



[www.revistaonisciencia.com](http://www.revistaonisciencia.com) Vol.II Ano II Nº 7- Tomo I Maio - Agosto 2014 ISSN 2182- 598X

EDIÇÃO TEMÁTICA

# **DIREITOS HUMANOS**

# Nº 7

Tomo - I

Os artigos publicados nesta edição, foram apresentados na

# I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: TEMAS E PERSPECTIVAS NA CONTEMPORANEIDADE

**25 E 26 DE OUTUBRO DE 2012**  
**UNIVERSIDADE DO MINHO**  
**ESCOLA DE DIREITO**

**BRAGA**

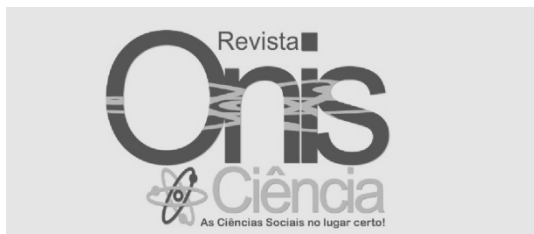
**COMISSÃO ORGANIZADORA DA  
I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**

Jucilaine Biberg – UMinho – Portugal  
Larissa Coelho – UMinho – Portugal  
Natália Carvalho – UMinho – Portugal  
Pietro Sarnaglia – UMinho – Portugal

**COMISSÃO CIENTÍFICA DA  
I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**

Ana Catarina Marinho – UMinho – Portugal  
Jucilaine Biberg – UMinho – Portugal  
Larissa Coelho – UMinho – Portugal  
Natália Carvalho – UMinho – Portugal  
Pietro Sarnaglia – UMinho – Portugal  
Sayuri Fujishima – UMinho – Portugal

## Ficha Técnica



Vol. II Ano II Nº 7 – Tomo I

Maio — Agosto 2014

Periódico Quadrimestral

ISSN 2182— 598X

Braga- Portugal  
4700-006

Indexador:



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

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

Revista Onis Ciência, Vol II, Ano II, Nº 7 - Tomo I, Braga, Portugal, Maio — Agosto, 2014. Quadrimestral

www.revistaonisciencia.com  
revistaonisciencia@gmail.com  
Tel.: 351 964 952 864

### EDITOR:

Ribamar Fonseca Júnior  
Universidade do Minho – Portugal

### DIRETORA COORDENADORA:

Karla Haydê  
Universidade do Minho – Portugal

### CONSELHO EDITORIAL:

Bendita Donaciano  
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Camilo IbraimoUssene  
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães  
Universidade Federal do Maranhão – Brasil

Claudia Machado  
Universidade do Minho – Portugal

Carlos Renilton Freitas Cruz  
Universidade Federal do Pará – Brasil

Diogo FaveroPasuch  
Universidade Caxias do Sul – Brasil

Fabio Paiva Reis  
Universidade do Minho – Portugal

Hugo Alexandre Espínola Manguera  
Universidade do Minho – Portugal

Karleno Márcio Bocarro  
Universidade Humboldt de Berlim – Alemanha

Valdira Barros  
Faculdade São Luís - Brasil

### DIVULGAÇÃO E MARKETING:

Larissa Coelho  
Universidade do Minho—Portugal

### DESIGN GRÁFICO:

Ricardo Fonseca – Brasil

**TOMO I**

NOTA DO EDITOR.....	05
NOTA DA COMISSÃO ORGANIZADORA.....	06
APRESENTAÇÃO .....	08

**MIGRAÇÕES E REFUGIADOS**

<i>O EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENTE E AS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DO ESTATUTO DE REFUGIADO: UMA BREVE RESENHA DAS SUAS IMPLICAÇÕES</i> <b>ANA ISABEL SOARES QUINTAS .....</b>	<b>09</b>
---	-----------

<i>A NOVA ONDA IMIGRATÓRIA NO BRASIL</i> <b>LARISSA COELHO .....</b>	<b>34</b>
---	-----------

<i>TRÁFICO DE SERES HUMANOS</i> <b>NATÁLIA CARVALHO .....</b>	<b>55</b>
--	-----------

**DEMOCRACIA E MULTICULTURALISMO**

<i>DIFERENÇA CULTURAL E AS MINORIAS: O LEVANTAR DO VÉU</i> <b>ANA PINTO .....</b>	<b>69</b>
--	-----------

<i>OS TERRITÓRIOS OCUPADOS DA PALESTINA. AUTODETERMINAÇÃO E PERCURSO DEMOCRÁTICO: UMA VISÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE O PROTO ESTADO PALESTINIANO</i> <b>ANDRÉ GOMES DA SILVA .....</b>	<b>81</b>
--	-----------

<i>DEMOCRACIA NA UNIÃO EUROPÉIA</i> <b>FRANCIELLE VIEIRA OLIVEIRA .....</b>	<b>103</b>
--	------------

*A EXCEÇÃO CULTURAL (“CULTURAL DEFENSE”) COMO ESCUSA CRIMINAL: ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA SUA FORMALIZAÇÃO*  
**SAYURI ARAGÃO FUJISHIMA** .....123

### **DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO**

*A NOÇÃO DE COMBATENTE E O ESTATUTO DE PRISIONEIRO DE GUERRA EM DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO*  
**CATARINA MARINHO FALCÃO** .....132

### **DIREITOS HUMANOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

*UMA ANÁLISE CRÍTICA DO RELATÓRIO DE FRANK DE LA RUE SOBRE A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO DIREITO A OPINIÃO LIVRE E EXPRESSÃO NO ESPAÇO CIBERNÉTICO*  
**GABRIELA ARAUJO SANDRONI** .....144

*PODE O DISCURSO DE INCITAMENTO AO ÓDIO CONSTITUIR UM LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?*  
**MARTA MACHADO**.....166

*DIREITOS HUMANOS NA IDADE MÍDIA*  
**RIBAMAR FONSECA JUNIOR** .....176

O conjunto de trabalhos que consubstancia esta 7ª edição da revista Onis Ciência, primeiro e segundo tomo, traduz, em particular, o resultado das reflexões dos mestrandos, mestres e estudiosos sobre Direitos Humanos, apresentadas na I Jornada Internacional de Direitos Humanos da Universidade do Minho, na discussão de temas específicos, reverberando-os na comunidade académica em busca de soluções para os graves problemas que afligem esta temática.

Neste sentido, a Revista Onis Ciência, quando procurada pela Organização da I Jornada Internacional de Direitos Humanos para ser parceira neste projecto, com a publicação dos artigos que nela foram apresentados, imediatamente aceitou a ideia, por vir ao encontro daquilo a que nos propusemos quando há dois anos lançamos a Revista: abrir, manter e se consolidar como um fórum de reflexão e difusão dos trabalhos de investigadores nacionais e estrangeiros, contribuindo, nos diferentes campos do conhecimento das ciências sociais, trazendo para o debate temas e enfoques que possam enriquecer a discussão sobre os mais diferentes aspectos desse importante campo das ciências.

Com a publicação desta coletânea, a Revista Onis Ciência pretende sinalizar a todos os investigadores, mestrandos ou doutorandos, ou àqueles que estão directamente envolvidos em investigações, assim como os responsáveis por Programas de Pós-graduação e instituições em geral, que estamos abertos, como veículo de comunicação, para a publicação do resultado de todo o processo de escrita/pesquisa/autoria de investigações nas Ciências Sociais.

**Ribamar Fonseca Júnior**  
Editor

A I Jornada Internacional de Direitos Humanos “Temas e Perspectivas na Contemporaneidade” foi realizada nos dias 25 e 26 de Outubro de 2012, no Auditório Nobre da Escola de Direito, Braga, Portugal. De iniciativa da turma do Mestrado de Direitos Humanos (MDH) – 6ª edição, do ano 2011/2012, o evento teve como objetivo a promoção da teoria e prática dos temas relacionados com os Direitos Humanos.

Com a colaboração dos autores e todos os presentes buscou-se debater, à medida que os temas foram sendo apresentados, os aspectos e a multidisciplinariedade temática existente nos estudos dos Direitos Humanos, divulgando assim à comunidade académica e à sociedade civil os diversos trabalhos desenvolvidos acerca da temática central. Desta forma foi proposto um diálogo entre o mundo académico e jurídico, às demais ciências e à sociedade em geral que também lidam com as mesmas questões.

Durante o evento se manteve um clima gratificante, tanto no decorrer das discussões quanto ao longo de dois dias com grande participação de docentes, discentes, pesquisadores e profissionais em geral, vinculados à área dos Direitos Humanos e da sociedade civil, provenientes da UMinho e de diversas instituições de ensino superior, houve também uma forte presença da comunidade bracarense. E neste sentido, é de suma importância a divulgação dos artigos, que compõem 7ª Edição da Revista Onis Ciência, para que o leitor possa avaliar a relevância dos assuntos apresentados e estudados, para que sirva como contribuição à realização de novas pesquisas.

Agradecemos a todos aqueles que contribuíram para a realização desta I Jornada Internacional de Direitos Humanos, destacando o apoio dado pela Universidade do Minho, Escola de Direito e seus docentes, o centro de pesquisa Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, a Fundação para Ciência e Tecnologia (FCT), às editoras Quid Juris, Juruá, à Professora Ms. Olívia Gomes que nos brindou com o lançamento de seu livro *Violência Doméstica e Migrações*, à floricultura Flor das Travessas, as empresas do ramo da restauração Quinta do Xisto e Mercado das Tapas, a

Braga 2012 Capital Europeia da Juventude, a Guimarães 2012 Capital Europeia da Cultura, à Cruz Vermelha Portuguesa – Delegação de Braga, à design Helena Mota, à equipe da Revista Onis Ciência na figura do seu editor e especialmente aos mestrandos da 6ª edição do Mestrado em Direitos Humanos/UMinho que de diferentes formas nos acompanharam ao longo da organização e realização desta Jornada.

*Comissão Organizadora*

Braga, outubro de 2014.



Os textos que agora se publicam foram apresentados na I Jornada Internacional de Direitos Humanos organizada na Universidade do Minho.

Esta Jornada, que ocorreu nos dias 25 e 26 de outubro de 2012, no edifício da Escola de Direito da Universidade do Minho, surgiu de uma iniciativa dos estudantes do Mestrado em Direitos Humanos, que quiseram organizar um evento que lhes permitisse mostrar o trabalho feito no Mestrado em prol do estudo da situação dos direitos humanos no mundo. Assim que esta iniciativa dos alunos foi comunicada à Comissão Diretiva do Mestrado, foi de imediato por nós acolhida com entusiasmo.

A nossa tarefa consistiu, no entanto, apenas num apoio discreto à organização, porque o trabalho de realização desta Jornada, de divulgação e de coordenação dos trabalhos foi todo dos estudantes, que imprimiram ao evento um dinamismo e uma juventude muito particulares. O Mestrado em Direitos Humanos tem, por isso, uma dívida de gratidão para com os organizadores, sendo justo prestar aqui uma homenagem ao trabalho da Larissa Coelho, da Natália Carvalho, da Jucilaine Biberg e do Pietro Sarnaglia.

Enquanto parte da direção do Mestrado em Direitos Humanos cabe-nos agora a tarefa de contagiar os estudantes dos anos seguintes com o entusiasmo gerado por estas Jornadas de modo a conseguir que esta iniciativa adquira alguma regularidade e continue a ser ponto de encontro e oportunidade de convívio e troca de ideias entre pessoas, de origens, de formações e atividades profissionais diversas, que partilham os interesses comuns.

*Andreia Sofia Pinto Oliveira*

Diretora do Mestrado em Direitos Humanos

## **O EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT E AS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DO ESTATUTO DE REFUGIADO: UMA BREVE RESENHA DAS SUAS IMPLICAÇÕES**

ANA ISABEL SOARES QUINTAS<sup>1</sup>  
[anaisabelquintas@hotmail.com](mailto:anaisabelquintas@hotmail.com)

### **RESUMO**

Com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados foi, igualmente, declarada e ratificada a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto de Refugiado (também conhecida somente como Convenção de Genebra de 1951) que veio estabelecer um regime de direitos e responsabilidades no âmbito do direito dos refugiados. O seu texto veio expressar pela comunidade internacional dois grandes institutos: o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão.

Na aceção do artigo 33.º da Convenção de Genebra, o Princípio do Non-Refoulement apresenta-se como argumento e norma imperativa do direito internacional, sendo hoje entendido como uma forma de protecção dos direitos humanos para um tipo específico de pessoa, o refugiado, desde logo pela impossibilidade de repulsão caso a sua vida ou integridade física estejam ameaçadas.

Porém, por seu lado, tem havido cada vez um maior interesse na exclusão de candidatos a refugiados através da aplicação das Cláusulas de Exclusão inscritas no art. 1.º-F da referida Convenção, enquanto parte de uma política mais ampla para limitar o acesso destes aos Estados em geral.

Como tal, a questão que hoje está em primeira linha na agenda internacional do direito humanitário dos refugiados, encontra-se no facto de que da garantia de *non-refoulement* está sendo retirado o entendimento de que mesmo com o seu reconhecimento, há argumentos ainda mais fortes em relação ao artigo 1.º - F, através dos quais o candidato é excluído da entrada num Estado e da protecção deste regime.

Desse modo, o Princípio do Non-Refoulement no direito internacional dos refugiados surge, diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados,

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Universidade do Minho; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, por orientação da Professora Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira. Advogada estagiária com cédula profissional n.º 34719p. Email: [anaisabelquintas@hotmail.com](mailto:anaisabelquintas@hotmail.com).

pelo que o seu desenvolvimento é indispensável à ideia de protecção internacional dos refugiados; no mesmo sentido, as Cláusulas de Exclusão e o seu efectivo e pleno equilíbrio com este princípio apresentam-se como as pedras angulares da protecção dos direitos humanos a este grupo de indivíduos.

Assim, o objecto do presente artigo focar-se-á no equilíbrio possível entre estes institutos, que tanto se repulsam como se aproximam, questionando quais os mecanismos a utilizar quando este equilíbrio é encontrado.

**Palavras-chave:** Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado; Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado; Princípio do Non-Refoulement; Tortura; País de Refúgio

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O direito internacional dos refugiados apresenta-se-nos, actualmente, como um dos principais objectivos da comunidade internacional para uma efectiva aplicação dos direitos humanos. Na realidade, como bem refere Guy S. Goodwin-Gill, o discurso das últimas décadas tem-se direccionado para uma ideia de que os refugiados devem ser protegidos pela comunidade internacional<sup>2</sup>, pelo que vários são, hoje, os instrumentos internacionais, regionais e nacionais que protegem (melhor, pretendem proteger) este grupo de pessoas. De facto, o direito dos refugiados é o mecanismo mais efectivo e autónomo para aqueles que, simplesmente, não podem permanecer em segurança nos seus próprios países<sup>3</sup>.

