimento da cooperação e das políticas comuns sobre assuntos que transcendem as fronteiras territoriais dos Estados-membros da União Europeia. Ainda tem como finalidade criar um espaço que promova a liberdade e a justiça no âmbito desse bloco. A cooperação entre países é relativa às matérias cível e penal, bem como trata de assuntos referentes à migração entre os países-membros.

O CAJAI é composto por Ministros da Justiça e dos Assuntos Internos de todos os países que fazem parte da União Europeia. Enquanto os Ministros da Justiça tratam da cooperação internacional nos âmbitos cível e penal, os Ministros dos Assuntos Internos se ocupam das questões relativas à migração, ao controle das fronteiras e à cooperação entre os órgãos da Polícia dos respectivos Estados-membros.

Ainda conforme o Conselho da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2016), as reuniões ocorrem a cada três meses. Caso os

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

assuntos debatidos pelo órgão estejam envolvidos com o “acervo de Schengen”, ocorre a formação do chamado “comitê misto”, composto pelos Estados-membros da União Europeia, juntamente com os quatro países que participam do Acordo de Schengen (Islândia, Listenstaine, Noruega e Suíça).

É necessário fazer uma breve interrupção para explicar que esse “acervo” é composto pelo Acordo e pela Convenção de Schengen, bem como os acordos e regras conexos a estes. Segundo o glossário eletrônico oficial da União Europeia sobre legislação (UNIÃO EUROPEIA, 2016), o Acordo de Schengen foi firmado pela Alemanha, Bélgica, França, Luxemburgo e Países Baixos, no ano de 1985, cujo objetivo é facilitar a circulação de bens e pessoas entre os países signatários.

A Convenção de Schengen, por sua vez, integralizou o Acordo ao definir as condições de aplicação e garantias de realização dessa livre circulação, tendo sido assinada pelos Estados-membros em 1990 e entrado em vigor cinco anos depois. No ano de 1999, o referido “acervo” foi integrado ao quadro jurídico e institucional da União Europeia, em razão de um protocolo anexo aos tratados.

O CAJAI responsabiliza-se pelas políticas de asilo e imigração, pela proteção da população civil e pela luta contra a criminalidade organizada e o terrorismo, como, também, pela cooperação jurídica nas áreas cível e penal (UNIÃO EUROPEIA, 2016). De acordo com Baqueiro (2014a), apesar de um dos objetivos do CAJAI ser a proteção das fronteiras dos países-membros da comunidade europeia, seus mecanismos têm se mostrado suficientes para a repressão aos crimes transnacionais.

2.3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO MERCOSUL

O Mercosul equivale a uma união aduaneira e é composto por cinco membros plenos (Brasil, Argentina, Bolívia, Uruguai, Paraguai e Venezuela) e cinco Estados associados (Chile, Bolívia, Equador, Peru e Colômbia). Tem como objetivo chegar ao mesmo patamar da União Europeia, com moeda única e livre circulação de pessoas.

Trotta (2013, p.255) explica que o fenômeno de integração entre os países teve início na Europa durante a década de 1950, mais especificamente, no período pós-guerra. O motivo principal que levou os blocos associativos a lograrem êxito foi, sem dúvida, a economia, visto que os países necessitavam de recursos para se restabelecerem das perdas que tiveram na Segunda Guerra Mundial. Com o passar do tempo, alguns países da América do Sul passaram a achar vantajosa a ideia de se agregar em blocos econômicos, por perceberem que o continente europeu estava lucrando mais com essas alianças.

Malgrado houvesse algumas tentativas nesse sentido de firmar uma política de cooperação internacional, apenas com o Tratado de Assunção –firmado em 26 de março de 1991 entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – foi estabelecido o embrião do Mercosul. Isso fez com que os países latino-americanos acompanhassem a tendência mundial da consolidação em blocos econômicos, representando a máxima “a união faz a força”, para defender seus interesses no plano internacional. No entanto, é preciso ressaltar que o Mercosul somente adquiriu personalidade internacional com a celebração do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, que transformou o Mercosul em uma união aduaneira.

Para Cervini e Tavares (2000, p. 26), o Mercosul é uma entidade intergovernamental dotada de personalidade jurídica. O Tratado de Assunção criou uma organização intergovernamental, na qual os Estados membros, considerando um princípio de igualdade e guiados pela fórmula do consenso, dispõem e decidem sobre diversas matérias contempladas no Tratado. Trata-se, então, de uma opção intergovernamental e não supranacional, característica que se mantém

no Protocolo de Ouro Preto e que constitui um dos elementos determinantes de natureza jurídica do Mercosul.

As instituições intergovernamentais são caracterizadas pelo reconhecimento de que os Estados privilegiam seus interesses nacionais, sendo as decisões tomadas por unanimidade, não havendo um tribunal independente e com a necessidade de internalização dos instrumentos normativos comuns (TROTTA, 2013, p. 260). Já a supranacionalidade há a primazia do interesse comum sobre o dos Estados-Partes e tomada de decisões pela maioria. Isso pode ser um fator agravante à cooperação internacional.

A despeito do caráter intergovernamental do Mercosul, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai são signatários do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em assuntos penais no âmbito do Mercosul, o que, segundo Bechara (2011, p. 180), representa um perceptível empenho de harmonização entre as legislações nacionais.

2.3.1 Análise do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal para o Mercosul

Conforme Anselmo (2010, p. 224), o Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais, também chamado de Pacto de San Luis, foi assinado entre os governos da Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil em 1996, tendo sido promulgado pela Presidência da República, por meio do Decreto nº 3.468, apenas no ano de 2000. Foi firmado, ainda, um Acordo Complementar ao Pacto de San Luis e mais dois novos acordos com a entrada da Bolívia e do Chile. No entanto, muito provavelmente em virtude de questões burocráticas, esses tratados ainda não estão em vigor.

Ainda de acordo com Trotta (2010, p. 228), a finalidade do Protocolo é promover a assistência jurídica mútua em questões penais entre as autoridades competentes dos Estados Partes, o que inclui a

investigação de delitos ou a cooperação penal com procedimentos relacionados com assuntos penais. Logo no início do texto, mais especificamente no art. 1, § 4º, afirma-se que a assistência será prestada ainda quando as condutas não sejam consideradas delitos no Estado requerido, abandonando assim a exigência da dupla incriminação, segundo as lições de Bechara (2011, p. 180).

Os princípios que regem o Pacto de San Luis podem ser divididos em dois grupos: princípios funcionais e princípios de garantia, consoante as lições de Cervini e Tavares (2000, p. 103). Dos quatro princípios funcionais, dois não explicitados no Protocolo (princípio da primazia das normas processuais de fonte supranacional ou internacional e o princípio da aplicação direta) e dois que se manifestam nitidamente em diversas normas do texto do Protocolo (princípio de eficácia na assistência e princípio de reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos envolvidos). Já os princípios de garantia são nove: o princípio da delimitação quanto ao âmbito ou alcance; princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido; princípio do respeito à lei interna processual e substancial do Estado requerido; princípio da gradualidade nos requisitos; princípio de reserva política; princípio do respeito à jurisdição territorial; princípio de proteção aos sujeitos do processo; princípio da especialidade com relação ao uso de informações ou prova obtidas; princípio da responsabilidade.

Quanto ao gerenciamento dos pedidos de assistência, cada Estado Parte deve designar uma autoridade central para receber as solicitações e remetê-las às respectivas autoridades competentes, consoante o art. 3º, §1º do Protocolo. As autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente encarregadas do julgamento ou investigação do delito, nos termos do art. 4º, podem transmitir solicitações à Autoridade Central.

Conforme explica Bechara (2011, p. 180), é possível verificar a observância do marco de garantias concernente à atividade

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

probatória a partir da descrição do procedimento para a produção de provas. No artigo 2º do Protocolo estão previstos os atos passíveis de assistência, tais como: recepção e produção de provas como testemunhos ou declarações; realização de perícias e exames de pessoas, bens ou lugares; notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente; traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente; entrega de documentos e outros elementos de prova.

É preciso lembrar, antes de mais explicações, que, caso o País requerente pretenda colher prova no País Requerido, serão as regras do segundo que regularão a produção de prova. No que tange ao testemunho no Estado requerido, a pessoa deve comparecer ao local e data a serem informados com antecedência, podendo inclusive ser fixados de comum acordo entre o requerente e o requerido (ANSELMO, 2010, p. 240). Além disso, pode ser autorizada a presença de autoridades indicadas que poderão, em conformidade com a lei local, formular perguntas. O consentimento da pessoa que vai prestar depoimento no Estado requerente deve ser registrado por escrito e ser encaminhado à sua autoridade central. As despesas de seu traslado e estada serão de responsabilidade do Estado requerido.

Em caso de solicitação de comparecimento no Estado Requerente de pessoa que esteja sujeita a um processo penal no Requerido, deve ser trasladada com o consentimento deste e da pessoa. Já na situação em que a pessoa esteja sujeita a procedimento penal no Requerente e deva apresentar-se no Requerido, é necessário o consentimento não apenas da pessoa, mas de ambos os Estados (ANSELMO, 2010, p.241).

Quanto à entrega de documentos oficiais, o Estado requerente pode solicitar cópias sem maiores burocracias, se forem acessíveis ao público, mas, caso não sejam, podem ser fornecidos nas mesmas condições em que as autoridades do requerido se dispõem desses

documentos, conforme o art. 15 do Protocolo. Em caso de denegação, o Estado requerido não é obrigado a expressar os motivos, o que não parece razoável, considerando que, em virtude da “política da boa vizinhança” entre países próximos, seria plausível no mínimo alguma forma de “satisfação” para a denegação dos documentos. Entretanto, estão previstas no art. 5º as hipóteses de denegação de assistência.

Para fins de melhor compreensão acerca dos meios de cooperação no Mercosul, Anselmo (2010, p.244) ensina que inspeções e entrega de objetos que possam ser requisitadas, para servir como meio de prova, por exemplo, precisam ser realizados em consonância com o art. 23 do Protocolo e devem ser realizados de acordo com a legislação processual e substantiva, obviamente. Caso os documentos não sejam acessíveis ao público, a restrição deve ser observada pelo Estado requerente, bem como solicitações relativas ao direito de terceiros devem ser atendidas.

Cervini e Tavares (2000, p.157) consideram que o Protocolo elaborado para o Mercosul é inspirado em acordos bilaterais já bastante debatidos e, em algumas situações, reitera fórmulas burocráticas, inconvenientes frente à diversidade dos sistemas jurídicos dos países-membros. Os autores entendem que a via mais aconselhável para a harmonização dos Estados-membros do Mercosul, quanto à matéria penal, passa pelos compromissos de assistência jurídica mútua internacional, que tem deixado de ser uma simples cortesia, para se tornar, progressivamente, uma obrigação para os Estados contemporâneos.

2.3.2 Cooperação Jurídica Internacional envolvendo outros países latino-americanos

Anselmo (2010, p.245) ensina que, para complementar o Pacto de San Luis, foi assinado o Acordo Complementar ao Protocolo

de Assistência Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-membros do Mercosul, que, conforme retromencionado, são o Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, em 5 de dezembro de 2002, que elabora modelos de formulários de solicitação de auxílio jurídico em matéria penal para demandar informações acerca do cumprimento de solicitações de assistência. Entretanto, esse acordo ainda não é vigente no Brasil.

Outro tratado que também versa sobre matéria penal é o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Parte do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Embora tenha sido assinado em 18 de fevereiro de 2002, o Acordo também ainda não é vigente no Brasil. É importante salientar que tais documentos não inovam nas matérias sobre as quais o Protocolo de San Luis versa, apenas incluindo a Bolívia e o Chile.

Ademais, faz-se relevante falar sobre a União das Nações Sul-Americanas (Unasul). Trata-se de um bloco formado por todos os doze países pertencentes à parte latina do continente americano e que tem por objetivo construir, de uma forma participativa e consensual, um espaço que harmonize as diferenças e semelhanças entre esses países nos âmbitos cultural, social, econômico e político. O Tratado constitutivo desse bloco foi assinado em Brasília no dia 23 de maio de 2008 e entrou em vigor em 11 de março de 2011, tendo alcançado em outubro do mesmo ano o *status* de observador na Assembleia das Nações Unidas.

Baqueiro (2014b, p.332) explica que a Unasul, diferentemente do Mercosul, tem por objetivo principal facilitar o comércio entre os seus membros, buscando, com isso, “[...] promover uma integração regional em todos os sentidos, protegendo, sobretudo, os direitos humanos e tratando de temas como a cidadania”.

O Tratado de Constituição da Unasul estabelece que os objetivos do bloco, além dos anteriormente citados, incluem a extinção da desigualdade socioeconômica, inclusão social,

participação cidadã e fortalecimento da democracia. É importante ressaltar que, assim como a União Europeia, a Unasul possui personalidade jurídica internacional, pois visa a desenvolver a integração entre seus Estados-membros como uma única nação, tal qual o bloco europeu.

3 COMENTÁRIOS FINAIS

Concordamos com Moro (2010, p. 15) no sentido de que as facilidades do mundo moderno, apesar de trazerem benefícios à humanidade, proporcionam mais oportunidades para os criminosos se ocultarem mais rapidamente. Assim, o recurso disponível às autoridades para combater a criminalidade transfronteiriça seria a cooperação jurídica internacional. Ao fechar-se à cooperação internacional, o Estado estaria transformando seu território em um refúgio para criminosos, arriscando-se a encontrar a uma resposta negativa para requerimentos semelhantes, pois a política predominante nessa seara é a da reciprocidade.

Os Estados Unidos buscam elaborar sua própria política de cooperação internacional por meio dos MLATs, sem se ater a nenhum mecanismo de auxílio que envolva blocos econômicos. Percebe-se que esse tipo de tratado torna a cooperação mais eficiente, uma vez que proporciona mais celeridade nas medidas de auxílio. Por outro lado, há de se considerar que esse país procede dessa forma por não pertencer a um bloco onde há uma forte interdependência entre os países, como a União Europeia.

A União Europeia, por sua vez, mantém sistemas de cooperação judiciária e policial bastante desenvolvidos e compartimentados, apresentando organismos bem estruturados como a Eurojust, a Europol e o OLAF. Esses organismos são necessários em virtude do princípio da livre circulação de pessoas no âmbito da União Europeia, para evitar que criminosos se valham dessa facilidade de trânsito entre os países para se ocultar. Para promover condições de

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

segurança para a população desse bloco, a cooperação entre órgãos judiciários e policiais se faz fundamental. Entretanto, isso não impede que os países pertencentes à União Europeia mantenham seus próprios acordos de cooperação internacional para facilitar a investigação de supostos crimes que ultrapassem sua competência territorial, como os tratados de auxílio mútuo existentes entre Portugal e Brasil.