Neste sentido, salienta-se, *prima facie*, a Convenção de Genebra de 1951, como o primeiro grande passo evolutivo no desenvolvimento de *standards* gerais para protecção dos refugiados, ao nível do Direito dos Tratados, sendo no campo desta Convenção, que o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão foram e ainda são definidos, bem como ajudam a definir uma série de instrumentos internacionais relativos aos refugiados, tanto a nível universal como ao nível regional.

---

<sup>2</sup> Guy S GOODWIN-GILL. *The international protection of refugees: what future?* International Journal of Refugee Law, 2000, p. 1.

<sup>3</sup> James C HATHAWAY., *The rights of refugee under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 14.

Deste modo, foram estes institutos jurídicos incluídos na Convenção de Genebra nos seus artigos 1.º - F e 33.º, dispondo respectivamente que:

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas acerca das quais existam razões ponderosas para pensar: a) que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade (...); b) que cometeu um crime grave de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados; c) que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.

E

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida, ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas; 2. Contudo, o benefício da presente disposição não poderá ser invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigo para a segurança nacional do país onde se encontra, ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delicto particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país.

Com estes artigos, os Estados procuravam a confirmação de princípios de direito internacional gerais, que deveriam ser interpretados de boa-fé, nos termos e com o sentido comum atribuível aos marcos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de acordo com o seu contexto e à luz de seu objecto e finalidade; ora, no caso da Convenção de Genebra de 1951, essa interpretação significa a finalidade de se estender esta protecção à comunidade internacional dos refugiados e garantir aos refugiados o exercício mais amplo possível dos seus direitos e liberdades fundamentais.

Como tal, o âmbito do Princípio do Non-Refoulement, na acepção do artigo 33.º da Convenção de Genebra, tem sido desenvolvido desde 1951 e agora apresenta-se como argumento e norma imperativa do direito internacional. Além disso, o próprio entendimento dos direitos humanos também tem progredido, e o *non-refoulement* é hoje entendido como uma forma de protecção dos direitos humanos para um tipo específico de pessoa, o refugiado.

Por seu lado, as Cláusulas de Exclusão têm uma lógica inerente correlacionada com todos os actos que, pela sua gravidade, tornam o seu autor indigno de protecção internacional. Como tal, o seu principal propósito é, em primeira linha, privar os autores de graves crimes de direito comum, entre outros, dessa protecção, salvaguardando o país de acolhimento da aceitação de criminosos que se apresentam como um perigo para a segurança do país.

Como tal, as Cláusulas de Exclusão e o seu efectivo e pleno equilíbrio com este Princípio apresentam-se como as pedras angulares da protecção dos direitos humanos a este grupo de indivíduos, tornando o objecto do presente estudo num dos campos de

intervenção doutrinal, ao nível do direito internacional humanitário, mais actual do momento, não só devido às decisões da jurisprudência comunitária e europeia nestes sentidos, mas de igual modo face à relevância e facilidade com que estas questões se colocam.

Na realidade, a estatuição sem mais dos institutos referidos, pela Convenção de Genebra de 1951, deixou aberto uma real porta de discricionariiedade para as autoridades administrativas dos Estados que, por via das Cláusulas de Exclusão, negam o estatuto de refugiado ou outro tipo de protecção a efectivos requerentes de asilo, em virtude de interesses políticos e económicos ao revés de oferecerem a protecção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement. Como tal, desde logo, uma evidente aplicação de ambos os institutos, nomeadamente uma delimitação clara dos seus escopos de protecção impõe-se o quanto antes.

## **2. A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951<sup>4</sup>**

Ora, o grande movimento organizatório internacional do século XX foi a Organização das Nações Unidas (doravante designada por ONU), tendo em 1951, com a função de garantir a protecção internacional dos refugiados, sido criado, no âmbito do Secretariado da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): instituição apolítica, humanitária e social<sup>5</sup>.

Como tal, foi no seio deste organismo e com um intuito humanitário que foi estruturada a Convenção de Genebra de 1951<sup>6</sup>, que veio estabelecer um regime de direitos e responsabilidades no âmbito do direitos dos refugiados, que só se afirmam com a consagração do estatuto de refugiado através do exercício da jurisdição dos Estados e ainda, demonstrar ao mundo o problema dos refugiados, dando-lhe um carácter social e humanitário e, desse modo, evitando tensões entre os Estados participantes nestas questões.

---

<sup>4</sup> Uma nota somente para referir que a Convenção foi adoptada em Julho de 1951 e entrou em vigor em Abril de 1954. Nesta data, tendo em conta o pós II Guerra Mundial e a própria criação da Organização das Nações Unidas, o âmbito de aplicação da Convenção era limitado aos acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 e por resultado desses acontecimentos; porém, em 1967, com o Protocolo de Nova Iorque este âmbito foi alargado para um nível mundial, passando a omitir-se este limite temporal.

<sup>5</sup> Na realidade, a Assembleia Geral deliberou o Estatuto do ACNUR em 14.12.1950, mas este considerou-se criado a 01.01.1951.

<sup>6</sup> Um pequeno ponto para referir que a Convenção agora em estudo é resultado do trabalho de um Comité Ad Hoc sobre Apatridia e Problemas relacionados, a pedido do ECOSOC em 1949.

Ora, como refere Guy Goodwin-Gill<sup>7</sup>, a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo de 1967 mantêm-se como o instrumento internacional primário no que concerne aos refugiados e sua protecção, sendo a sua relevância indiscutível, funcionando como fonte de interpretação, de análise e de integração de lacunas, pois que contém as definições e as garantias mais básicas que, em qualquer dos casos, devem sempre ser defendidas<sup>8</sup>.

Como tal, demonstra-se de particular relevância a observação de Hathaway, no que concerne à relevância da Convenção de Genebra de 1951 no direito internacional humanitário dos refugiados, que expõe, de um modo relativamente simples, esta questão<sup>9</sup>:

O direito dos refugiados é um ramo paliativo dos direitos humanos. O seu objectivo específico é assegurar àqueles cujos direitos básicos não foram protegidos no seu próprio país que, se habilitados a conseguirem um direito de asilo, possam invocar direitos de protecção subsidiária em qualquer Estado parte da Convenção de Genebra. (...) Não é mais do que o meio necessário a um fim humanitário, a preservação da dignidade humana de um migrante involuntário quando o seu país de origem não pode, ou não quer, arcar com essa responsabilidade<sup>10</sup>.

Neste sentido, pode-se concluir que o âmago desta Convenção é, nada mais, nada menos, que permitir um equilíbrio, um balanço, entre as necessidades dos refugiados, respeitando as preocupações – legítimas – dos Estados.

Partindo agora para uma análise específica dos artigos aqui em estudo, no que concerne às Cláusulas de Exclusão, estas estão inseridas no art. 1.º - F da Convenção de Genebra de 1951. Ora, a sua origem remonta ao despertar da Segunda Guerra Mundial e com os movimentos de pessoas refugiadas pelo mundo, tendo sido unânime pelos autores da Convenção que, face aos crimes cometidos, certas pessoas deveriam ser excluídas da protecção e dos benefícios que o estatuto de refugiado concede, considerando-as, não merecedoras deste título. Ao mesmo tempo, criava-se um mecanismo que fazia com que os perpetradores dos crimes expostos no artigo em questão, não escapassem à justiça, alegando a protecção conferida pela Convenção.

---

<sup>7</sup> Guy S GOODWIN-GILL. *The introduction of the refugee in international law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 7.

<sup>8</sup> Este entendimento pode ser, igualmente, encontrado, em Colin HARVEY. *The right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004, p. 18.

<sup>9</sup> Do original, *Refugee law is a remedial or palliative branch of human rights. Its specific purpose is to ensure that those whose basic rights are not protected in their own country are, if able to reach an asylum state, entitled to invoke rights of substitute protection in any state party to the Refugee Convention. (...) It is no more than a necessary means to a human rights end, that being the preservation of human dignity of an involuntary migrant when his or her country of origin cannot or will not meet that responsibility.*

<sup>10</sup> James C HATHAWAY. *The rights of refugees under international law*, Introduction, p. 5.

Na realidade, é este o facto, igualmente, explicado pelo Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado<sup>11</sup>, no qual se refere que,

[...] foi, imediatamente, após a Segunda Guerra Mundial que, pela primeira vez, foram elaboradas disposições especiais para excluir do grande grupo de refugiados então assistidos, certas pessoas consideradas não merecedoras de protecção internacional.

Neste sentido, continua o Manual referindo que, “os Estados acordaram em que os criminosos de guerra não deveriam ser protegidos”, tendo existido, do mesmo modo, “a vontade por parte dos Estados de negar a admissão nos seus territórios a criminosos que constituíssem perigo para a segurança e a ordem pública”.

Contudo, somente nos anos 90, as autoridades nacionais foram dando, progressivamente, mais importância a estas Cláusulas, pois o passado do requerente de asilo era devesas importante para determinar se teria, ou não, cometido algum crime grave de direito comum.

É de mencionar, ainda, que as Cláusulas de Exclusão estão vinculadas a um princípio de taxatividade ou tipicidade, isto é, estão já exaustivamente enumeradas na Convenção de Genebra de 1951, pelo que não se podem convencionar quaisquer outras, quer a nível internacional, como a nível estadual. Deste modo, a sua aplicação está circunscrita àqueles termos e âmbito, tornando-as uma medida de *ultima ratio*, devendo ser interpretadas restritivamente<sup>12</sup>, como explicitado pela Nota do ACNUR<sup>13</sup> a estas cláusulas: “[o] uso destas cláusulas é, por isso, uma medida extrema. As cláusulas de exclusão devem ser interpretadas dentro de limites muito restritivos e de tal modo que não destrua por completo a integridade da protecção internacional”<sup>14</sup>.

Ademais, refere ainda Geoff Gilbert<sup>15</sup> que, nos trabalhos preparativos da Convenção de Genebra de 1951, no que se refere às Cláusulas de Exclusão, a sua

---

<sup>11</sup> Adoptado em 1979 e regularmente revisto e actualizado, este Manual foi solicitado pelo ExCom, na sua XXVIII sessão ao ACNUR, de modo a que “considerasse a possibilidade de publicar – para orientação de todos os Governos – um manual referente aos procedimentos e critérios a aplicar para a determinação do Estatuto de Refugiado”, conforme se pode ler no Prefácio a este mesmo Manual

<sup>12</sup> Como bem menciona Geoff GILBERT. *Current issues in the application of the exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR, Lisboa, 2001: a aplicação deste artigo é uma limitação à intenção humanitária, devendo, somente, respeitar a actos anteriores ao pedido de asilo.

<sup>13</sup> ACNUR, *Note on the Exclusion Clauses EC/47/SC/CRP.29*, Standing Committee, 30 May 1997.

<sup>14</sup> Do original: *Use of these exclusion clauses is, therefore, an extreme measure. Exclusion clauses must be interpreted within narrow limits and in a manner which does not undermine the integrity of international protection.*

<sup>15</sup> Geoff GILBERT. *Current issues in the application of exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR for the Global Consultations on International Protection, Lisboa, 2001, p. 428.

estatuição pretendeu atingir dois objectivos: o primeiro no sentido de proteger a instituição do asilo de abusos, proibindo, assim, a sua concessão a requerentes não merecedores desta protecção; o segundo objectivo, o de assegurar que aqueles que cometeram graves crimes, no sentido exposto no artigo em causa, não escapassem à sua perseguição e condenação.

No âmbito do Princípio do Non-Refoulement, nos termos do artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951, a sua base constitui-se por princípios de direito internacional dos direitos humanos, cuja evolução do seu campo deve, necessariamente, alimentar a própria interpretação da Convenção de 1951. Como tal, a decisão do direito internacional dos direitos humanos acerca da protecção necessária ao artigo 33.º, deve ponderar uma reconsideração da definição restritiva dada a este princípio ao abrigo da Convenção, no sentido de que, internacionalmente, os direitos humanos deverão proteger o requerente, mesmo onde o estatuto de refugiado lhe é negado.

Neste sentido, é de relevar a expressão tantas vezes utilizada pelos vários autores nesta matéria que resume a importância deste instituto: “O Princípio do Non-Refoulement é a pedra angular da protecção dos refugiados”<sup>16</sup>, desde logo, demonstrando a relevância que este princípio tem no direito internacional dos refugiados e o porquê de ser considerado verdadeiro direito consuetudinário internacional, um real *ius cogens*.

De facto, a razão de ser deste princípio correlaciona-se com o medo de perseguição expresso na definição de refugiado pelo art. 1.º - A da Convenção de Genebra e, como tal, é a ameaça à vida ou à integridade física que sustêm, *ab initio*, este princípio.

Aliás, este instituto está, igualmente, plasmado nas diversas Convenções<sup>17</sup> e Tratados Internacionais<sup>18</sup> que se seguiram à Convenção de Genebra de 1951, sendo de destacar o art. 3.º da Convenção contra a Tortura e o art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

---

<sup>16</sup> *The principle of non-refoulement is the cornerstone of refugee protection.*

<sup>17</sup> De denotar, em especial, a Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial de 1967, na qual se faz menção quer a este Princípio do Non-Refoulement, como às suas excepções. Ademais, é de relevar o facto desta Declaração, no seu art. 1.º, n.º 2 referir que “Nenhuma pessoa sobre a qual existam motivos fundados para considerar que tenha cometido um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, como definido nos instrumentos internacionais que contém disposições relativas a esses crimes, pode invocar o direito de procurar e de beneficiar de asilo”, o que, desde logo, evidencia o sentido das Cláusulas de Exclusão.

<sup>18</sup> Este princípio é, igualmente, exposto nos Princípios Asia-Africa sobre refugiados, na Declaração de Asilo Territorial da UNGA, na Convenção da OAU para os Refugiados, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração de Cartagena, e ainda em Tratados e Convenções relativos à extradição.



Como bem explicam Sir Elihu Lauterpacht e Mr. Daniel Bethlehem<sup>19</sup>: “[e]xistem, além destes, outros contextos nos quais o conceito de *non-refoulement* é relevante, notavelmente na maior parte do direito relativo aos direitos humanos relativo à proibição da tortura, punição e do tratamento cruel, desumano ou degradante”<sup>20</sup>.

De facto, os trabalhos preparatórios deste artigo demonstram que no que ao que a este artigo respeita somente importa a obrigação negativa para o Estado de não expelir o requerente para um país onde exista o receio de ser perseguido.

No que concerne ao n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra, os trabalhos preparatórios demonstram que este constitui uma excepção ao exposto no n.º 1, pelo que se devem ter em conta dois factores: por um lado, como todas as excepções, deve ser interpretado restritivamente e, por outro lado, somente poderá ser aplicado quando as questões de segurança nacional e ordem pública superam, de forma real, as preocupações subjacentes à expulsão<sup>21</sup>.