O Mercosul, por sua vez, está bastante defasado em relação à cooperação internacional entre seus Estados membros. Isso ocorre porque os países latinos ainda não conseguiram estruturar um sistema comum de cooperação tão organizado quanto o utilizado pelo bloco europeu. Além disso, é preciso lembrar que a produção probatória em um Estado estrangeiro utiliza uma quantidade considerável de recursos financeiros, como despesas relativas à tradução de documentos e ao deslocamento de pessoal, nem sempre disponíveis nos orçamentos dos países sul-americanos.

Embora já existam tratados sobre essa matéria, como o Pacto de San Luis e o Acordo Complementar ao Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-membros do Mercosul, a burocracia e a falta de organização ainda são empecilhos para concretizar a cooperação internacional. Assim, nos parece acertada a afirmativa de Raul Cervini e Juarez Tavarez (2000, p. 29) que as decisões do Mercosul, por se tratar de um organismo intragovernamental, não dizem respeito a um espaço jurídico integrado, mas se referem a quatro espaços jurídicos vinculados. Essa característica do bloco pode dificultar a cooperação judiciária internacional, pois, mesmo com a iniciativa de criar o Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais, o Mercosul ainda apresenta práticas muito incipientes se comparado à União Europeia.

Ademais, concordamos com Aras (2010, p. 92) no sentido de que é necessário reproduzir no Mercosul o modelo da União Europeia para que o bloco sul-americano desenvolva-se e se torne um espaço jurídico comum, com um tribunal e um Ministério Público de caráter

supranacionais, com um amplo regime de garantias fundamentais e um corpo de direito comunitário que proporcione a livre circulação de decisões judiciais.

Ainda nesse sentido, nos parece acertada a tese de Bechara (2011, p. 197), de acordo com a qual o reconhecimento de um padrão normativo universal dos direitos humanos no âmbito internacional, seja no plano universal ou regional e no âmbito nacional, pode ser considerado o ponto comum entre os sistemas judiciários de vários Estados, aproximando os ordenamentos. Assim, entendemos que a observância de um padrão de salvaguarda aos direitos humanos no plano da cooperação jurídica internacional pode facilitar a aplicação dos acordos celebrados entre os Estados, tornando os mecanismos de auxílio judiciário e policial mais efetivos e eliminando os obstáculos à cooperação internacional, simplificando-a.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais(Mercosul), de 25 de junho de 1996. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1272466>. Acesso em: 26 nov. 2016.

AMBOS, K.; RACKOW, P. Estrutura e Ordem Institucional da União Europeia/ Tratado da Comunidade Europeia e Tratado da Constiuição Europeia. In: AMBOS, K.; PEREIRA, A. C. P. (Coords). **Mercosul e União Europeia: Perspectivas da Integração Regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 17 – 51.

ANSELMO, M. A. Cooperação Internacional em Matéria Penal no Âmbito do Mercosul – Anatomia do Protocolo de San Luis. In: BALTAZAR JÚNIOR, J. P.; LIMA, L. F. (Orgs.). **Cooperação**

Jurídica Internacional em Matéria Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.215-249.

ARAS, V. O Sistema de Cooperação Penal Brasil/EUA. In: BALTAZAR JÚNIOR, J. P.; LIMA, L. F. (Orgs.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.321-400.

_____. Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). **A Prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** Salvador: JusPodium, 2015, p. 241-307.

BAQUEIRO, F. R. L. A necessária redefinição do conceito de soberania diante da ineficácia dos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal para repressão aos crimes transnacionais contra a ordem econômica na união das nações sul-americanas. In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 1., 2014a, Barcelona (Espanha). **Anais eletrônicos...** Disponível em:

<http://www.ub.edu/dret/activitats/docs/facultat_congres_conpendi_08_10_14.pdf>. Acesso em: 15 março 2016.

_____. Do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL e a insuficiência dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal para Repressão ao Tráfico Internacional de Entorpecentes. In: PAGLIARINI, A. C.; CHOUKR, F. H. (Orgs.). **Cooperação Jurídica Internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2014b, p.331-362.

BECHARA, F. R. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Cartilha **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/CartilhaExpedCRPenal.pdf>>. Acesso em: 21 março 2016.

_____. **Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994**. Promulga o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 07 maio de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1320.htm>. Acesso em: 25 novembro 2016.

_____. **Decreto nº 1.901, de 09 de maio de 1996**. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>. Acesso em: 26 novembro 2016.

_____. **Decreto nº 3468, de 17 de maio de 2000**. Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em San Luis, República Argentina, em 25 de junho de 1996, entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm>. Acesso em: 12 março 2016.

_____. **Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009.** Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 27 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm>. Acesso em 25 novembro 2016.

_____. **Decreto nº 7.935, de 19 de fevereiro de 2013.** Promulga a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, firmada em Cidade da Praia, República do Cabo Verde, em 23 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7935.htm>. Acesso em 25 novembro 2016.

_____. **Tratado de Assunção.** Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Do Uruguai, de 26 de março de 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf>. Acesso em 26 novembro 2016.

CERVINI, R.; TAVARES, J. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Poder Judicial España.** [S.l.], [2016]. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Audiencia_Nacional>. Acesso em: 31 março 2016.

DAVIN, J. A. **Criminalidade Organizada Transnacional: A Cooperação Judiciária e Policial na EU.** Coimbra: Almedina, 2007.

EUROJUST: The European Union's Judicial Cooperation Unit. Haia, 2016. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/pt.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

KREUTZ, F. H. A Extradução Brasil-Portugal À Luz da Jurisprudência do STF. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. **Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 61-108.

MARQUES, M. A Natureza e o Papel da Europol na Cooperação Internacional em Matéria Penal. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. **Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 365-418.

MENDES, P. S. Os Poderes do OLAF na Luta Contra as Fraudes Lesivas dos Interesses Financeiros da União e dos Estados Membros. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. **Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 419-428.

MORO, S. F. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: Considerações Gerais. In: BALTAZAR JÚNIOR, J. P.; LIMA, L. F. (Orgs.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 15-58.

EUROPEAN COMMISSION. **OLAF**: Organismo Europeu de Luta Antifraude. [S.l.], [2016]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_en.htm>. Acesso em: 01 abr. 2016.

PORTUGAL. **Tratado de Amsterdã**. Altera o tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados. Disponível em:

<https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/amsterdam_pt.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016.

ROVEGNO, A. O Sistema de Provas no Processo Penal Estadunidense. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G.; MORAES, M. Z. (Coords.). **Provas no Processo Penal: Estudo Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p 395-435.

SAADI, R. A. O Crime Organizado e a Cooperação Internacional. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de Cooperação Internacional**. Brasília: MPF, 2015, p. 139-143.

SATZGER, H.; ZIMMERMANN, F. Dos Modelos Tradicionais de Cooperação Judicial ao Princípio do Reconhecimento Mútuo: Novos Desdobramentos do Verdadeiro Paradigma da Cooperação Europeia em Matéria Penal. In: BALTAZAR JÚNIOR, J. P.; LIMA, L. F. (Orgs.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 401-437.

SOUSA, C. U. Cooperação Judiciária em Matéria Penal na União Europeia: Enquadramento Normativo-Institucional. In: PALMA, M. F.; DIAS, A.S; MENDES, P. S.; ALMEIDA, C. **Direito de Investigação Criminal e da Prova**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 299-322.

TRIUNFANTE, L. L. A. **Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal**: o Espaço Ibérico em particular. Coimbra: Coimbra, 2013.

TROTTA, S. B. O. **Lugar do Crime no Mercosul**: as Fronteiras da Cooperação Jurídica Internacional Contemporânea. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

UNASUL. União das Nações Sul-Americanas. Disponível em:
<<http://www.isags-unasul.org/unasul.php?lg=1>>. Acesso em: 09
abril2016.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. CAJAI. Conselho
Justiça e Assuntos Internos. [S.l.], 14.07.2016. Disponível em:
<<http://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/configurations/jha/>>.
Acesso em: 28 novembro2016.

_____. **EUR-Lex**: Acesso ao direito da União Europeia. Glossário
das sínteses. SCHENGEN (Acordo e Convenção). [S.l.] [2016].
Disponível em:
<[http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/schengen_agreement
t_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/schengen_agreement_pt.htm)>. Acesso em: 03 abril 2016.

VASCONCELOS, H. **Cooperação Jurídica Internacional em
Matéria Penal: uma análise do *Mutual Legal Assistance Treaty*
Brasil/Estados Unidos**. 2013. 223 f. Dissertação (Mestrado em
Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande
do Sul, 2013. Disponível em:
<[http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/90501/000914523.
pdf?sequence=1](http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/90501/000914523.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 09 abril2016.

VERGUEIRO, L. F. T. Apontamentos Gerais Sobre a Cooperação
Jurídica Internacional e Suas Modalidades. In: FERNANDES, A. S.;
ZILLI, M. A. C. (Coords.). **Direito Processual Penal Internacional**.
São Paulo: Atlas, 2013, p. 351-399.

VILARES, F. R. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal
e a Recuperação de Ativos. In: FERNANDES, A. S.; ZILLI, M. A. C.
(Coords.). **Direito Processual Penal Internacional**. São Paulo: Atlas,
2013, p. 520-537.

SISTEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

WEBER, P. M. N.; Cooperação Internacional Penal: Conceitos Básicos. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de Cooperação Internacional**. Brasília: MPF, 2015, p. 25-38.

Recebido em 26 de maio de 2016
Aprovado em 25 de agosto de 2016

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

Nathalia Lutterbach Pires Moreira *

RESUMO: O artigo trata da linha tênue que separa os direitos humanos e o multiculturalismo. Desse modo, utilizou-se a pesquisa qualitativa: trata-se de um tema que não pode ser quantificado. Foram analisados a Declaração Universal dos Direitos Humanos; diversos livros sobre o tema, como o de André de Carvalho Ramos e a contribuição doutrinária do professor Boaventura de Sousa Santos. Tem-se como principal objetivo demonstrar que o cenário político, social, econômico e os diversos valores presentes em diferentes comunidades do mundo contemporâneo desafiam a efetividade dos direitos humanos. Além disso, o presente artigo trata do conflito entre o multiculturalismo, o relativismo e o universalismo. O problema da pesquisa gira em torno de como deve ser construído o conceito de direitos humanos de tal forma que abarque todas as sociedades culturais do mundo moderno. Desse modo, foram extraídos alguns resultados dessa pesquisa, como a necessidade de adoção do multiculturalismo desde que haja um rol mínimo de direitos humanos que garantam uma vida digna a cada ser humano, pois este necessita direitos mínimos, como o acesso à justiça. Portanto, o universalismo não pode ser adotado de forma irrestrita na área dos direitos humanos: as culturas devem dialogar entre si com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, embora seja difícil, pois as sociedades possuem conceitos morais distintos, pode ser possível.

* Aluna da Faculdade de Direito da UFBA (Universidade Federal da Bahia). Estagiária do Serviço de Apoio Jurídico da UFBA (SAJU) de 2014 a 2016. Foi integrante do subnúcleo de Direitos Humanos do Núcleo de Competições Internacionais (NCI) em 2016. Bolsista do PROUFBA 2015-2016 no projeto de pesquisa: "Memória e Verdade: O cotidiano da Faculdade de Direito da UFBA no período do regime militar (1964-1985), à luz de seu acervo documental." Participa do grupo de pesquisa coordenado pelo professor Harrison Leite: "Direito Financeiro e Direitos Humanos". E-mail: nat_lutterbach@hotmail.com. Plataforma para Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2439666057066080>

*A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O
MULTICULTURALISMO*

Palavras-chave: direitos humanos, multiculturalismo, relativismo, universalismo.

ABSTRACT: The article deals with the thin line that separates human rights and multiculturalism by analyzing the Universal Declaration of Human Rights. Qualitative research was used: it is a subject that can not be quantified. It looks at various books on the subject including one written by André de Carvalho Ramos and the the doctrinal contribution of the Teacher Boaventura de Sousa Santos. It's objective is to demonstrate that the political, social and economic scenes and the diverse values present in distinct communities of the contemporary world challenge the effectiveness of human rights. Beyond this, it deals with the conflict between multiculturalism, relativism and universalism. The problem dealt with in the research is how should the concept of human rights be constructed such that it encompasses all the cultures of the modern world. Thus, some results of this research had been extracted, such as the need to adopt multiculturalism since there is a minimum human rights role that guarantees a dignified life for every human being, since he needs minimal rights, such as access to justice. Therefore, universalism can not be adopted unrestrictedly in the area of human rights: the cultures must dialogue with each other with the respect for the principle of the dignity of the human person, which, although it is difficult because societies have different moral concepts, can be possible.

Keywords: human rights, multiculturalism, relativism, universalism.

SUMÁRIO Introdução; 1. Conceito de direitos humanos e cultura; 2. Breve histórico do processo de universalização dos direitos humanos; 3. Diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais; 4. Declaração universal dos direitos humanos; 5. A questão da universalidade e a

globalização; 6. Relativismo e direitos humanos; 7. O paradigma do multiculturalismo; 8. Hermenêutica diatópica e direitos humanos; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos devem ser cumpridos em sua totalidade. Contudo, o discurso proferido por determinados países não era esse há pouco tempo atrás. A efetivação dos direitos humanos se consolidou a partir da II Guerra Mundial, já que esta impôs de tal forma uma conscientização sobre a importância desses direitos devido a capacidade que qualquer indivíduo possui para destruir o outro, principalmente, o seu inimigo.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que o cenário político, social, econômico e os diversos valores presentes em diferentes comunidades do mundo contemporâneo continuam desafiando a efetividade dos direitos humanos. Além disso, tratar-se-á do conflito entre o universalismo, multiculturalismo e relativismo no mundo atual.

Alguns questionamentos também serão feitos e respondidos ao longo deste artigo, como:

I) O que é cultura?

II) Qual a relação entre o universalismo e a globalização no que diz respeito aos direitos humanos?

III) Como o multiculturalismo relaciona-se com os direitos humanos?

Sob esse prisma, em tópico específico, será discutida a importância de diferenciar-se os conceitos de *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais*.

*A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O
MULTICULTURALISMO*

O artigo pauta-se na análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em diversos livros sobre o tema, como "**Curso de Direitos Humanos**" escrito por André de Carvalho Ramos; a contribuição doutrinária do professor Boaventura de Sousa Santos, principalmente com as ideias do seu artigo "*Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*" e o "**Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais da República Federativa do Brasil**".

O problema de pesquisa do artigo, por sua vez, gira em torno de como deve ser construído o conceito de direitos humanos de tal forma que abarque todas as sociedades culturais do mundo contemporâneo. Será isto possível?

1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E CULTURA

Primeiramente, é necessário que seja definido os conceitos de direitos humanos e cultura, já que os dois relacionam-se com os fenômenos do universalismo, multiculturalismo e relativismo que serão abordados no artigo.

Segundo André de Carvalho Ramos:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.¹

¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.23.

Os direitos humanos possuem diversas estruturas, como direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e direito-imunidade. O direito-pretensão consiste na busca por um direito que determinada pessoa possui desde que o Estado ou outro indivíduo realize uma conduta que não viole esse direito.