Deste modo, desde já, se pode concluir que o art. 33.º, no seu n.º 2, tem em si, a mesma base jurídica e o mesmo objectivo que as Cláusulas de Exclusão, ou seja, a negação de uma protecção àqueles que não se demonstrem merecedores de tal.

Ora, face às exposições supra, desde já, se pode concluir que o Princípio do Non-Refoulement é, desde logo, a primária e a essencial protecção atribuída aos refugiados, não somente, devido ao facto de este ser inderrogável e (poder!) ter natureza de *ius cogens*, mas ainda, porque é um princípio com natureza universal, isto é, é recortado da mais diversa legislação internacional, independentemente da sua aplicação ser ou não relacionada com refugiados.

### 3. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO

Nesta terceira parte, chegamos ao “coração” do presente estudo e, nas palavras de Andreia Sofia Oliveira, o problema coloca-se de forma, deveras, simples:

Nos termos da actual lei (quer a Lei nacional, Lei do Asilo, mas como também ao nível dos variados acordos e tratados internacionais), se algum destes

---

<sup>19</sup> Tradução do original: *There are, in addition, other contexts in which the concept of non-refoulement is relevant, notably in the more general law relating to human rights concerning the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.*

<sup>20</sup> Em *The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion* para UNHCR, Junho, 2001, p. 1.

<sup>21</sup> Esta questão é estudada, mais aprofundadamente, por Paul WEIS. *The Refugee Convention of 1951: the travaux preparatoires analysed*, Cambridge, Cambridge University Press, XIX, 1995, pp. 342-343.

pressupostos negativos ou cláusulas de exclusão se encontrar preenchido em relação a alguém que tenha pedido protecção internacional, não só não lhe poderá ser reconhecer o estatuto de refugiado, como também não lhe poderá ser concedida protecção subsidiária (...). Na maior parte das vezes, não poderão ser expulsas para os respectivos países de origem, porque têm fundado receio de sofrer perseguição ou ofensas graves aos seus direitos fundamentais e a sua expulsão consubstanciaria, eventualmente, uma violação das obrigações internacionais... [acrescento, nomeadamente, o Princípio do Non-Refoulement]

22

Ou seja, a questão que se coloca é, de como estes institutos podem ser perspectivados conjuntamente, como deve ser feito o balanço dos interesses protegidos por cada um deles, bem como quais as situações mais críticas ao nível da prática administrativa e jurisdicional.

Como bem menciona James C. Hathaway, “os Estados que recebam um pedido de extradição (por exemplo) de um refugiado que tenha cometido um crime, do mesmo Estado que o irá perseguir, tem a seu cabo uma difícil decisão”. Por outro lado,

os Estados não são obrigados a garantir asilo a pessoas que cometeram crimes graves, simplesmente porque será expectável que será exposto a determinados perigos. Assim, um equilíbrio próprio e justo entre todas estas considerações envolvidas deve ser assegurado<sup>23</sup>.

Ora, face a este problema, questiona-se como podem estes dois institutos subsistir em consonância, no caso concreto, pois que existem duas formas de perspectivar esta mesma querela: por um lado, existem autores que entendem que o princípio do Non-Refoulement tem natureza *de ius cogens* e de primado internacional, pelo que as suas provisões não podem nunca ser derogáveis<sup>24</sup>; por outro lado, existem autores que advogam que este princípio é permeável a determinadas situações, como nos casos de segurança nacional e criminalidade grave, face à expressão “reasonable grounds” inscrita no n.º 2 do art. 33.º mencionado.

Iniciando com a primeira grande cláusula de exclusão, no que diz respeito ao crime exposto na aliena a) do Art. 1.º-F, desde logo expõe Guy S. Goodwin-Gil que, a natureza destes crimes é extremamente séria, pelo que não existe qualquer margem de manobra para proporcionalidade ou mediação com uma possível gravidade de perseguição

---

<sup>22</sup> Andreia Sofia OLIVEIRA. O novo Direito de Asilo Português, in Jorge MIRANDA (coord.) *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010, pp. 167 – 184.

<sup>23</sup> James C HATHAWAY, *The law of refugee status*, Butter Worths, 1991, p. 224.

<sup>24</sup> Este raciocínio advém da consideração de que existe um dever geral de assegurar o respeito aos direitos humanos, decorrentes da dignidade da pessoa humana, cuja aplicação deve ser *erga omnes*, já que cada Estado tem interesse legal, social e político na salvaguarda destes direitos. Nesse sentido, também o Princípio do Non-Refoulement, pela sua aplicação própria, deve ser considerado uma obrigação *erga omnes* entre os Estados e outros actores internacionais, por António Augusto Cançado TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Sérgio António Fabris (Ed.), 2003, p. 426 e ss. Ver ainda Jean ALLAIN. *The jus cogens nature of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002.

que o requerente possa sofrer, face à gravidade da sua conduta<sup>25</sup>. Como tal, quando estejam em causa estes crimes, as cláusulas de exclusão aplicam-se independentemente do mérito e outras circunstâncias do pedido<sup>26</sup> de asilo.

Assim, nestes casos a protecção do Princípio do Non-Refoulement não se coloca, pois a gravidade dos crimes cometidos, a intenção e amplitude dos mesmos, bem como os bens jurídicos que se pretendem proteger com esta norma suplantam qualquer circunstância individual do requerente de asilo/refugiado.

Ora, acontece que os crimes perpetrados no âmbito desta *alínea a)* são, de tal forma, graves que a comunidade internacional reconhece que a sua mera expulsão e não aplicação do Princípio do Non-Refoulement não é nem pode ser suficiente, devendo existir um dever de penalização dos perpetradores destes crimes<sup>27</sup>. Nestes casos, é trazido à colação o princípio da jurisdição universal<sup>28</sup>, em que face à gravidade destes crimes, o Estado pode chamar a si o dever de julgar aquele indivíduo<sup>29</sup>.

Admite, neste ponto, Joan Fitzpatrick<sup>30</sup> trazer à colação ainda, o Princípio *aut dedere aut judicare*, inscrito no art. 7.º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura que, resumidamente, estabelece que os Estados devem ou extraditar ou trazer à Justiça os perpetradores de determinados crimes que envolvam tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou seja, no caso em concreto, aqueles que preenchem a alínea a) do art. 1.º F da Convenção de 1951. Desta forma, os Estados têm a obrigação de

---

<sup>25</sup> É actualmente no Estatuto de Roma que se encontra a definição de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, no seu artigo 7.º, enquanto jurisdição penal do Tribunal Penal Internacional.

<sup>26</sup> Guy S. GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 97.

<sup>27</sup> Neste sentido entende o Lawyers Committee for Human Rights, *Safeguarding the Rights of Refugees under the Exclusion Clauses: Summary Findings*, I.J.R.L., Vol. 12 Supplementary Issue, 2000, p. 322.

<sup>28</sup> Princípio segundo o qual existem determinados crimes, nomeadamente crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio, que são internacionalmente reconhecidos como as mais graves violações do direito internacional, de modo a que os seus perpetradores possam ser sancionados pelas suas acções. A comunidade internacional veio a aceitar que nestes crimes, os Estados têm o direito e o dever de trazer à Justiça os responsáveis, mesmo nas situações em que os seus países de origem não persigam a sua penalização, isto é, independentemente da sua nacionalidade, da nacionalidade das vítimas ou do lugar em que ocorreram, pelo que a maior característica deste Princípio é a sua extra-territorialidade, ou seja, os indivíduos deixam de ser acusados e condenados no país da sua nacionalidade, mas podem ser julgados por outros Estados, com interesse na causa. O TEDH veio já afirmar que independentemente do país onde tenha sido cometido o delito, a nacionalidade da vítima e do autor ou do país onde está localizado esse crime quando iniciado o processo, os tribunais, dentro de certas condições e limites, podem julgar o perpetrador desse crime. Porém, existem Estados (ex. EUA) que são fortes opositores de uma plenitude do Princípio da Jurisdição Universal, já que este princípio pode pôr em causa a soberania estadual e pode consistir numa violação do dever de não ingerência dos Estados.

<sup>29</sup> Quanto ao princípio da jurisdição universal, seguir a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Jorgic v. Alemanha* de 12.07.2007.

<sup>30</sup> Joan FITZPATRICK. *The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, p. 278 e ss.

notificar o Estado que requereu a extradição ou para o qual pretende expulsar o requerente/refugiado de que o mesmo cometeu crimes de guerra, contra a paz ou a humanidade, pelo que deve ser julgado pelos mesmos<sup>31</sup>.

Neste sentido, deve ser tidos em consideração os casos em que os requerentes/refugiados confessam os crimes cometidos às autoridades nacionais, permanecendo a questão de se estas devem estar obrigadas a entregar estes indivíduos quer ao país de origem ou aos tribunais internacionais, tendo em conta que são o Estado de asilo. Ora, nesta questão, Joan Fitzpatrick defende que é preferível que estes indivíduos sejam julgados nos Estados onde os crimes foram cometidos, através de um sistema penal justo e equitativo e que, conseqüentemente sejam entregues ao competente tribunal internacional, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional<sup>32</sup>, que através dos seus artigos 5.º e seguintes tem jurisdição sobre os crimes constantes desta alínea a).

Neste sentido, os Estados podem adoptar 3 medidas essenciais: a) julgar o indivíduo excluído com base no princípio da jurisdição universal; b) extraditar o indivíduo para o seu país de origem ou país terceiro para que seja julgado pelos seus crimes nesses Estados, desde que asseguradas todas as suas garantias internacionais, nomeadamente a sua integridade e direito a um julgamento justo; c) entregar o indivíduo para que seja julgado no Tribunal Penal Internacional<sup>33</sup>.

Assim, aquando da aplicação desta alínea num caso concreto, existem dois preponderantes deveres: por um lado assegurar que aquele que cometeu graves crimes é trazido à justiça e se responsabilize pelos seus actos, bem como certificar que este continua a beneficiar da protecção internacional dos seus direitos<sup>34</sup>.

Ora, se assim não se fosse, estar-se-ia a proteger o requerente em contraposição à vítima, sendo certo que face à gravidade dos actos cometidos, devem ser balanceados os bens jurídicos em causa. Ademais, caso se protegesse estes indivíduos concedendo-lhes asilo ou, simplesmente, não expulsando para o Estado que requer a sua extradição pelos crimes cometidos ou não os entregando ao TPI, estar-se-ia a iniciar uma cláusula

---

<sup>31</sup> Cf. Id. nota 30, p. 279. Acrescente-se que, apesar do ACNUR ter um importante papel de auxílio a perseguição daqueles que devem ser trazidos perante os tribunais internacionais, o certo é que este envolvimento é limitado, pois que o ACNUR está vinculado a este princípio através das normas de direito internacional, pelo que a este nível muito é deixado ao carácter das instâncias nacionais.

<sup>32</sup> Raciocínio também defendido no Documento de Trabalho da Comissão sobre a Relação entre a salvaguarda da segurança interna e o respeito das obrigações e dos instrumentos de protecção internacional, COM/2001/0743 final, p. 10.

<sup>33</sup> Cf. Id. nota 27, p. 322.

<sup>34</sup> Cf. Id. nota 27, p. 322.

impunitiva, apoiada na despenalização dos actos cometidos, facto que a comunidade internacional não pode nunca permitir.

Sendo certo que, estes indivíduos sempre são protegidos contra eventuais ameaças, tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o certo é que, caso esta situação se coloque, os bens jurídicos das vítimas que se pretendem proteger com a sua entrega ao TPI ou ao país de origem são superiores ao direito do indivíduo ameaçado.

O que acontece com a alínea a) do art. 1.º F em relação ao art. 33.º, n.º 1 é que a vinculação dos Estados às obrigações internacionais inerentes – protecção contra tortura e perseguição dos criminosos de guerra, de actos contra a paz ou humanidade – se sobrepõe, com particular incidência pela sua obrigação internacional de perseguição de criminosos de guerra e equiparados, isto é, o elemento criminal superioriza e substitui o carácter de refugiado *bona fide*<sup>35</sup>, pelo que não existe qualquer balanço entre interesses a fazer.

Assim, pode-se concluir que apesar de o Princípio do Non-Refoulement ser percebido, em geral, como princípio geral de direito internacional e verdadeiro *ius cogens*, dele devem ser excluídos determinados crimes que, em caso contrário, face à sua gravidade levariam a uma cláusula de despenalização criminal internacional.

Acresce que, correspondentemente, todo o anterior exposto se aplica à alínea c) do art. 1.º - F, pois que esta pretende englobar potenciais actos que não se pudessem enquadrar dentro do escopo da anterior alínea, sendo uma exposição lata dos princípios e objectivos das Nações Unidas<sup>36</sup> que, em *ultima ratio*, englobam igualmente os crimes contra a paz, contra a humanidade e crimes de guerra, tanto quanto estes simplesmente derrogam as relações amigáveis entre os Estados e a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como a igualdade soberana, a boa-fé, a resolução pacífica dos conflitos, a renúncia à ameaça no uso da força, o dever de cooperação, a abertura à adesão de novos Estados e o respeito pelas instâncias nacionais.

---

<sup>35</sup> Michael KINGSLEY NYINAH. *Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, p. 306.

<sup>36</sup> Conforme estão expostos nos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações Unidas, ou seja, o objectivo principal das Nações Unidas é a manutenção da paz, seguindo-se pela manutenção das relações amigáveis entre os Estados e a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Quanto aos princípios, estes são sete e dizem respeito à igualdade soberana, boa-fé, resolução pacífica dos conflitos, renúncia à ameaça no uso da força, dever de cooperação, abertura à adesão de novos Estados e respeito pelas instâncias nacionais.

Como tal, os Estados de refúgio devem negar asilo a estes requerentes, entregando-os às autoridades que requerem a sua extradição ou expulsão, assegurando-lhes que os seus direitos são garantidos e que a penalização pelos seus actos seja concretizada.

Estando definido o equilíbrio entre a Exclusão das alienas a) e c) do art. 1.º-F com o art. 33.º, n.º 1, ambos da Convenção de Genebra, e apesar de a questão parecer bastante clara no que a estas alíneas diz respeito, a resposta não é a mesma no que diz respeito à alínea b) desse artigo 1.º - F<sup>37</sup>. De facto, a fronteira entre a protecção assegurada pelo Princípio do Non-Refoulement e a Exclusão em caso de crimes graves de direito comum quando haja razões ponderosas para acreditar que estes foram cometidos, é deveras ténue, sendo aqui que a verdadeira questão do equilíbrio entre institutos se coloca.