O direito-liberdade consiste na faculdade que um indivíduo tem de exercer o seu direito, como o direito à liberdade religiosa, gerando a ausência de direito de qualquer indivíduo ou ente estatal.

O direito-poder consiste em um direito que o indivíduo possui de exigir, positivamente ou negativamente, do particular ou do Estado que satisfaça seu interesse que deve ser legítimo. Para ficar mais claro: quando uma pessoa é presa, ela tem o direito de requerer um advogado ou um defensor público. Este último caso aplica-se quando o indivíduo não possui condições financeiras.

Por fim, o direito-imunidade consiste em uma norma que autoriza determinado indivíduo a exercer certo direito, impedindo que o outro interfira.

O conceito de cultura, por sua vez, de acordo com Dussel, "São modos particulares de vida, modos movidos pelo princípio universal da vida humana de cada sujeito em comunidade, a partir de dentro"². É o modo como determinados indivíduos que formam um grupo ou uma comunidade em um certo espaço social pensam, vivem e creem.

² DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2002, p.93.

2 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos foram concebidos, primeiramente, como direitos naturais oferecidos por Deus, sendo cultuados pela nobreza e aristocracia com o intuito de legitimar e impor a sua dominação. No entanto, quando a burguesia passa a ascender na sociedade, esta reclama certos privilégios. Nesse momento, busca-se uma essência racional e não mais teológica dos direitos naturais.

Sabe-se que os direitos humanos são fundamentados a partir de duas correntes: a do Jusnaturalismo e a do Positivismo Jurídico. A primeira, concebida ao longo da Idade Média, defende que o Direito Natural está acima e é mais importante que o Direito Positivo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), por exemplo, possuem ideias e pensamentos de cunho jusnaturalista.

Locke, fundador do jusnaturalismo moderno, afirmava que ninguém nem o Estado pode tirar ou alienar os direitos de um homem, mesmo em extrema necessidade. Já para Jean-Jacques Rousseau, a sociedade deveria respeitar a liberdade.³

Dessa forma, de acordo com essa corrente, os direitos humanos são direitos naturais absolutos. Contudo, segundo a doutrina de Norberto Bobbio, nenhum direito pode ser considerado absoluto, já que são históricos e mudam constantemente.⁴

Segundo Luís Roberto Barroso:

O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e

³ SCHULER, Fernanda Rangel. **Direitos Humanos e Pós-Modernidade: A Crise da Razão e a Valorização da Ética numa Sociedade Globalizada**. Revista Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n.65, p.224, jul./dez. 2014.

⁴ Idem, p. 225.

na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.⁵

Já o Positivismo Jurídico argumenta que o Direito Positivo, ou seja, as normas advindas do Estado, estão acima do Direito Natural. É importante ressaltar que essa corrente pautada no racionalismo não rejeita os direitos naturais, mas muda o seu fundamento que passa a pautar-se na razão.

Percebe-se que os direitos humanos nasceram como naturais e desenvolveram-se como positivos através da elaboração de códigos e documentos sistematizados. É importante ressaltar que o principal expoente dessa corrente foi Hans Kelsen com a sua doutrina denominada de "**Teoria Pura do Direito**". Outro expoente foi Montesquieu, que dizia que os juízes são apenas a *boca da lei*, ou seja, são seres que devem apenas decidir o caso de acordo com as normas que o Estado elaborou. Eles não podem criar o Direito.

Contudo, esse modelo não obteve êxito, pois se o Direito não estiver associado com a justiça, moral e a ética, ele dá margem para posturas autoritárias de alguns Estados. E foi o que aconteceu. Desse modo, surgiu o Pós-Positivismo, também chamado de Neopositivismo. Este reconhece que os princípios são normas e a importância dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, trazendo de volta a discussão ética ao Direito, além de acrescentar o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001, p.15. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Tema da palestra proferida na EMERJ/Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ por ocasião do seminário "Direito Constitucional", realizado em 24.06.01. Acesso em: 02/12/2015.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

Entre os séculos VIII e II a.C, período que corresponde a Antiguidade, é o primeiro passo rumo a afirmação dos direitos humanos. De acordo com André de Carvalho Ramos:

Do ponto de vista normativo, há tenuamente o reconhecimento de direitos de indivíduos na codificação de Menes (3100-2850 a.C), no Antigo Egito. Na Suméria antiga, o Rei Hammurabi da Babilônia editou o Código de Hammurabi, que é considerado o primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C.) (...) Chama a atenção nesse Código a Lei do Talião, que impunha a reciprocidade no trato de ofensas (o ofensor deveria receber a mesma ofensa proferida). Ainda na região da Suméria e Pérsia, Ciro II editou, no século VI a.C., uma declaração de boa governança, (...), que seguia um tradição mesopotâmica de auto-elogio dos governantes ao seu modo de reger a vida social. Na China, no século VI e V a.C, Confúncio lançou as bases para sua filosofia, com ênfase na defesa do amor aos indivíduos. Já o budismo introduziu um código de conduta pelo qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano.⁶

Já a visão grega e a democracia ateniense influenciaram expressivamente a consolidação dos direitos humanos com algumas ideias, como a noção de igualdade, bem comum (Platão) e a importância de agir com justiça (Aristóteles). Nesse espaço, surge a liberdade dos antigos, expressão cunhada por Benjamin Constant, para nomear a liberdade de "deliberar em praça pública" sobre temas dos mais variados, como a guerra.

A República de Roma, por sua vez, sedimentou o princípio da legalidade com a Lei das Doze Tábuas e consagrou diversos direitos como o da propriedade, personalidade jurídica e liberdade. Já entre os hebreus, a Torah prega a solidariedade e o respeito mútuo que todos devem possuir. Assim, como o Cristianismo com o seu livro sagrado: a Bíblia.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.28.

Na Idade Média, o poder de quem governava o Estado era ilimitado, já que baseava-se na vontade de Deus. Contudo, a Magna Carta e a Declaração das Cortes de Leão, reivindicavam esse poder.

Depois do reinado de João Sem Terra, a Carta Magna foi confirmada várias vezes pelos monarcas posteriores. Apesar de seu foco nos direitos da elite fundiária da Inglaterra, a Magna Carta traz em seu bojo a ideia de governo representativo e ainda direitos que, séculos depois, seriam universalizados, atingindo todos os indivíduos, entre eles o direito de ir e vir em situação de paz (...)⁷

A partir da Reforma Protestante, surgiu o absolutismo europeu. Anos depois, é criado o *Bill of Rights* (1689), em que o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido definitivamente.

Thomas Hobbes, em sua obra "**Leviatã**", defendeu que o ser humano possuía o poder de preservar a sua própria vida, não se submetendo a nenhum poder. Contudo, para sobreviver, ele abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado, que, segundo ele, é chamado de Leviatã: o monstro. Já Hugo Grócio defendeu a existência do direito natural de cunho racionalista.

É de extrema relevância também ressaltar a contribuição de Cesare Beccaria. Ele foi um dos grandes expoentes do Direito Penal, já que defendeu nessa área a aplicação dos direitos humanos na sua obra "**Dos Delitos e das Penas**" de 1766. Afirmava que o Estado deve ter limites ao aplicar o seu poder coercitivo com o preso. Kant, por sua vez, defendeu a ideia da dignidade intrínseca a todo ser humano. O ser humano não deve ser coisificado, tratado como um meio, mas como um fim em si mesmo.