Ora, desde já uma conclusão parece poder ser retirada: como refere James C. Hathaway, se a gravidade da perseguição e risco de tortura superiorizar significativamente a sua actividade criminal, o refugiado não poderá ser excluído nos termos do art. 1.º, F, b)<sup>38</sup>. Assim, parece estar assente para a doutrina internacional que, se a pessoa a ser excluída estiver perante um sério risco de perseguição, de modo a que veja ameaçada a sua vida ou liberdade, somente poderá ser expulsa com base nas mais sérias razões, pelo que, *a contrario*, apenas quando o receio de perseguição é inferior à natureza do crime, esta expulsão se sobrepõe ao interesse do indivíduo<sup>39</sup>.

Esta ideia foi, igualmente, exposta pelos redactores da Convenção quando relevam que deve ser exigido um justo equilíbrio entre todas as questões envolvidas, pois que mesmo que um requerente seja um criminoso, existe a possibilidade de a natureza da perseguição ser tal modo hedionda que ultrapasse a lógica inerente ao seu retorno, isto quer dizer que se a gravidade do receio superiorizar a significância criminal do acto do requerente, não é apropriado excluir com base nesta cláusula<sup>40</sup>.

De facto, em princípio crimes menores não levam à exclusão, mesmo que o requerente seja reincidente<sup>41</sup>. Contudo, é de denotar que a gravidade do crime varia de

---

<sup>37</sup> De acordo com o Manual do ACNUR e sem entrar em pormenores mais específicos como aquilo que deve ser entendido como crime e especialmente a sua gravidade consoante o Estado de asilo, pode-se afirmar que um acto é considerado como um crime grave de direito comum quando, por um lado não tem natureza política face aos objectivos que pretende atingir e, por outro lado, são actos particularmente cruéis ou desumanos, face à intenção e bem jurídico lesado, puníveis com pena de prisão superior a 3 anos.

<sup>38</sup> James C HATHAWAY. *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991, p. 225.

<sup>39</sup> Neste sentido, Guy S GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Claredon Press Oxford, 1996, pp. 106 - 107.

<sup>40</sup> Raciocínio clamado por James C HATHAWAY. *The law of refugee status*, Butter Worths, 1991, p. 224.

<sup>41</sup> Geoff GILBERT. *Current issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, p. 450.

Estado para Estado e a punidade imprimida ao crime em causa. Em todo o caso, as Orientação do ACNUR para a Exclusão<sup>42</sup> indicam que quanto mais grave for a perseguição receada caso o requerente seja retornado, maior será a gravidade do crime cometido, pelo que será necessário efectuar um equilíbrio entre estes interesses em causa e, principalmente, as consequência a longo prazo com a expulsão ou admissão do requerente de asilo.

É neste ponto que surge a teoria do ‘teste do equilíbrio’, sendo a solução apontada para os casos dúbios de aplicação desta alínea b), ou seja, o que se propõe é uma ponderação de causalidade e proporcionalidade entre os meios, o alvo, os objectivos que se pretendem atingir e as consequências desse acto, que devem ser equilibradas com o medo/receio de perseguição que o autor diz vir a sofrer em caso de exclusão. Conforme expõe Michael Kingsley Nyinah<sup>43</sup>, a essência deste teste é a de conectar os vários elementos em causa: por um lado, os actos criminais do requerente de asilo e, por outro lado, o seu receio de perseguição e necessidade de protecção, de modo que se conclua que um desses elementos anula/substitui o outro<sup>44</sup>.

Porém, como se aplica este ‘teste do equilíbrio’ na prática administrativa e jurisprudencial? Para tal, tenhamos em conta a seguinte hipótese: um indivíduo fugiu do seu país de origem e requereu asilo expondo que encontra-se impedido de voltar ao seu país de origem, pois decidiu deixar de pertencer a um grupo rebelde, de intuito político, no que lutava contra a tirania do governo estabelecido, pelo que em virtude da sua opinião política e pertença ao grupo em causa, o indivíduo alegava que caso fosse expulso para o seu país de origem enfrentaria, certamente, tortura e colocaria a sua vida e liberdade em risco. Ademais, tinha sido já condenado por decisão definitiva pelos actos cometidos naquele grupo.

Ora, tendo em conta que no seio do grupo rebelde, o indivíduo chegou a cometer assassinatos e roubos, estes actos são considerados pela doutrina internacional como crimes graves de direito comum, na acepção da alínea b) do art. 1.º - F da Convenção de Genebra, pelo que, é certo que as autoridades administrativas competentes excluiriam este indivíduo da protecção própria concedida pelo estatuto de refugiado, nomeadamente,

---

<sup>42</sup> ACNUR, *Orientações sobre protecção internacional - A Aplicação das Cláusulas de Exclusão: o art. 1.º F da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado*, 4 Setembro de 2003.

<sup>43</sup> Cf. Id. nota 35, p. 306.

<sup>44</sup> Cf. Id. nota 35, p. 306.

em Portugal, com base na aplicação do art. 9.º, n.º 1, ponto iii) da Lei do Asilo, porquanto se encontra estabelecido que

não pode beneficiar de asilo o estrangeiro ou apátrida quando existam razões ponderosas para pensar que praticou crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos, fora do território nacional, antes de ser admitido como refugiado<sup>45</sup>.

Deste modo, o requerente deveria ser expulso do território português e reenviado para o seu país de origem. Ora, se tal acontecesse sem mais, Portugal estaria a violar as suas obrigações internacionais, em específicos o art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado, bem como o art. 3.º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, isto é, a proibição de expulsar (*refouler*) quando existe um sério risco de a sua vida ou liberdade serem ameaçadas e enfrentar tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Princípio do Non-Refoulement).

Desta forma, a autoridade administrativa competente estaria perante uma difícil decisão visto não poder atribuir o estatuto de refugiado ou protecção subsidiária ao requerente em causa, quer com base na legislação nacional como com base no direito internacional, mas, igualmente via-se impedida de o expulsar para o seu país de origem, sob pena de violar as obrigações internacionais a que aderiu.

É neste momento que se deve trazer à colação o supra mencionado ‘teste do equilíbrio’, ou seja, a ponderação entre a atitude criminosa do requerente de asilo e as consequências da sua expulsão, face ao seu receio de perseguição. Ora, como já indiciado, muita desta ponderação é deixada a cabo das autoridades administrativas competentes ou na subjectividade do juízo jurisprudencial; o certo é que, em todos os casos, devem ser perspectivadas todas as circunstâncias do caso concreto, devem ser reunidas todas as provas possíveis e deve ser investigado o Estado de origem do requerente, nomeadamente ao nível legal – de modo a saber se terá todas as garantias processuais penais no caso de aí ser julgado e que possam protegê-lo de ataques de terceiros – e ao nível social – quer dizer, qual a influência de grupos criminosos, ou até mesmo as forças armadas do governo no poder, na sociedade e a forma como estes podem levar a cabo a perseguição que o requerente alega vir a sofrer em caso de expulsão.

---

<sup>45</sup> No mesmo sentido, pelo mesmo artigo, também não se aplica a protecção subsidiária, concretizada no art. 7.º da mencionada Lei do Asilo.



Assim, *in casu*, parece evidente que, independentemente do seu Estado de origem, o requerente iria ser perseguido pelo seu grupo criminoso, não só face ao facto de o ter abandonado – que, de acordo com a violência manifestada por cada um destes grupos, pode ser motivo para tal – mas, acima de tudo, face às informações que poderia disponibilizar sobre o mesmo. Ademais, não só poderia ser perseguido pelo seu próprio grupo, como igualmente pelas forças armadas e secretas que o indivíduo atacou, sendo que é facto conhecido as possíveis retaliações dos serviços secretos dos governos cujo poder é ameaçado. Por outro lado, quanto à atitude criminosa do requerente, o facto de este ter abandonado, voluntariamente, o grupo a que pertencia, demonstra não só a vulnerabilidade da situação em que se encontra, mas torna-o um refugiado *bona fide*. Ademais, de acordo com o ACNUR, sempre que possível, deve ser dado o benefício da dúvida ao requerente, confiando-se nas suas declarações.

Deste modo, através de uma ponderação entre a proporcionalidade da sua conduta criminosa – que para todos os efeitos deverá ter cessado por vontade do próprio – e o receio de perseguição que o mesmo poderá vir a sofrer – que, face ao grupo criminoso em causa se demonstra com relativa evidência de que irá, de facto, ocorrer – sugere que a necessidade de protecção do requerente suplanta os seus actos criminosos passados.

Como tal, caberia ao Estado de acolhimento conceder protecção internacional a este indivíduo, de modo a assegurar o cumprimento das suas obrigações internacionais que, caso contrário, seriam violadas por haver um sério risco de existir tratamento contrário àquele do art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, bem como violação do Princípio do Non-Refoulement.

Porém, existe ainda a especificidade de ter sido já condenado em sentença definitiva pelos actos cometidos, o que pode ter, igualmente, influência na aplicação ou não da protecção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement. De facto, a protecção concedida pelo art. 33.º, n.º 1 pode ser afastada quando o requerente, nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, tenha sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, e constitua ameaça para a comunidade e segurança nacional do país de asilo<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Coloque-se, por hipótese, o facto de existir um refugiado que foi condenado, no seu país de origem, por uma série de homicídios; porém, refugiado no país de refúgio, está numa cadeira de rodas. Representará um perigo para a segurança nacional ou a ordem pública? Este é um dos raciocínios que caberá às autoridades fazer no caso concreto e a fundamentação da jurisprudência e doutrina para a aplicação restritiva e cautelosa deste artigo.

Ora, de acordo com Guy S. Goodwin-Gill, mesmo que se concorde com a aplicação da protecção específica do Princípio do Non-Refoulement (art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951), sempre restará ao Estado a aplicação das suas excepções, expostas no n.º 2 desse mesmo artigo. De facto, segundo o mesmo autor, ainda não é claro qual o limite e âmbito entre aquilo que se considera um crime particularmente grave (como os do caso em concreto) e o ponto de ser ou não um perigo para a comunidade<sup>47</sup>. Por seu lado, James C. Hathaway menciona que o art. 33.º, n.º 2 e o argumento da segurança nacional só podem ser trazidos à colação quando a presença do refugiado ou os seus actos, objectiva e razoavelmente constituem uma real possibilidade de directa ou indirectamente vir a infligir substancialmente perigo para o Estado de acolhimento e os seus interesse mais básicos, o que inclui o risco de um ataque armado ao seu território e cidadãos ou a destruição da democracia implantada<sup>48</sup> – o que descartaria a sua aplicação aos crimes agora em apreço.

De facto, o 33.º, n.º 2 aprecia uma futura ameaça daquele refugiado, pelo que o Estado não pode basear a utilização desta excepção e, justificar a expulsão do refugiado sem mais, através da condenação deste por actos anteriores à sua admissão como refugiado naquele país de refúgio, mas somente quando de facto se comprove, sem margem para dúvidas, que a sua presença irá colocar, no futuro, em causa a segurança pública do Estado de refúgio.

Assim, as autoridades administrativas competentes devem avaliar até que ponto a condenação por decisão definitiva de um crime particularmente grave pode ou não influenciar a segurança da comunidade do Estado de refúgio no futuro, isto porque o requerente/refugiado pode ser considerado uma ameaça para com o seu Estado de origem ou outro e não o ser para com o Estado de refúgio.

Como tal, no caso em concreto, o Estado de refúgio deveria ponderar os interesses em causa, nomeadamente os interesses individuais do requerente de asilo em não ver a sua vida ou liberdade ameaçadas e o interesse do Estado em proteger a sua comunidade dos actos cometidos pelo mesmo. Caso o Estado de refúgio considere que, com base num princípio de proporcionalidade, os actos, os meios utilizados e os alvos da actividade criminosa do indivíduo, bem como as possíveis consequências futuras que a sua

---

<sup>47</sup> Guy S GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Claredon Press Oxford, 1996, p. 140.

<sup>48</sup> James C HATHAWAY. *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, p. 346.

presença poderá ter no território de acolhimento, suplantam o seu receio de perseguição, pode expulsá-lo – devendo ter sempre em conta que o deverá fazer, primariamente, para um país terceiro seguro. *A contrario*, quando existem provas sérias de que o requerente tem um risco real de ver a sua vida e liberdade ameaçadas, de tal modo graves e sérias que anulem os interesses desse Estado, então deve ser concedida protecção internacional ao mesmo.

No caso concreto, sempre se defenderá que o Estado de refúgio deve basear a sua decisão entre três grandes frentes: o tipo de crime perpetrado pelo requerente de asilo, o receio de perseguição do mesmo e a expectativa de ameaça criada com a sua recepção para a comunidade do Estado de refúgio. Assim, somente quando a segunda frente mencionada suplanta as outras duas, poderá o requerente de asilo ser aceite no Estado de refúgio, devendo os tribunais reger-se por princípios de um processo penal justo e equilibrado, pelas garantias processuais penais e não pela mera aplicação das Cláusulas de Exclusão e pelas excepções do art. 33.º, n.º 2., insistindo-se na proporcionalidade entre as consequências para o refugiado com o retorno e as consequências da sua não expulsão para a comunidade.

#### **4. O PÓS-EQUILÍBRIO**

Ora, tendo chegado a este ponto, duas conclusões se podem retirar das hipóteses analisadas, ou a expulsão do requerente de asilo ou a sua protecção. Acontece que, como vimos, a aplicação de uma cláusula de exclusão faz com não lhe possa ser concedido o estatuto de refugiado, pelo que a sua protecção advém dos vários desenvolvimentos e aplicações do Princípio do Non-Refoulement. Nestes termos, coloca-se a questão de qual o estatuto a conceder quando o Estado de refúgio decide proteger o indivíduo.

Na realidade, o indivíduo não é refugiado – visto que se encontrou excluído dessa protecção – e, em Portugal, não se lhe aplica a protecção subsidiária, visto que tem como cláusulas de exclusão as mesmas que se aplicam à concessão do estatuto de refugiado. Assim, é neste momento que, cada vez mais, a doutrina internacional vem a falar de um Estatuto C, ou seja, um estatuto de protecção alternativo, quando todos os outros falham.

De facto, vezes se têm levantado afirmando que, tendo em conta a dignidade do regime de asilo e a natureza imperativa do Princípio do Non-Refoulement, deve ser estruturado um terceiro estatuto, novo e autónomo.

Ora, à protecção subsidiária se aplicam as mesmas cláusulas de exclusão que à concessão do estatuto de asilo – o art. 1.º - F da Convenção de Genebra e o art. 9.º, n.º 1, alínea c) da Lei do Asilo - pelo que somente parece ser possível a aplicação do art. 123.º, n.º 1, alínea b) da Lei dos Estrangeiros, que concede um regime excepcional através da autorização de residência temporária para situações especiais, pois estabelece que:

[q]uando se verificarem situações extraordinárias a que não sejam aplicáveis as disposições previstas no artigo 122.º<sup>49</sup>, bem como nos casos de autorização de residência por razões humanitárias ao abrigo da lei que regula o direito de asilo, mediante proposta do director-geral do SEF ou por iniciativa do Ministro da Administração Interna pode, a título excepcional, ser concedida autorização de residência temporária a cidadãos estrangeiros que não preencham os requisitos exigidos na presente lei: b) Por razões humanitárias

Ou seja, o artigo em causa demonstra que, a título excepcional, nos mesmos casos em que se aplica a protecção subsidiária, pode ser concedida esta autorização de residência temporária por razões humanitárias.

De facto, este é o único artigo que não fica precludido pela sua conjugação com as cláusulas de exclusão, tal como acontece com a protecção subsidiária, pelo que é o único meio de o requerente excluído ficar, efectivamente, protegido. Mas pode-se afirmar que este é o estatuto a conceder nos casos em apreço?

Na realidade, visto não existir mais alguma possibilidade de protecção no ordenamento jurídico português, este é, sem dúvida, o estatuto a conceder, isto é, uma autorização de residência temporária, de nível excepcional, por razões humanitárias, o que, na verdade, parece se reconduzir, em certa parte, ao regime concedido com a protecção temporária.

Em boa verdade, defendo que em Portugal<sup>50</sup> deveria existir 4 grandes níveis de protecção progressivos e pré-excludentes, ou seja, somente pela não aplicação de um, se poderia recorrer à protecção do seguinte, a saber: o direito de asilo constitucional, concessão de asilo legal, protecção subsidiária através de autorização de residência por razões humanitárias, regime excepcional de autorização temporária de residência.

---

<sup>49</sup> Estipula a autorização de residência em casos especiais, nomeadamente nos termos do seu n.º 1, alínea f), a todos aqueles que tenham deixado de beneficiar do direito de asilo em Portugal em virtude de terem cessado as razões com base nas quais obtiveram a referida protecção.

<sup>50</sup> Tal como já se verifica em vários Estados.

Desta forma, tanto as autoridades administrativas como os órgãos judiciais têm um segmento de aplicação normativo, com base no qual podem, efectivamente, visualizar qual a área de protecção mais aconselhável para o requerente. Assim, se não se provar os requisitos de admissibilidade ou a sua exclusão do primeiro, verifica-se o âmbito de protecção do segundo e, se igualmente neste não for admissível ou daí excluído, averigam-se os critérios do terceiro.

Ora, este é o regime de protecção adoptado na Alemanha, o qual segue esta gradualidade de aplicação normativa. Acontece que, em ambos os países – Portugal e Alemanha – existe ainda um direito de asilo específico da Constituição, tendo os seus critérios ter que ser também aqui verificados.

Assim, primeiramente, deve ser verificado o âmbito de protecção da norma superior, o art. 33.º, n.º 8 da CRP; posteriormente, com a dignidade que lhe é concedida pelo direito internacional, deve averiguar-se o âmbito específico de protecção do Estatuto de Refugiado (em Portugal, a Lei do Asilo), sendo seguido pela sua correlativa Protecção subsidiária; quando todas estas protecções falham, resta a norma administrativa inferior e base piramidal, o regime excepcional de autorização temporária de residência.

Apesar do regime formulado parecer teórico, o certo é que a sua aplicação prática é bastante simples, sendo somente necessário a inclusão de um artigo na Lei do Asilo estipulando, nomeadamente, os vários regimes de protecção possíveis e que a sua aplicação é progressiva e subsidiária, sendo que somente a exclusão do primeiro justifica a verificação do segundo e, assim, sucessivamente. Com esta inclusão na Lei do Asilo e, conseqüentemente, na Lei dos Estrangeiros, as autoridades administrativas e jurisdicionais não teriam margem de apreciação na aplicação de cada um destes institutos, deixando de ser uma aplicação discricionária, para ser uma aplicação concreta e legítima dos vários graus de protecção, através da aplicação negativa dos vários níveis.

Nestes termos, nos casos anteriormente mencionados de um requerente de asilo se encontrar excluído nos vários níveis de protecção e, contudo, não puder ser retornado para um país onde venha a sofrer tratamento contrário ao Princípio do Non-Refoulement, o regime a aplicar seria o último nível de protecção, em específico, o regime excepcional de autorização temporária de residência por razões humanitárias, previsto na Lei dos Estrangeiros.

Para além da possibilidade formulada, existe ainda outra: a criação de um Estatuto completamente novo e autónomo, cuja base contempla somente este tipo de

situações. Para tal, teria que se estipular, igualmente, um sistema progressivo e eliminatório de aplicação dos vários campos de protecção, conforme referido infra, porém, *a final*, não subsistiria um regime excepcional de autorização temporária de residência, mas um regime de protecção específico.

Este regime deveria contemplar todas as situações não incluídas nas protecções anteriores, não tendo cláusula de exclusão do mesmo e prevendo a protecção do indivíduo durante o tempo que fosse necessário.

Desta forma, nos casos anteriormente explanados, esta situação seria verificada através das condições no país de origem em proteger, pelos seus meios, o requerente, evitando que este seja perseguido e sujeito a tortura ou a ameaça à sua vida ou integridade física.

No regime agora sugerido, o requerente teria, desde logo, a concessão de residência nos mesmos termos que a protecção subsidiária, somente com a diferença de que, por um lado, face aos crimes que cometeram, os indivíduos estariam sujeitos a constante vigilância no Estado de acolhimento e, por outro lado, a constante monitorização da situação política e social do Estado de origem, sendo certo que, tais informações devem ser transmitidas igualmente aos indivíduos protegidos, de modo a que possam escolher voluntariamente o seu repatriamento. Neste seguimento, logo que o país de acolhimento tenha confirmações específicas de que o indivíduo não seria sujeito a tratamento contrário ao Princípio do Non-Refoulement, a sua devolução ao país de origem seria compulsória.

Assim, este seria um primeiro *draft* de um possível artigo a incluir nas Leis do Asilo e dos Estrangeiros, que o legislador ordinário deve ter em consideração e deverá, o quanto antes, definir contornos e estatuir, de modo a que, quer a Administração como os Tribunais, possam legal e legitimamente aplicar, sem considerações discricionárias e através da atribuição de regimes subsidiários, de modo a que a exclusão de um deles seja contornada pela protecção do seguinte, até que, *a final*, seja efectivada ou a protecção do requerente ou a sua exclusão.

Desde logo, uma das vantagens deste tipo de esquema eliminatório de regimes funciona de forma é a de que se, *a final*, o requerente for expulso do território no qual procurou protecção, a fundamentação da sua expulsão está, efectivamente, verificada, através da consideração de toda a sua situação pessoal e inclusão nos mais variados tipos de protecção possível.

Todavia, o mais essencial é, sem dúvida, a estipulação de que os regimes actualmente existentes deveriam funcionar por subsidiariedade, sendo este um factor premente a ter em consideração pelo legislador ordinário, de modo a que as autoridades competentes e os tribunais deixem de aplicar os variados regimes discricionariamente, mas seja perceptível uma razão lógica e legal na aplicação de cada um deles. Desta forma, não apenas seria garantida a protecção máxima aos requerentes de asilo mas, igualmente, tanto a Administração como os Tribunais, passariam a ter uma via legal de fundamentação da aplicação de um regime em vez do outro, tornando as suas decisões mais sustentáveis de acordo com um dos Princípios básicos de Estado de Direito: a fundamentação das decisões.

## 5. CONCLUSÕES

O presente artigo tem como objectivo demonstrar como o Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado poderia ser alcançado e desde logo, podemos concluir que todos os indivíduos, mesmo aqueles excluídos da protecção enquanto refugiado, continuam a manter-se protegidos pelas normas internacionais dos direitos humanos, pois que a aplicação do direito internacional e regional dos direitos humanos serve para prevenir o retorno dos requerentes de asilo e refugiados que enfrentam tortura ou outro tipo de perseguições relacionadas, mas não só, ou seja, servem conjuntamente com esse direito à protecção, para garantir que todos os direitos do indivíduo enquanto pessoa humana sejam assegurados no processo de determinação da sua protecção/exclusão e após essa mesma decisão.

Na realidade, podemos verificar que desde 1951 e da estatuição do Princípio do Non-Refoulement pela Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado, as circunstâncias geopolíticas internacionais modificaram-se quanto à sua visão a aplicação dos direitos humanos, pelo que o art. 1.º - F desta Convenção de Genebra de 1951 não pode ter somente uma leitura de absoluta negação do estatuto de refugiado, falando-se, actualmente, de uma nova perspectiva do Princípio do Non-Refoulement como norma de direito consuetudinário, peremptória e verdadeiro *ius cogens*.

Todavia, esta não é a realidade prática das autoridades administrativas e dos tribunais dos Estados de refúgio, pois que as excepções ao Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão servem, em grande parte dos casos, como válvulas de escape

dos Estados em abrigar no seu território, requerentes de asilo cujos comportamentos do passado encerram actos criminosos.

De facto, os Estados estão vinculados e são legalmente responsáveis por quaisquer violações dos direitos humanos e, principalmente, do Princípio do Non-Refoulement, pelo que deveriam ter a noção de que têm que dar segurança aos refugiados e que a escolha de um país de refúgio, na maior parte dos casos, não é deliberada por circunstâncias políticas ou culturais, mas sim a única solução possível.

Deste modo, existe a necessidade de as Cláusulas de Exclusão serem examinadas no contexto daqueles que podem beneficiar da protecção do Princípio do Non-Refoulement, como princípio de direito consuetudinário internacional, já que, de facto, a protecção de não retorno é muito mais extensa que aquela exposta na Convenção de 1951, pelo que, esta protecção pode ser concedida, em determinados casos, àqueles excluídos do estatuto de refugiado<sup>51</sup>.

Ora, o certo é que os Direitos Humanos e, em específico, o Direito Internacional dos Refugiados são vistos como normas imperativas, inderrogáveis, com o objectivo de que todos os Estados estabeleçam um *standard* mínimo de protecção aceitável por todos; porém, como pudemos verificar pelo exposto, este mínimo de protecção é difícil de estabelecer, não só devido aos diferentes ordenamentos jurídicos de cada país, com o seu próprio sistema de asilo (ou até sem ele), com diferentes molduras penais, com diferentes regimes de asilo, mas principalmente devido aos objectivos e agenda política de cada Estado em controlar a entrada no seu território, quem aí reside e quem decide aceitar ou não.

Deste modo, no mínimo um entendimento justo e universal destes pontos seria uma mais-valia para uma aplicação efectiva e equilibrada do Direito Internacional dos Refugiados, acautelando-se aplicações discricionárias ou ilegítimas das normas em causa, por vezes em total detrimento dos direitos dos requerentes/refugiados em virtude dos interesses políticos dos Estados.

Desta forma, cabe, em primeiro grau, aos Estados a maior responsabilidade pela interpretação e aplicação do art. 1.º-F, pelo que deve ser, *a priori*, no seio de cada ordenamento jurídico que este equilíbrio deve ser assegurado.

---

<sup>51</sup> De acordo com as GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION, *Summary conclusions: exclusion from refugee status*, EC/GC/01/2Track/1, UNHCR, Lisboa, Expert Roundtable, Maio, 2001.



## BIBLIOGRAFIA

- ACNUR. *Orientações sobre protecção internacional - A aplicação das cláusulas de exclusão: o art. 1.º F da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado*, 4 Setembro de 2003.
- ACNUR. *Note on the Exclusion Clauses*, EC/47/SC/CRP.29, Standing Committee, 30 May 1997.
- FITZPACTRICK, Joan. *The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.
- FORTIN, Antonio. *The meaning of protection under the refugee definition*, I.J.R.L., Vol. 12, n.º 4, 2000.
- GILBERT, Geoff. *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR, Lisboa, 2001;
- GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION. *Summary conclusions: exclusion from refugee status*, EC/GC/01/2Track/1, UNHCR, Lisboa, Expert Roundtable, Maio, 2001.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The international protection of refugees: what future?*, I.J.R.L., 2000.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The introduction of the refugee in international law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996.
- HAILBRONNER, Kay. *EU immigration and asylum law: International legal framework of European immigration and asylum law*, Munchen:Beck, 2010.
- HARVEY, Colin. *The right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004.
- HATHAWAY, James C. *The Law of refugee status*, Butter Worths, 1991.
- HATHAWAY, James C. *The rights of refugee under international law*, Cambridge University Press, 2005.
- KINGSLEY NYINAH, Michael. *Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.

- LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Mr. Daniel. *The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion*, UNHCR, Junho, 2001.
- LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *Safeguarding the rights of refugees under the exclusion clauses: summary findings*, I.J.R.L., Vol. 12 Supplementary Issue, 2000.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. O novo Direito de Asilo Português in MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010.
- TRINDADE, António Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Sérgio António Fabris (Ed.), 2003.
- VOLKER, Türk. The role of UNHCR in the development on international refugee law in NICHOLSON, Frances; TWOMEY, Patrick (eds.). *Refugee rights and realities: evolving international concepts and regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WEIS, Paul. *The Refugee Convention of 1951: the travaux preparatoires analysed*, Cambridge, Cambridge University Press, XIX, 1995.

## A NOVA ONDA IMIGRATÓRIA NO BRASIL

LARISSA COELHO<sup>1</sup>  
[larissacoelho1@gmail.com](mailto:larissacoelho1@gmail.com)

### RESUMO

É íntima a relação da construção do Brasil enquanto Nação e o processo migratório. Com o desenvolvimento do sistema colonial a entrada de estrangeiros não foi incentivada pelo governo monárquico. Os séculos XVII e XVIII marcam uma nova leva de imigração portuguesa para o Brasil. Com o século XIX e a abertura para o processo de industrialização entram, além de mais portugueses, outras nacionalidades, sendo esta a realidade até década de 60 do século XX com a transformação das políticas que até então atraíam os imigrantes, para políticas de controle com o processo da ditadura militar.

O ano de 1980 é fundamental para o estudo do processo imigratório no Brasil, pois é publicada a Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980, conhecido por Estatuto dos Estrangeiros que regulará o regime jurídico de entrada, permanência e saída do território nacional, sendo este o diploma em vigor até a atualidade, auxiliado por vários regulamentos e resoluções que visam atualizar o seu conteúdo, tentando uma resposta mais equivalente às atuais necessidades. A partir da década de 80 do século XX e sobretudo na década seguinte, o Brasil aparece no cenário mundial como um país de emigração e permanece assim durante a primeira década do século XXI, mas é também muito procurado por um novo perfil de imigrantes, são os cidadãos dos países vizinhos, bolivianos, colombianos e peruanos. Contudo, especialmente a partir de 2009, ano em que Europa e EUA vêm agravada a crise económica-socio-política, o Brasil é visto novamente como uma grande “árvore de patacas” e destino de nacionais dos países mais afetados, particularmente portugueses.

Pretendemos assim, analisar brevemente a lei de estrangeiros brasileira, verificando os direitos e deveres dos estrangeiros em solo nacional, bem como sumariar o sistema de controle e sanção por parte do Estado àqueles que cometem infração.