As revoluções americana, francesa, inglesa e liberais foram movimentos que afirmaram os direitos humanos. A inglesa teve como marcos a *Petition of Right* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689,

⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.32

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

consagrando "a supremacia do Parlamento e o império da lei"⁸. A americana através da Declaração de Independência dos Estados Unidos afirmou que todos os homens são criados iguais. Na francesa, o marco foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que possuía uma influência naturalista, pois afirma que todos os homens nascem livres e com direitos iguais.

Os jacobinos, na França, queriam que o rol de direitos da Declaração Francesa fossem ampliados para abarcar os direitos sociais. Assim, em 1793, uma nova Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão foi editada.

Desse modo, na Europa, no século XIX, os movimentos socialistas ganham apoio da população de modo geral, pois, segundo Marx, os direitos humanos defendidos eram voltados para os próprios indivíduos e não para coletividade.

Dando um salto histórico, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, relaciona-se à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial com a criação da ONU e a sua carta em 1945, principalmente, por causa do Nazismo. Entretanto, ela não listou os direitos que eram considerados essenciais pelas comunidades.

Dessa forma, foi aprovada a "Declaração Universal de Direitos Humanos" ou "Declaração de Paris", que será abordado de forma aprofundada em tópico específico do presente artigo. E assim, os direitos humanos foram universalizados no espaço global.

⁸ Idem, p.37.

3 DIFERENÇAS ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos são aqueles em que a ordem global considera essenciais, como o direito à vida. Já os direitos fundamentais são aqueles em que determinado ordenamento jurídico de um país também os considera como essenciais, elegem como fundamentais a partir dos seus costumes, suas crenças e a sua cultura. O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro também é um direito essencial. Ele encontra-se expresso no artigo 5º, caput da Constituição Federal do Brasil de 1988: "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".⁹

Percebe-se que muitos direitos podem ser, ao mesmo tempo, considerados pela ordem jurídica internacional como direitos humanos e pela ordem jurídica interna de cada país como fundamentais. A diferença entre eles reside do ponto de vista da perspectiva. Os direitos humanos são vistos como essenciais a partir da perspectiva externa, global. E os direitos fundamentais fazem parte da perspectiva interna de determinado país.

É importante ressaltar que os direitos humanos/fundamentais são divididos em gerações. A primeira geração corresponde aos direitos de defesa que possuem um sentido negativo, ou seja, o Estado não deve interferir no direito do indivíduo, como no direito de expressar a sua liberdade religiosa. Já a segunda geração constitui uma dimensão positiva, ou seja, o Estado deve interferir no direito do ser humano. Um exemplo é dar educação pública de qualidade para a população. A terceira geração são os direitos coletivos, como o direito de uma população ter o seu meio ambiente respeitado e preservado.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição Federal]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 29/11/2015.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, há uma quarta geração que ainda não foi consagrada na ordem internacional e interna dos países, que seria composta pelos direitos à democracia, direito ao pluralismo e à informação.¹⁰ O direito à paz, por exemplo, está incluído nessa geração. Já Paulo Bonavides acredita que há uma quinta geração que abarca o direito à paz em toda humanidade.¹¹

É importante ressaltar que há um conflito doutrinário em relação a denominação geração e dimensão. Alguns autores preferem dimensão, pois afirmam que a denominação "geração" não corresponde a realidade histórica de nenhum país, pois em nenhum lugar os direitos humanos/fundamentais nasceram com essa classificação.

Além disso, dá uma ideia de que a partir de cada geração, o direito foi descartado, o que não corresponde a realidade, já que a partir de cada geração, os direitos vão sendo "somados", ou seja, incluídos na outra geração.

Por fim, essa classificação não corresponde à realidade, pois os direitos não são exatamente de abstenção ou de ação. Eles são predominantemente de abstenção ou ação, possuem as duas dimensões, tanto a positiva quanto a negativa.

4 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

No preâmbulo da Declaração, estão presentes o direito à dignidade e os direitos inalienáveis de todos os membros da comunidade. Nos artigos 1 a 22 estão listados os direitos políticos e liberdades civis, nos artigos 23 à 27 os direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo o Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais da República Federativa do Brasil, a Declaração

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.275.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.50.

Universal dos Direitos Humanos possui diversas vantagens, dentre elas classificar os direitos humanos em sua unidade, além desse documento ter sido aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral com abstenções apenas da União Soviética e da Arábia Saudita.¹²

De acordo com o mesmo Manual:

Uma desvantagem é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não se refere à autodeterminação dos povos, pois esta é vista frequentemente como requisito para a percepção dos direitos humanos em sua totalidade. O exemplo dos palestinos, a quem a realização do seu direito à autodeterminação ainda é negada, mostra que eles não podem também exercer outros direitos humanos, como os de liberdade e de locomoção, trabalho e saúde. Outra desvantagem é o fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma resolução da Assembleia Geral. Porém, esses documentos não são fontes do Direito Internacional juridicamente vinculativas, mas declarações políticas. Elas têm uma grande importância moral - especialmente quando aprovadas por unanimidade, mas não são exequíveis. (...) ¹³

5 A QUESTÃO DA UNIVERSALIDADE E A GLOBALIZAÇÃO

Segundo André de Carvalho Ramos:

A universalidade dos direitos humanos consiste na atribuição desses direitos a todos os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política (...) ¹⁴

¹² PETERKE, Sven (Org.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p.28. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 29/11/2015.

¹³ PETERKE, Sven (Org.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p.28-29. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 29/11/2015.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.78.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

A universalidade possui um forte vínculo com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Antigamente, eram direitos locais protegidos por cada país. Com a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, depois da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de evitar que surgissem regimes como o Nazismo, eles passaram a ser globais.

Os direitos humanos são transnacionais: são reconhecidos em qualquer espaço que o indivíduo esteja. Isso é de extrema importância tanto para os refugiados quanto para os apátridas, já que, antigamente, "no momento em que os seres humanos deixavam de ter um governo próprio, nenhuma instituição ou autoridade lhes protegia"¹⁵.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a universalidade, vem constantemente sendo reafirmada por vários tratados e declarações internacionais, como a Proclamação de Teerã.

Contudo, nem todos os povos e culturas estão incluídos no rol dos conteúdos dos direitos humanos, já que muitos países da Ásia e África não participaram da formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Isso se deve, já que eles foram vítimas da colonização por muito tempo e não faziam parte da ONU (Organização das Nações Unidas).

Percebe-se que a característica da universalidade dos direitos humanos relaciona-se de forma intrínseca com a globalização. "A globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local entende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade global".¹⁶

¹⁵ CRUZ, André Viana da. **Multiculturalismo e Direitos Humanos**. 2005, p.4. (Apresentação de Trabalho/Comunicação).

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº48, Junho 1997, p.4.

"A globalização é sempre a globalização bem sucedida de determinado localismo"¹⁷. Além disso, esse fenômeno pressupõe localização e a partir dela os fenômenos se aceleram e se espalham por diversos países.

Há diversas formas de globalização, como a de cima-para-baixo: o localismo-globalizado e o globalismo-localizado. O primeiro "consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado, com sucesso."¹⁸ É característico dos países centrais.

Já o segundo tipo "consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais, são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais".¹⁹ É característico, por sua vez, dos países periféricos.

Há outros processos também, como o cosmopolitismo em que quem domina não exclui as formas de interação em nível transnacional, como a criação de organizações e ONG's. Já o patrimônio comum da humanidade caracterizam-se por temas que são de interesse e extrema relevância para todos os países. Esses dois tipos de globalização são de baixo-para-cima.²⁰

Os direitos humanos podem ser vistos sob diferentes óticas. Para Boaventura, eles são concebidos como *cosmopolitismo*. Já para Samuel Huntigton, citado por Boaventura, é uma arma do Ocidente contra o mundo. Se eles fossem multiculturais, os direitos humanos fariam parte da globalização de baixo-para-cima.

Percebe-se que os direitos humanos são universais em tese e não na sua aplicação. Desse modo, há quatro tipos de regimes de

¹⁷ Idem, p.14

¹⁸ Idem, p.16.

¹⁹ Idem, p.16.

²⁰ Idem, p.18.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

direitos humanos aplicados no mundo. São eles: o africano, asiático, europeu e o inter-americano.

Portanto, chamar um direito humano de universal é uma característica da cultura ocidental, já que as políticas que versaram sobre esses direitos, no período após à Segunda Guerra Mundial, estiveram à serviço de interesses políticos, econômicos e sociais dos países capitalistas que dominavam à economia mundial naquela época.

6 RELATIVISMO E DIREITOS HUMANOS

De acordo com o tópico anterior, como os direitos humanos são valores ditos universais, mas, na verdade, são do mundo ocidental, surgiu a teoria do Relativismo que defende que a melhor saída para os conflitos étnicos e os choques entre as culturas seria relativizar: tentar compreender a cultura do outro sob o olhar do outro, ou seja, livre de preconceitos.

Há três tipos de relativismo: o cultural, epistemológico e o antropológico. O primeiro argumenta que as características particulares de cada cultura contribuem na formação axiológica dos direitos humanos. O segundo nega que exista um discurso ético universal. Já o terceiro defende a ideia que existe um pluralismo cultural.²¹

Assim, o relativismo defende que os valores morais possuem uma validade relativa e não universal, ou seja, possuem diferentes formas em cada cultura. Cada cultura estabelece seus valores e de acordo com o Relativismo todas elas possuem o mesmo valor, não podendo falar em direitos humanos.

²¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.285-286.

7 O PARADIGMA DO MULTICULTURALISMO

Há também a teoria do Multiculturalismo que contrapõe-se com a Teoria Universal dos Direitos Humanos e a Teoria da Relativização. Mas, primeiramente, é necessário diferenciar os conceitos de multiculturalismo e pluralismo.

"O Multiculturalismo resulta na existência de diferentes culturas e tradições, em um país, região ou local. O pluralismo é uma característica de sociedades livres, que aceitam a existência de pensamentos diferentes".²² Essa palavra teve origem no Canadá por volta da década de 1970.²³ "Se define como uma série de culturas diferentes na mesma sociedade."²⁴

Essa teoria refuta o jusnaturalismo teológico: este não propõe nenhum caminho teórico, mas, mesmo assim é adotado pela teoria universalista e relativista dos direitos.

Segundo Andrea Semprini, há quatro modelos de multiculturalismo: o modelo político liberal clássico, o liberal multicultural, o multiculturalista "maximalista" e o combinado.²⁵

O modelo político liberal clássico diferencia a esfera pública e privada. A primeira refere-se ao espaço dos direitos e deveres cívicos.

²² MARTINS, Urá Lobato. **Direitos Humanos e Multiculturalismo: um desafio para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana.** Revista do Curso de Direito da FSG, Caxias do Sul, ano 3, n°5, jan./jun. 2009, p. 181.

²³ CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo - Uma teoria da cidadania.** São Paulo: Loyola, 2005, p.141.

²⁴ KROHLING, Aloísio. **Os Direitos Humanos na Perspectiva da Antropologia Cultural.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.3, p.162, jul/dez. 2008.

²⁵ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p.135-136.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

O segundo diz respeito a questão privada de cada indivíduo, como sua cultura, crenças e valores.

Will Kymlicka propõe o modelo liberal multicultural, dividindo em zonas o Estado: a monocultural é quando todos os grupos sociais participam, já a outra zona cada grupo exerce identifica-se com determinado espaço social.

O modelo multiculturalista *maximalista* defende vários espaços monoculturais com objetivo de que cada grupo expresse suas crenças e valores.

Por fim, o modelo do multiculturalismo combinado propõe que as diferenças sociais e econômicas devem ser gerenciadas no mundo global, pois, dessa forma, o cosmopolitismo pode ser utilizado para um verdadeiro marketing comercial.

Desse modo, como o conceito de direitos humanos pode ser construído e formulado sem violar as culturas das sociedades que estão espalhadas no globo? Uma saída é adotar o critério do multiculturalismo, já que na sociedade contemporânea há diversos tipos de culturas, mas com algumas ressalvas.

É muito difícil intervir numa cultura a partir de direitos ditos universais, já que cada cultura acredita nas suas crenças, costumes e defende que estas são melhores e "as" corretas moralmente do que às de outro povo. Desse modo, a maioria das culturas que existem no globo são etnocêntricas em relação às outras: consideram a sua opinião como a melhor e a do outro não deve ser levada em consideração ou menosprezada, pois é pior.

Todavia, também é necessário que exista um rol mínimo de direitos humanos que garantam uma vida digna a cada ser humano, pois este necessita direitos mínimos, como o acesso à justiça, o direito à saúde, à uma educação de qualidade para conseguirem ter uma vida digna.

Embora o conceito de dignidade seja relativo: cada país "considera" digno algo e pode considerar indigno outra, é necessário que os seres humanos não sejam desrespeitados e tratados como animais irracionais, pois nem estes merecem ser tratados com crueldade.

Um exemplo é o sistema de castas que vigia na Índia que foi abolido pela Constituição desse país em 1949. Este desrespeitava alguns indivíduos, os tidos como "intocáveis". Infelizmente, esse sistema apenas acabou de modo formal, pois, ainda hoje, o preconceito e a negação de alguns direitos tidos como fundamentais à esses indivíduos continua, embora, tenha diminuído.

Desse modo, percebe-se que quando um padrão moral é imposto dentro de uma determinada sociedade, gera consequentemente traços do colonialismo. Assim, o universalismo não pode ser adotado de forma irrestrita, principalmente na área dos direitos humanos. Conforme Kersting, os direitos humanos devem ser adequados a cada contexto cultural, ou seja, eles devem ser submetidos, segundo ele, a um "tratamento semântico".²⁶

É importante ressaltar alguns artigos da Declaração Universal de Direitos Humanos que causam controvérsias e polêmicas em muitas sociedades. Há vários exemplos, como o artigo 18:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.²⁷

²⁶ KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.89.

²⁷ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02/12/2015.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

Sabe-se que algumas religiões não são permissivas e não permitem trocar com tamanha facilidade para outra religião. Além disso, não trata qual o âmbito de proteção da liberdade religiosa nos Estados laicos e como pode haver uma conciliação com diversas religiões convivendo num mesmo país que se diz pluriconfessional.

Outro exemplo é o artigo 17: "1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade".²⁸ Percebe-se que a Declaração não trata dos sistemas que são coletivistas e comunistas.

Por fim, o artigo 29 também gera polêmica. "1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível."²⁹ Aqui, não foi definida que tipo de comunidade representa: se religiosa, familiar ou residencial, por exemplo.

Dessa forma, é importante ressaltar que a característica da universalidade dos direitos humanos não significa e muito menos, não pode nem deve significar a homogeneização de culturas.

Desse modo, como um espaço multicultural pode ser construído? Segundo Andrea Semprini, há cinco condições. A primeira diz que deve-se reconhecer as reivindicações identitárias, ou seja, de cada grupo social. A segunda afirma que é necessário que os indivíduos percebam a transformação dinâmica na formação dessas identidades, desses grupos sociais. A terceira é demonstrar que num espaço multicultural não há um único espaço, mas vários, já que vários grupos com diferentes concepções os ocupam. A quarta é perceber que essa reivindicação de diversos grupos deve-se a uma

²⁸ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** ONU, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02/12/2015.