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito, Pós Graduada e mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, investigadora do Grupo de Estudios Inmigracion y Derechos de la Universidad de Buenos Aires – Argentina e do DH – Centro de Investigação Interdisciplinar UMinho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Migração, Lei de Estrangeiros, Brasil, liberdade de circulação, direitos e deveres.

## 1. INTRODUÇÃO

Visando o estudo da legislação e do processo de imigração atual no Brasil, iniciaremos com um breve enquadramento do tema teórico sobre a imigração, para a compreensão e diferenciação dos tipos de migrações existentes, uma vez que abordaremos o tema voltado para a migração econômica.

Com esta finalidade, faz-se necessário entender o quadro migratório brasileiro e a sua evolução junto a políticas públicas ora de atração ora de repulsão do imigrante, visando o desenvolvimento econômico e social nacional, nunca no entanto perdendo de vista a segurança nacional, os interesses políticos, socioeconômicos e culturais, que ainda vigoram até o presente através da Lei nº 6.815/80.

Sendo assim o estudo do Estatuto dos Estrangeiros em território brasileiro faz-se com o recurso a muitas resoluções emanadas pelo Ministério da Justiça, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Saúde, o que torna o seu entendimento e processo de cumprimento legal por parte do estrangeiro, nesta nova onda imigratória, longo e complexo.

## 2. INTRODUZINDO O TEMA DA MIGRAÇÃO

A história das migrações compõe parte da narrativa da humanidade e está presente desde o período primitivo com uma população nômade e que emigrava em massa. Segundo Affonso Costa esta é uma das formas de explicar “a existência do homem em pontos diversos e afastadíssimos do globo e a aparição, em alguns países da América, de monumentos que atestam o passado de vetustas civilizações, traços definidos de adiantadas instituições políticas, religiões e costumes”<sup>2</sup>.

Atualmente, conforme os dados divulgados pela Organização Internacional para as Migrações (OIM) estima-se que haja cerca de 214 milhões de migrantes

---

<sup>2</sup> Cf. COSTA, Affonso, *Immigração: condições que o Brasil oferece ao braço estrangeiro*, Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, Rio de Janeiro, Oficinas Typograficas do Serviço de Informações do Ministério da Agricultura, 1927, p. 1.

internacionais ou seja, 3,1% da população mundial é migrante<sup>3</sup>, o que coloca a migração no centro do debate político, social, jurídico, econômico e cultural.

Apesar da sua atualidade, não há um instrumento internacional único que regule todos os aspectos e a conduta dos Estados perante as várias situações que se colocam nos processos migratórios, o que existe são normas internacionais, regionais e nacionais que tutelam questões como tráfico de pessoas, direitos humanos, nacionalidade, segurança, liberdade de circulação e outras situações que também se aplicam às pessoas em movimento.

O vocábulo migração é originário do latim *migratio*, - *onis* que significa passagem de um lugar para outro, sendo qualificado como imigrante quem entra em região ou país diferente do seu de origem para se estabelecer e emigrante aquele que sai de seu país ou região para se estabelecer em outro. A migração é classificada conforme a sua natureza em espontânea/voluntária ou compulsória/forçada. Na primeira, estamos perante o deslocamento voluntário, normalmente relacionado a fatores econômicos, também designada de migração econômica. No segundo tipo encontramos deslocamentos por motivo de perseguições política, religiosa, de raça, sexual e de origem, que compõem o quadro dos refugiados e requerentes de asilo<sup>4</sup>.

O estudo da transferência de pessoas de uma região para outra, tem início com Georg Ravenstein no século XIX que formulou teorias acerca das migrações, porém o tema passa a se destacar com o fim da Primeira Guerra Mundial por razões econômicas como inflação e desemprego os Estados reagem com políticas nacionalistas que visam dificultar a livre circulação de pessoas.

Um fato esclarecedor dessa afirmação é a disseminação de passaportes e dos vistos, que antes da I Guerra Mundial não eram usuais, pois as pessoas cruzavam as fronteiras e permaneciam em países de que não eram nacionais sem maiores problemas de documentação<sup>5</sup>.

É neste mesmo período que desponta o Direito Internacional com a Sociedade das Nações e um estudo em torno dos refugiados, que se intensifica no pós Segunda Guerra. Neste contexto e com a crescente preocupação do flagelo humano que

---

<sup>3</sup> O número de migrantes no globo aumentou nos últimos 10 anos de 150 milhões em 2000 para 214 milhões. Cf. International Organization for Migration, *Global Estimates and Trends, Facts & Figures*. Disponível em <<http://www.iom.int>> [29.09.2012].

<sup>4</sup> Seu regime jurídico encontra-se previsto na Convenção Relativa aos Estatutos dos Refugiados, adotada a 28 de Julho de 1951 pela Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e dos Apátridas das Nações Unidas, reunida ao abrigo da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 429 (V) de 14 de Dezembro de 1950.

<sup>5</sup> Cf. LAFER, Celso (1999) apud SALADINI, Ana Paula Sefrin, “Direitos Humanos, Cidadania e o trabalhador imigrante ilegal no Brasil”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, nº 128, Fevereiro 2011. Disponível: <<http://www.revistas.unifacs.br>> [07.11.2011] p. 12.

culminou na Segunda Guerra, visando a proteção da pessoa humana é que em 1948 é publicada a Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH) estabelecendo em seu art. 13, que todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, assim como direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. Neste mesmo ano, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem prevê no art. 8º que toda pessoa tem direito a fixar sua residência dentro do território do Estado do qual é nacional, de o transitar livremente e de não deixá-lo, a menos que seja por sua própria vontade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que visa concretizar e dar força normativa à DUDH estabelece no art 12 que (1) todo indivíduo que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de circular livremente por ele e de livremente estabelecer sua residência dentro dele; (2) todo indivíduo terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do seu próprio; (3) os direitos mencionados não poderão ser objeto de restrições, salvo quando estas se encontrarem estabelecidas em lei e forem necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral pública, ou os direitos e as liberdades dos outros, e forem compatíveis com os demais direitos reconhecidos no próprio Pacto; (4) ninguém poderá ser arbitrariamente privado do direito de entrar em seu próprio país.

No contexto europeu, a liberdade de circulação e residência está plasmada no art 45º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, porém circunscrito apenas aos cidadãos da União.

O direito de migrar, enquanto norma jurídica é uma realidade recente, embora socialmente seja um ato milenar, encontrando previsão espaçada em legislação internacional geral dos Direitos Humanos. Em 1990 no âmbito dos trabalhos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é adotada a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, que só entra em vigor em 2003 regulando os direitos dos trabalhadores migrantes que estejam ou não com sua situação administrativa regular no país de acolhimento. A adesão a este instrumento é bastante reduzida por parte dos Estados.

É no contexto nacional que a migração encontra maior desenvolvimento normativo, respeitando as obrigações e padrões internacionais, os estatutos ou leis de estrangeiros, acompanhados muitas vezes de um considerável número de legislações avulsas sobre o tema visam definir os direitos e deveres de estrangeiros em território nacional, bem como o regime de entrada, permanência e saída destes. Com políticas

seletivas que pretendem bloquear o acesso ao território a um grande número de estrangeiros que não preenchem os restritos requisitos, a finalidade última destas medidas justifica-se na proteção do mercado interno e do trabalhador nacional para que não haja um aumento demográfico, surgimento de novas camadas marginalizadas, desemprego e sendo também para alguns autores e governos uma medida preventiva a ataques terroristas.

O estudo que pretendemos desenvolver ao longo das próximas páginas abordará o atual cenário do processo migratório brasileiro, país de destino principalmente dos indivíduos mais afetados pela crise político-econômica vivida na União Europeia, em especial na chamada Zona Euro, que tem provocado novamente a saída de muitos nacionais em busca, principalmente, de oportunidade de trabalho, havendo assim uma inversão no mapa migratório desenhado ao longo do século XX. Países dantes eminentemente de emigração passam a ser pólos atrativos para a imigração dos antigos “patrões”.

### **3. BREVE HISTÓRICO DA IMIGRAÇÃO ECONOMICA INTERNACIONAL NO BRASIL**

É íntima a relação da construção do Brasil enquanto Nação e o processo migratório. Com o desenvolvimento do sistema colonial a entrada de estrangeiros não foi incentivada pelo governo monárquico sendo vetado aos donatários de Capitânicas Hereditárias dividir suas terras com estrangeiros<sup>6</sup>. A entrada e fixação dos portugueses neste período não pode ser designada como ato de imigração uma vez que se tratou apenas da transferência de súditos dentro do domínio do próprio Reino<sup>7</sup>, conforme explica Hans Kelsen o território de um Estado é medido não pela geografia mas pela mesma ordem jurídica que impera nas distintas esferas<sup>8</sup> e no período em questão a ordem vigente no Brasil é a ditada pela Coroa Portuguesa.

---

<sup>6</sup> Cf. ÁVILA, Flávia de. *Brasil e Trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX: evolução normativo-legislativa nos contextos histórico, político e socioeconômico*. São Paulo, LTr, 2011. p. 28.

<sup>7</sup> Cf. ÁVILA, Brasil e Trabalhadores estrangeiros... op. cit. p. 29 – 31.

<sup>8</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed. Luis Carlos Borges (trad.). São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 300.

Com o desenvolvimento do sistema colonial e a implantação de empresas açucareiras, são trazidos africanos como mão-de-obra para as lavouras<sup>9</sup>. Vainer (2001, p. 178) elucida que “[c]olocar no tráfico de escravos o momento fundador das migrações laborais modernas é desconhecer o que especifica o período histórico”, os escravos eram objetos nas relações de compra e venda e não sujeitos, soma-se a isto que a relação laboral implica a liberdade do trabalhador.

Os séculos XVII e XVIII marcam uma nova transferência de portuguesa para o Brasil, com a descoberta do ouro na região das Minas, estima-se a entrada de 1.020.000 pessoas<sup>10</sup>. Já no século XIX, com o advento da lavoura cafeeira, entre 1820 e 1876 entram 350 mil estrangeiros no país e entre 1872 e 1930 foram cerca de 4,1 milhões de imigrantes<sup>11</sup>. A abertura para o processo de industrialização e a substituição da mão-de-obra escrava com a Proclamação da Lei Áurea (1888), além de permitir a entrada de mais portugueses, outras nacionalidades passam a compor o cenário nacional: franceses, holandeses, chineses, suíços, alemães, norte-americanos, judeus, italianos, ingleses, espanhóis, sírios e libaneses, ucranianos, lituanos, poloneses, japoneses, russos, coreanos<sup>12</sup>. Contrária à realidade até então existente, a partir da

---

<sup>9</sup> Estima-se que cerca de 3.600.000 negros foram levados do atual continente africano para o atual Brasil no período da escravidão – cf. ZAMBERLAM, Jurandir, *O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização*. Porto Alegre : Pallotti, 2004, p. 44.

<sup>10</sup> Cf. SERRÃO, Joel, *A emigração portuguesa*, 2ª ed., Lisboa, Livros Horizonte Lda., 1974, p. 93.

<sup>11</sup> Cf. A.A.V.V, Ministério do Trabalho e do Emprego, *Perfil Migratório do Brasil 2009*, Organização Internacional para as Migrações (OIM), Genebra, Suíça, 2010, pp. 16 – 17.

<sup>12</sup> a) Franceses: o ano de 1503 é o marco da chegada dos franceses no território brasileiro. Instalaram-se na região atual do Estado do Rio de Janeiro, porém são expulsos pelo exército da metrópole portuguesa em 1567 e depois da região nordeste em 1597. O principal destino posteriormente são os Estados do Paraná e Rio Grande do Sul de 1835 a 1876. Em 1875 fixaram-se 42 famílias no Rio Grande do Sul.

b) Holandeses: fixam-se no atual Estado da Bahia em 1624 e em Pernambuco de 1630 a 1654, locais em que posteriormente são expulsos. Contudo, retornam anos depois para o Espírito Santo (1823), Paraná (1909), São Paulo (1948) e Rio Grande do Sul (1950).

c) Chineses: a imigração chinesa tem tutela real, uma vez que é autorizado por D. João VI em 1812, a entrada de 400 pessoas para se fixarem no Rio de Janeiro. Em 1855, chegam em território brasileiro mais 300 trabalhadores com destino a capital fluminense. Em 1900 chegam ao mercado paulista com 107 imigrantes. Atualmente encontra-se no Brasil cerca de 200 mil chineses descendentes, especialmente na região de São Paulo.

d) Suíços: chegam em 1819 cerca de 1700 pessoas fundando a colônia de Nova Friburgo (situada no atual Estado do Rio de Janeiro). A partir de 1875 o destino é o Rio Grande do Sul e o Paraná.

e) Alemães: instalam-se no Rio Grande do Sul em 1824. Sendo a imigração subsidiada pelo governo português de 1824 a 1830 entram cerca de 7 mil alemães fixando-se a maioria no Rio Grande do Sul. Em 1830 a imigração é interrompida em virtude de uma lei que proibia despesas com imigração estrangeira, porém é retomado em 1845 sendo os alemães enviados para o Rio de Janeiro e Espírito Santo, em 1856 chegam a Minas Gerais. Estima-se que em 1872 estavam no Brasil 19.525 imigrantes alemães. Mais recentemente muito alemães se fixaram na região Amazônica, formando colônias como exemplo no Estado de Rondônia.

f) Norte-Americanos: após o fim da escravidão norte-americana chegam no Brasil em 1867, 2.700 imigrantes fixando-se a maioria em São Paulo, Paraná (200), no Rio de Janeiro (300), em Minas (100), no Espírito Santo (400), na Bahia e Pernambuco (170), no Pará (200).



década de 1930 tem início uma série de políticas que visam restringir à imigração. A Constituição Brasileira de 1934 limita a entrada de estrangeiros, assim como o Decreto nº 19.482 de 12 de Dezembro de 1930. Para o governo uma das causas para o desemprego no país era a entrada maciça de imigrantes<sup>13</sup> e por isso adota a política de quotas fixas por nacionalidade. Este posicionamento se mantém com a Constituição de 1937 e com o primeiro Estatuto dos Estrangeiros de 1938 (Decreto-Lei nº 406, de 4 de maio de 1938 regulamentado pelo Decreto nº 3.010, de 20 de agosto de 1938).