²⁹ *Idem.*

marginalização pela sociedade. E por fim, é perceber que o tempo deles é lento, ou seja, cada cultura possui o seu tempo.³⁰

É de extrema importância abordar no presente artigo as cinco teses sobre o multiculturalismo emancipatório, de acordo com Boaventura de Sousa Santos. A primeira delas afirma que diferentes grupos humanos produzem e possuem diferentes formas de ver e dividir o mundo. A segunda afirma que diferentes formas de opressão ou de dominação geram diferentes formas de resistência.

A terceira tese concorda com a teoria da hermenêutica diatópica, que será abordada no tópico seguinte. A penúltima tese afirma que as políticas emancipatórias encontram-se em um conflito entre igualdade e diferença. Por fim, a última tese diz que essas políticas e lutas emancipatórias para obterem o devido sucesso depende das alianças que os seus protagonistas.

8 HERMENÊUTICA DIATÓPICA E DIREITOS HUMANOS

"Será que todas as culturas humanas ou a maioria delas tem alguma ideia parecida com aquilo que no Ocidente entendemos como direitos humanos?"³¹

Para entender essa pergunta, é necessário utilizar o método da hermenêutica diatópica. Esta é uma reflexão temática sobre o fato de que culturas históricas que não possuem semelhança alguma ou não estão relacionadas de alguma forma tornam complexa e problemática a tentativa de preencher essas lacunas.

³⁰ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p.146-148.

³¹ KROHLING, Aloísio. **Os Direitos Humanos na Perspectiva da Antropologia Cultural**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.3, p.172, jul/dez. 2008.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

A fundamentação da hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma cultura nunca são completos. Para tentarem chegar a ser um pouco mais completos, é necessário o topoi de uma cultura complementar a de outra. Isso é um diálogo intercultural, ou seja, há a troca de ideias, valores e modos de viver entre culturas diferentes.

Segundo Panikkar, um instrumento para efetivar esse tipo de diálogo é o equivalente homeomórfico que é a necessidade equivalente de outra cultura. Um exemplo para esclarecer: quando a cultura ocidental utiliza a dignidade da pessoa humana como base para os direitos humanos.

Já para Boaventura de Sousa Santos, a hermenêutica diatópica significa o diálogo entre duas ou mais culturas, referenciais ou lugares. Além disso, ele considera o multiculturalismo como um guião emancipatório, já que afirma que o debate entre universalismo e relativismo é falso.

Em segundo lugar, cada cultura possui sua concepção e significado próprio de dignidade da pessoa humana. Em terceiro lugar, percebe-se que as culturas são incompletas e problemáticas. E essas culturas, distribuem os seus indivíduos dentro do princípio da igualdade ou diferença.

Portanto, segundo Boaventura de Sousa Santos, essa hermenêutica pressupõe a aceitação que temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito de sermos iguais quando nos descaracteriza.

Exemplos da hermenêutica diatópica são o dharma da cultura hindu e o topos da umma na cultura islâmica. O dharma, por sua vez, é algo que sustenta, dá coesão. Um exemplo é a justiça que dá coesão as relações humanas.

Por outro lado, e inversamente, visto a partir do topos dos direitos humanos, o dharma também é incompleto, dado o seu

enviesamento fortemente não-dialéctico a favor da harmonia, ocultando assim injustiças e negligenciando totalmente o valor do conflito como caminho para uma harmonia mais rica. Além disso, o dharma não está preocupado com os princípios da ordem democrática, com a liberdade e a autonomia, e negligencia o fato de, sem direitos primordiais, o indivíduo ser uma entidade demasiado frágil para evitar ser subjugado por aquilo que o transcende. Além disso, o dharma tende a esquecer que o sofrimento humano possui uma dimensão individual irredutível: não são as sociedades que sofrem, mas sim os indivíduos.³²

CONCLUSÃO

A cultura faz parte do ser humano e da sociedade em que ele está inserido. Dessa forma, não pode ser *coisificada*. Por isso, o multiculturalismo e o método da hermenêutica diatópica são de extrema importância para proteger a identidade cultural de cada grupo, já que o universalismo nega a alteridade que é uma característica intrínseca de todo indivíduo.

Com o advento da globalização, surgiram processos de localização, o que gerou diversos tipos de manifestação cultural. Isso também acarretou mais conflitos do que diálogos. Desse modo, é necessário administrar o pluralismo e tentar conciliar com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, respeitando as peculiaridades de cada cultura.

Por outro lado, esse fenômeno também gerou a homogeneização. Então, resta a pergunta: É possível falar, então, em direitos humanos universais? Não, já que foram criados e fazem parte da cultura ocidental. Mas, também isso não significa, que porque esses direitos nasceram no mundo ocidental devam ficar presos somente à

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº48, Junho 1997, p.24-25.

A LINHA TÊNUE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO

essa cultura. Outros países também podem ter como parâmetro alguns desses direitos, havendo uma troca entre culturas. O que não pode e não deve ocorrer é o fenômeno do imperialismo cultural.

É importante também que haja reflexão e que se possa perceber através do princípio da dignidade da pessoa humana quando uma cultura "se veste" de cultura para oprimir, gerar desigualdades e dominar os seres humanos.

Portanto, é de extrema importância que as culturas dialoguem entre si. Além disso, os estudantes, os operadores do Direito devem tentar aplicar o conceito de multiculturalismo, mas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, embora seja difícil, já que as sociedades possuem conceitos morais distintos, pode ser possível.

A comunidade internacional deve desenvolver a conscientização das diversas formas de manifestação de cultura que ocorrem por várias partes do mundo com o objetivo de que novos princípios que abarquem à todos sejam construídos e aplicados.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.279-308.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Tema da palestra proferida na EMERJ/Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ por ocasião do seminário "Direito Constitucional", realizado em 24.06.01. Acesso em: 02/12/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Constituição Federal]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29/11/2015.

CANDAU, Vera M. **Interculturalidade e educação escolar.** Rio de Janeiro. Gecec - Grupo de estudos sobre educação, cotidiano e cultura. PUC-RJ. 2000.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo - Uma Teoria da Cidadania.** São Paulo: Loyola, 2005, p.141.

CRUZ, André Viana da. **Multiculturalismo e Direitos Humanos.** 2005. (Apresentação de Trabalho/Comunicação).

Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/po r.pdf>. Acesso em: 02/12/2015.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão.** 2. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2002, p.93.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.89.

KROHLING, Aloísio. **Os Direitos Humanos na Perspectiva da Antropologia Cultural.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.3, p.155-182, jul/dez. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Urá Lobato. **Direitos Humanos e Multiculturalismo: um desafio para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana.** Revista do Curso de Direito da FSG, Caxias do Sul, ano 3, nº5, jan./jun. 2009, p. 177-185.

PETERKE, Sven (Org.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, 374p. Disponível em: < <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 29/11/2015.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos Humanos e Interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina.** Dissertação de Mestrado UFSC, Florianópolis, 2007, 176p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014, 582p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos.** Revista Crítica de Ciências Sociais, nº48, Junho 1997, p.11-32.

SCHULER, Fernanda Rangel. **Direitos Humanos e Pós-Modernidade: A Crise da Razão e a Valorização da Ética numa Sociedade Globalizada.** Revista Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n.65, p.219-241, jul./dez. 2014.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p.146-148.

**Recebido em 10 de maio de 2016
Aprovado em 25 de novembro de 2016**