- 
- g) Judeus: o Censo de 1900 indicava a existência de 1021 judeus. Em 1937 é promulgada a primeira lei imigratória com restrição à entrada dos “semitas” através da Resolução Secreta 1.137, de 07/06/1937. Cf. CYTRYNOWICZ, Roney, “Além do Estado e da ideologia: imigração judaica, Estado-Novo e Segunda Guerra Mundial” in *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 22, nº 44, Dezembro de 2002, p. 398.
  - h) Italianos: de 1863 a 1874 entraram no Rio de Janeiro, 10.651 italianos, em 1875 cerca de 150 famílias italianas vão para o Estado do Espírito Santo e também para o Paraná. Entre 1873 e 1875 chegaram mais 2.502. Hoje a maior colônia italiana encontra-se no Estado de São Paulo.
  - i) Ingleses: dirigem-se ao Brasil, no século XIX, através de contratos de prestação de serviços nas áreas de navegação fluvial, estrada de ferro, iluminação pública, gás, entre outros. No entanto fixam famílias inglesas no litoral paulista e Rio Grande do Sul
  - j) Espanhóis: a partir de 1872 entraram no período de um século 716.052.
  - k) Sírios e Libaneses: designados muitas vezes apenas por árabes chegam a primeira vez no século XVI, posteriormente a partir de 1850, especialmente para o sudeste.
  - l) Ucrânianos: chegaram nos anos de 1876, 1884 e 1891, sendo a migração em massa a partir de 1895 com a chegada de 15 mil imigrantes com destino ao Paraná, além de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e São Paulo.
  - m) Lituanos: a partir de 1923 a 1938 é que se registra maior fluxo migratório, quando mais de 48 mil lituanos fixaram-se em São Paulo e Rio de Janeiro. Em 1928 é aprovada a Convenção de Havana, transposta para ordem brasileira pelo Decreto nº 18.956, de 22 de Outubro de 1929 que promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferencia Internacional Americana dentre elas a Convenção sobre a Condição de Estrangeiros e Convenção sobre Asilo. Em 1938 é aprovado o Decreto-Lei nº 948, de 13 de Dezembro de 1938 que centraliza no Conselho de Imigração e Colonização as medidas de outros decretos tendentes a promover a assimilação dos alienígenas.
  - n) Poloneses: o início da imigração ocorre em 1865, sendo que entre 1890 e 1894, chegaram 63.500, que se dirigiram ao Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Até o começo da Segunda Guerra Mundial, o Brasil já tinha recebido mais de 195 mil poloneses, embora muitos fossem classificados pelas autoridades brasileiras como “russos”.
  - o) Japoneses: intensifica-se a entrada com a Lei nº 97 de Outubro de 1892, que permitia a imigração asiática, que culmina no Tratado de Amizade Comércio e Navegação Japão-Brasil, firmado em 5.11.1895. Em 1908 chegaram 151 famílias. De 1908 a 1941 vieram 188.986 imigrantes japoneses, fixando-se especialmente em São Paulo e Paraná. Com o Estado Novo há uma diminuição na imigração nipônica, retornado na década de 50 do século XX com 53.555 imigrantes, com destino à Amazônia, Pará e Mato Grosso do Sul. Até 2010, a imigração japonesa apontava o número de 260 mil pessoas.
  - p) Russos: com início em 1907 entraram ao longo do século XX 123.727 russos, que se estabeleceram principalmente no Estado de São Paulo, Paraná, Goiás e Rio de Janeiro.
  - q) Coreanos: o processo imigratório coreano inicia na década de 60 do século XX com principais destinos São Paulo e Rio de Janeiro.

Cf. ZAMBERLAM, Jurandir, *O processo migratório no Brasil...* op. cit. pp. 47-54.

<sup>13</sup> BERNASCONI; TRUZZI in SALES, Teresa; SALLES, Maria do Rosário R. (org.) *Políticas migratórias: América Latina. Brasil e brasileiros no exterior*. São Paulo, Sumaré e EdUFScar, 2002, pp. 118-119.

O Decreto-Lei nº 7.575, de 21 de Maio de 1945 proclama o Estatuto dos Estrangeiros do período Vargas, que consolida novas diretrizes concernentes ao pensamento político jurídico de democratização social do país<sup>14</sup>.

Como medida de fomento à imigração, tem-se o processo de imigração dirigida ou de colonização, previsto no Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de Setembro de 1945, com um duplo objetivo: proteger os interesses do trabalhador nacional e desenvolver a imigração que auxilie no progresso e desenvolvimento do país. Uma peculiaridade quanto a esta normativa deve ser ressaltada, pois que seu artigo 2º diz que atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional. Interpreta-se este preceito no sentido de que seria admitido no território brasileiro, estrangeiros com características europeias pois se pretendia preservar a composição étnica branca da população nacional, com o intuito de eliminar traços do período de escravidão, norma que à luz do entendimento atual de direitos humanos é discriminatória.

A ditadura militar tem início em Março de 1964 através de um golpe militar que afasta o Presidente da República de direito e de fato, João Goulart, e se estende até Janeiro de 1985, com as eleições do civil Tancredo Neves. Nesse período o Congresso Nacional é dissolvido, são emanados Atos Institucionais com força de leis sendo suspensa a vigência em 1968 da Constituição da República do Brasil de 1946. Há uma cassação aos direitos políticos e liberdades individuais, repressão a movimentos sociais e manifestações, censura aos meios de comunicação, implantação do bipartidarismo e criação de um código de processo penal militar que atribuía poderes ao Exército Brasileiro e à Polícia Militar validando atos de violência e a prisão de todos aqueles que fossem considerados suspeitos, sem acesso a qualquer meio judicial, sendo assim um período de normas repressivas e autoritárias.

Porém, normativamente é um período de grande regulação em matérias relacionadas aos estrangeiros, podemos citar o Decreto-Lei nº 941, de 13 de Outubro de 1969 que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil que é regulamentada pelo Decreto nº 82.307, de 21 de Setembro de 1978 que dispõe sobre concessão de visto de entrada para estrangeiros com base na reciprocidade, conforme dispõe o art 1º os

---

<sup>14</sup> Cf. ÁVILA, *Brasil e Trabalhadores estrangeiros...* op. cit, p. 167.

estrangeiros poderão se ver isentos ou dispensados de uma autorização de visto de entrada se houver reciprocidade para com cidadãos brasileiros em seu país de origem.

A relação com Portugal, também continua presente através do Decreto nº 70.391, de 12 de Abril de 1972 que promulga a Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses e o Decreto nº 70.436 de 18 de Abril de 1972 que concretiza a Convenção anterior através da regulamentação da aquisição pelos portugueses, no Brasil, dos direitos e obrigações previstos no Estatuto de Igualdade, especialmente as obrigações civis e o gozo dos direitos políticos. Em 2001 essa Convenção foi revogada pelo Decreto nº 3.927, de 19 de Setembro de 2001 que promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000<sup>15</sup>.

A próxima lei de estrangeiros é adotada em 1980, Lei nº 6.815 de 19 de Agosto que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, regulada pelo Decreto-Lei nº 86.715, de 10 de Dezembro de 1981, sendo este o Estatuto dos Estrangeiros vigente até o momento, porém completado com inúmeras resoluções normativas emanadas pelo Conselho Nacional de Imigração, Ministério da Justiça e Ministério do Trabalho, que visam atualizar o Estatuto conforme as necessidades migratórias.

A partir da década de 80 do século XX, o percurso inverso inicia-se e agora são os brasileiros que emigram para os mais distintos destinos, sobretudo Europa e Estados Unidos da América. Mais uma nova realidade imigrante começa a entrar no Brasil, são os cidadãos fronteiriços bolivianos, colombianos, peruanos, que entre outros entram no país em busca de oportunidades de trabalho e melhores condições de vida, porém muitos permanecem na ilegalidade e são vítimas de um novo processo de escravização, explorados em fábricas, em um total desrespeito aos direitos humanos, fomentando ainda mais o tráfico de seres humanos para fins de exploração trabalhista.

Em 2006, o governo começa a discutir uma nova lei imigratória, por meio de Consulta Pública, que culmina com o envio ao Congresso em 2009 de uma proposta de lei, Projeto de Lei nº 5.655/2009, pautada nos “direitos humanos, interesses

---

<sup>15</sup> Em Portugal, Resolução da Assembleia da República nº 83/2000, regulado pelo Decreto-Lei 154/2003, de 15 de Julho.

nacionais, sócio-econômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais”<sup>16</sup>.

No ano de 2011 tem início o fluxo migratório dos haitianos para o Brasil, vítimas do terremoto no seu país em 2010. Políticas específicas para atender essa população vêm sendo traçadas, visto que já se encontram cerca de 4 mil haitianos em vias de regularização. Porém as organizações de Direitos Humanos têm-se movimentado criticando os limites que o governo pretende impor a essa imigração.

Com os países vizinhos foram assinados, ratificados e promulgados acordos que beneficiam a livre circulação e residência, como o Acordo de Residência Mercosul (Decreto nº 6.964/2009) e o Acordo de Residência Mercosul, Bolívia e Chile (Decreto nº 6.975/2009), integrando a este acordo a Colômbia em Agosto de 2012, prevendo-se a adesão da Venezuela. Esses acordos possibilitam a brasileiros, argentinos, uruguaios, bolivianos, paraguaios, chilenos e colombianos fixar residência no território de qualquer desses países ou neles se regularizar. Também estão cobertos pelo princípio da equiparação aos respectivos nacionais uma vez que ficam isentos de multas e/ou sanções administrativas ligadas ao fator migratório, sendo assim tratados com os mesmos direitos e deveres que os nacionais. Esses pedidos de residência têm que ser formulados junto a qualquer unidade da Polícia Federal no Brasil, com o prazo de 2 anos, uma vez que inicialmente é concedida uma residência temporária podendo ser transformada em permanente.

Há ainda a Resolução CMC nº 18/08, que regula sobre a dispensa do documento de viagem, passaporte, para os nacionais dos países que compõem o Mercosul quando o motivo da viagem seja o turismo.

Além da imigração internacional ocorre simultaneamente e por motivos similares, ou seja, busca de oportunidades de trabalho e melhores condições de vida um processo migratório interno, entre os Estados-Membros da República Federativa, especialmente no sentido norte-sul, ou seja, cidadãos dos Estados das regiões Norte e Nordeste durante muitos anos embarcaram com destino aos Estados que compõe a região Sudeste e Sul, especialmente o Estado de São Paulo. Contudo devido a incentivos do governo federal nos últimos anos há uma crescente busca por fixação na Região Norte.

---

<sup>16</sup> Cf. A.A.V.V, Ministério do Trabalho e do Emprego, *Perfil Migratório do Brasil 2009...* op. cit.. p. 12.

#### **4. A NOVA ONDA IMIGRATÓRIA: PROCEDIMENTOS LEGAIS DE ENTRADA, PERMANÊNCIA E SAÍDA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO**

Em termos gerais o Estatuto de Estrangeiros, Lei nº 6.815/80, alterado pela Lei nº 6.964 de 9 de Dezembro de 1981 e regulamentado pelo Decreto nº 86.715 de 10 de Dezembro de 1981, prevê as formas de vistos de entrada e admissão (arts. 4 a 25), assim como os impedimentos, ou seja, as situações que impedem o estrangeiro de entrar em território brasileiro (arts. 26 e 27), o registro obrigatório que todo estrangeiro deve efetuar junto do Ministério da Justiça e sobre sua atualização (arts. 30 a 33 e 45 a 48), sobre o asilo (arts. 28 a 29), prorrogação do visto (arts. 34 a 36), transformação do visto (art. 37 a 42), alterações no nome do estrangeiro (arts. 43 a 44), da saída e do retorno (arts. 50 a 52), sobre o documento de viagem do estrangeiro (arts. 54 a 56), deportação (art. 57 a 64), expulsão (arts. 65 a 75), extradição (arts. 76 a 94). Estipula ainda sobre os direitos e deveres dos estrangeiros (art. 95 a 110), sobre a naturalização (arts. 111 a 124), e por fim, as infrações e penalidades a que está sujeito o estrangeiro (arts. 125 a 128). Ressalva-se que o art. 95 consagra o princípio da equiparação entre estrangeiros e nacionais ao enunciar que os estrangeiros residentes no Brasil gozam de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros nos termos da Constituição e das leis. Esse princípio tem garantia constitucional no art 5º.

De acordo com os dados do Ministério da Justiça,

“[d]e janeiro a junho de 2012, 32.913 profissionais (entre temporários e permanentes) obtiveram permissão para trabalhar no Brasil, segundo dados da Coordenação Geral de Imigração (CGig) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Das autorizações concedidas nos seis primeiros meses do ano, 29.065 são temporárias e 3.848 permanentes”<sup>17</sup>.

Essa procura em massa pelo território brasileiro deve-se sobretudo à crise econômica que inverte, segundo a OIM, o fluxo migratório entre os países da Europa e da América Latina, despontando o Brasil, como principal destino dos portugueses, seguidos da Argentina, Chile e Uruguai<sup>18</sup>.

No entanto, esse grande número de europeus que têm se dirigido ao Brasil, encontram entraves legais em termos migratórios, situação por estes criticada como de extrema burocracia, ao mesmo tempo em que o senso comum acredita que no Brasil não

<sup>17</sup> Cf. Nota publicada no site do Ministério da Justiça do dia 22/08/2012.

<sup>18</sup> Cf. AGÊNCIA LUSA, A crise está a inverter fluxo migratório entre Europa e América Latina in *IONline*, 05 Out. 2012. Disponível em <<http://www.ionline.pt/mundo/crise-esta-inverter-fluxo-migratorio-entre-europa-america-latina>> [05.10.2012].

há esse tipo de legislação. Porém a norma imigratória é tão complexa, rígida e burocrática quanto as normas europeias que são aplicadas aos nacionais de países terceiros.

O Estatuto dos Estrangeiros só se aplica em tempos de paz e tem como objetivo a defesa do trabalhador nacional, além de que, entende a doutrina, que a concessão do visto é um ato discricionário do Estado, podendo ser concedido, denegado, prorrogado ou transformado conforme sejam os interesses nacionais, neste sentido Hans Kelsen ao longo de seus estudos explica que em tese nenhum Estado é obrigado a deixar estrangeiros entrar em seu território.

Para ser admitido no território brasileiro o estrangeiro deverá estar de posse de um dos sete tipos de visto de entrada solicitados junto à repartição consular existente na circunscrição territorial de que é residente. Porém, o visto de entrada mesmo que autorizado configura-se como uma mera expectativa de direito (cf. art 26 do Estatuto), pois ele visa apenas atravessar os postos de fronteiras. A sua estada poderá ser impedida pelo Ministério da Justiça quando assim julgue conveniente ao interesse nacional, decisão essa executada pela Divisão de Polícia Marítima, Aeroportuária e de Fronteiras (DPMAF). Também não configura *conditio sine qua non* para obtenção de visto de entrada ou autorização de permanência a posse ou propriedade de bens situados em território brasileiro.

Quanto às modalidades de visto, as situações em que se aplicam cada tipo foram sendo atualizadas ao longo dos tempos, o prazo dos vistos consulares é de 90 dias a contar da data da sua concessão, poderá no entanto haver dispensa de visto consular aos nacionais de países que tenham acordos de reciprocidade neste sentido com o Brasil. Assim temos:

- a) Visto diplomático (VIDIP): art 4º, inc. 7 do Estatuto; art 2º inc. 7 do Decreto Regulamentar 86.715/81.
- b) Visto oficial (VISOF): art 4º, inc. 6 do Estatuto; art 2º inc 6 do Decreto
- c) Visto de cortesia (VICOR): art 4º, inc. 5 do Estatuto; art 2º inc 5 do Decreto
- d) Visto de turista (VITUR): art 4º inc. 2 do Estatuto; com regime previsto no art 2º, inc. 2 e arts 17 a 21 do Decreto
- e) Visto de trânsito (VITRA): art 4º, inc. 1 do Estatuto, com regime previsto no art. 2º, inc 1 e arts. 14 a 16 do Decreto.

f) Visto temporário (VITEM): art 4º, inc. 3 do Estatuto com regime previsto no art 2º, inc. 3 e arts 22 a 25 do Decreto, que por sua vez é subdividido em outros sete subtipos:

f1. VITEM 1 – art 13, inc. 1 do Estatuto e art 22, inc 1 do Decreto, para missões culturais, de pesquisa ou estudos, estágio e treinamento desportivo; as categorias previstas para esse tipo de visto encontram o seu regime previsto nas Resolução Normativa nº 16/98/CNIg, Resolução Normativa nº 42/99/CNIg; Resolução Normativa nº 26/98/CNIg, Resolução Normativa nº 43/99/CNIg, Resolução Normativa nº 37/98, Resolução nº 40/99.

f2. VITEM 2 – art 13, inc. 2 do Estatuto e art 22, inc 2 do Decreto, em viagem de negócios e, em caráter excepcional, em casos de adoções; de filmagens e para tripulante desprovido da carteira internacional correspondente desde que não auferam remuneração de entidade nacional;

f3. VITEM 3 – art 13, inc. 3 do Estatuto e art 22 inc 3 do Decreto, na condição de artista e desportista em viagem ao Brasil para exercer atividade profissional remunerada, têm o regime previsto nas Resolução Normativa 33/99 do CNIg e Portaria 3.384/87 do Ministério do Trabalho;

f4. VITEM 4 – art 13, inc. 4 do Estatuto e art 22 inc 4 do Decreto, na condição de estudante e/ou bolsista de instituição de ensino brasileira, inclusive as de formação religiosa, com regime jurídico regulado pela Resolução Normativa 16/98 do CNIg;

f5. VITEM 5 – art 13, inc. 5 do Estatuto e art 22 inc 5 do Decreto, na condição de profissional sob regime de contrato de trabalho, prestação de serviço ao governo nacional, voluntário em assistência social e religioso leigo, assistência técnica, treinamento profissional, residência médica e estágio cultural e outras situações, possuindo o regime jurídico dos casos por este visto tutelados nas Resolução Normativa 35/99/CNIg, Portaria 3.721 do Ministério do Trabalho e Emprego e Resolução Normativa 12/98/CNIg, Resolução Normativa 47/00/CNIg, Resolução Normativa 34/98/CNIg, Resolução Normativa 37/99/CNIg, Resolução Normativa 23/98/CNIg, Resolução Normativa 42/99/CNIg, Resolução Normativa 41/99/CNIg, Resolução Normativa 31/98, Resolução Normativa 46/00/CNIg, Resolução Normativa 48/00/CNIg, este visto é autorizado após parecer do Ministério do Trabalho e Emprego. O prazo de permanência do estrangeiro com autorização de trabalho era de 2 anos renovável por igual período. Em Agosto de 2012 em virtude do aumento considerável no pedido de visto e autorizações de trabalho, o prazo de permanência temporária sofreu alteração, sendo acrescentado o art 5º-A à Resolução Normativa nº 80/2008-CNIg que possibilita a todo trabalhador contratado após os dois primeiros anos fazer o pedido de transformação de autorização temporária para permanente sem necessidade de prorrogação da primeira autorização, havendo assim também uma conversão do contrato de trabalho inicialmente a termo para contrato por tempo indeterminado, segundo os arts 445 e 451 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

f.6. VITEM 6 – art 13, inc. 6 do Estatuto e art 22, inc 6 do Decreto, na condição de correspondente de meios de comunicação estrangeiros;

f.7. VITEM 7 – art 13, inc. 7 do Estatuto e art 22 inc 7 do Decreto, na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, que viajem ao Brasil como missionários

- g) Visto permanente (VIPER): art. 4º inc. 4 do Estatuto com regime jurídico previsto no art 2º, inc. 4 e arts 26 a 28 do Decreto Regulamentar, compreende os casos de reunificação familiar, transferência de rendimentos de aposentadoria e mais recentemente conversão do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado.

Após feito o pedido de visto no posto consular, a Autoridade Consular, deverá verificar se o nome do estrangeiro interessado não se encontra na Lista de Controle Consular (LCC), que possui o registro com base no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos que é da competência da DPMAF, dentre os casos de impedimentos de entrada podemos citar procurado para expulsão, proibido de reingressar, procurado pela Justiça Brasileira, proibido de ingressar no país.

Esse impedimento de entrada é diferente do limite material para concessão de visto em que não será concedido o visto por força legal a menor de 18 anos desacompanhado de representante legal, considerado nocivo a ordem e aos interesses nacionais, com expulsão anterior não revogada, condenado ou processado em outro país por crime doloso e por fim que não satisfaça as condições mínimas de saúde exigidas pelo Ministério da Saúde, de acordo com o art. 7º do Estatuto.

Cada tipo legal de visto é regido por um regime jurídico distinto. Sendo de salientar que após a entrada no território brasileiro os vistos temporários (VITEM 1, e do VITEM 4 a 6) além dos asilados é obrigatório o procedimento do registro no prazo de 30 dias junto ao departamento da Polícia Federal da área de residência. É com esse registro que o estrangeiro estará realmente autorizado a permanecer no território pelo prazo determinado pela administração, variável conforme os casos em concreto e receberá um documento de identidade – cédula de identidade de estrangeiro, conforme arts 30 e ss do Estatuto e 58º e ss do Decreto Regulamentar. O VIDIP, VICOR e VISOF estão também submetidos a registro obrigatório se a estada for superior a 90 dias. O incumprimento desta obrigação é punível com multa de um décimo do maior valor de referência, por dia de excesso, até o máximo de 10 vezes o maior valor de referência conforme tabela estabelecida pelo Ministério da Justiça

O agregado familiar estrangeiro, através da reunificação familiar, subsumi a mesma posição do titular ativo do visto, no entanto com a proibição de exercer qualquer



atividade remunerada cuja fonte seja entidade brasileira. Diverso será quando a reunificação familiar ocorrer em virtude de casamento ou união de fato com nacional, abrangendo os casos de famílias formadas por ligação entre pessoas de gênero oposto e do mesmo, em que nem o estrangeiro e nem o nacional estão impedidos do acesso ao mercado de trabalho.

A regulação da reunificação familiar encontra-se na Resolução Normativa 36/99 CNIg, Resolução 77/08 CNIg e Resolução 27/98 CNIg. É importante ter em atenção nesta matéria o art 75, nº 2, als. a) e b) e art 125, inc. XIII da Lei nº 6.815/80 que prevê que não será passível de expulsão o estrangeiro que tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 anos ou filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente, conforme Súmula 1 do Supremo Tribunal Federal de 1963, o que leva ao pensamento de que o casamento ou filiação por conveniência não é passível de crime no Brasil. Contudo, fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro e outras situações previstas nos art. 65, al. a e art 125, inc XIII prevê como pena a expulsão do estrangeiro e prisão de 1 a 5 anos para o nacional, sendo enquadrado como falsidade ideológica segundo o art 299 do Código Penal, visando apenas uma simulação para obtenção de autorização de permanência. Também não estará protegido pelo preceito legal do art 75 o estrangeiro que tenha cometido algum crime comum com pena superior a um ano dentro do limite temporal dos primeiros 5 anos de casamento ou por condenação de fato anterior ao nascimento completo e com vida do filho nacional.

Por fim, a saída do território nacional pode se dar a qualquer momento, voluntariamente ou quando findar o prazo legal previsto para o tipo de autorização de permanência. Poderá ainda o estrangeiro ser submetido a uma saída sancionatória pelo comedimento de alguma infração, em causa está a deportação, expulsão ou extradição.

A deportação, previsto no arts. 57 e 125, inc 1 e 2 do Estatuto e art. 98 do Decreto Regulamentar, referente aos casos de entrada ou estada irregular, prevê que o estrangeiro, notificado pelo Departamento de Polícia Federal, deverá retirar-se do território nacional no prazo de 8 dias. Se a saída voluntária não for verificada, ficará o estrangeiro, quando capturado, em presidio comum aguardando o momento de sua partida. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

A expulsão está prevista no arts. 65 e ss do Estatuto e arts 100 e ss do Decreto Regulamentar, sendo que é passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, e ainda os casos previstos no parágrafo único do art 65: fraude a fim de obter entrada ou permanência, entrar no território com infração à lei nos casos em que não se aplique a deportação, entregar-se à vadiagem ou à mendicância ou ainda desrespeitar proibição prevista em lei para estrangeiros.

A extradição regula-se pelos arts. 76 e ss do Estatuto e 110 do Decreto Regulamentar, poderá ser concedida quando o governo requerente fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade nas situações em que tiver sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, estando no art 77 as situações em que não se aplica a extradição (quando se tratar de brasileiro nato, de fato não punível nacionalmente, constituir crime político, crime punível no Brasil com pena de prisão inferior a um ano, entre outros).

#### **4.1. DIREITOS E DEVERES DO ESTRANGEIRO EM TERRITÓRIO NACIONAL**

A estadia do estrangeiro em território brasileiro, assim como nos demais países ocidentais, não se pauta apenas no regime de entrada, permanência e saída. Esse período de permanência coloca a esfera jurídica do imigrante em contato com um leque de direitos e deveres previstos legal e constitucionalmente através da aplicação dos princípios da equiparação e da reciprocidade aos nacionais. Desta forma, o Estado de acolhimento também deve responder perante estes, facultando o exercício de certos direitos como de acesso à justiça, à saúde, educação, seguridade social, entre outros.

Muito se discute se o acesso a esses direitos fundamentais deve estar restrito apenas aos imigrantes com a situação administrativa regular ou se também abrange os irregulares. Segundo parte da jurisprudência

“para fins de acesso aos direitos fundamentais sociais, não apenas aquele que logrou obter o *visto* burocrático estatal, mas todo aquele que elegeu o país como seu local de residência e aqui desenvolve trabalho que lhe dá a subsistência. Numa perspectiva constitucional, deve ser dada primazia ao

princípio da territorialidade, entendendo-se que a expressão *estrangeiro residente* utilizada no art. 5º da Constituição quer fazer referência aos limites da territorialidade da aplicação da lei nacional, e não limitar a proteção jurídica apenas aos que adequaram-se aos trâmites legais de imigração. Somente assim será possível construir uma solução justa e adequada às reivindicações feitas pelo estudo dos direitos humanos”<sup>19</sup>.

É de se ponderar que a aplicação de certos direitos ligados à essência humana deve ser garantida aos estrangeiros independente do seu estatuto administrativo.

A Lei nº 6.815/80 prevê um título exclusivo dedicado aos direitos e deveres do estrangeiro, que vai do art. 95 ao 110, completando este disposto os arts 111 a 118 do Decreto Regulamentar 86.715/81.

O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis, lê-se no art 98 do Estatuto conjugado com o art 5º da Constituição Federal (CF) para o qual 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. Estamos diante da aplicação do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros. Esse princípio também era cunhado no art. 3º do Código Civil de 1916, mas que não encontrou correspondência no atual Código Civil de 2002.

Através deste tratamento todos os direitos fundamentais, especialmente ligados à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade estão na esfera do estrangeiro, mas não exclusivamente elencados no art 5º, porém em todo texto constitucional. Como exemplo citamos os direitos econômicos e sociais, principalmente o trabalhista, como ressalta José Afonso da Silva<sup>20</sup>, que estão fora desta disposição. Por se tratar de direitos individuais a doutrina afirma que devem ser aplicados não apenas aos estrangeiros residentes, mas também a todos os que estejam no território mesmo que por curto período (visto de trânsito e turismo, por exemplo) e que tenham sua esfera jurídica abalada por algum fato ocorrido no território.

Podemos argumentar que este posicionamento do constituinte brasileiro se dá por a CF conter disposições liberais e democráticas que asseguram os direitos civis, econômicos, sociais e culturais a todos os seus habitantes, nacionais e estrangeiros, além daqueles que visitam o território. Contudo contraria esta afirmação o art 110 do

---

<sup>19</sup> Cf. SALADINI, Ana Paula Sefrin, “Direitos Humanos, Cidadania e o trabalhador imigrante ilegal no Brasil”, op. cit. p. 21.

<sup>20</sup> Cf. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direitos Constitucional Positivo*, 25ª ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editora, 2005, p. 192.

Estatuto, passível de inconstitucionalidade que faculta ao Ministério da Justiça, sempre que considerar conveniente aos interesses nacionais, impedir a realização por estrangeiros de conferências, congressos e exposições artísticas e folclóricas. Este artigo entra em conflito com os incisos IV, LX e XVI do art 5º da CF.

Diferente é o posicionamento quanto aos direitos políticos, ao qual é vedado ao estrangeiro admitido no território nacional, uma vez que não é possível exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, conforme o art 107 do Estatuto, art 7º da Convenção de Havana sobre o Estatuto dos Estrangeiros de 1928 e previsão do art 14, § 2º da CF em que diz da impossibilidade do estrangeiro alistar-se como eleitor, salvo os casos de naturalização e de acordos de reciprocidade como há com Portugal, em que prevê no Tratado de Amizade ao português no Brasil e ao brasileiro em Portugal, após residência permanente por no mínimo três anos, a capacidade de exercer a cidadania através do voto. No entanto, o acesso de estrangeiros é excluído, quando se trate de cargos como presidência da república e aos tribunais (federais e judiciais), e limitado o acesso ao direito político referentes as eleições municipais.

Porém, não são apenas os direitos que gravitam na órbita jurídica do estrangeiro, mas também deveres, uma vez que conforme diz o art 29 da DUDH toda pessoa tem deveres com a comunidade em que se desenvolve. Apenas a título exemplificativo, é dever do estrangeiro além de efetuar o registro após o acesso ao território, exibir documento que comprove a sua estada legal no território quando requerido por autoridade competente (art 96), não exercer atividade remuneratória cuja fonte seja nacional no território quando titular de VITUR, VITRA, VITEM IV (art 98), comunicar e requerer autorização do Ministério da Justiça e do Ministério do Trabalho para mudança de entidade patronal (art 100), comunicar ao Ministério da Justiça mudança de domicílio e aquisição de nova nacionalidade (arts 102 e 103).

Sendo vedado ao estrangeiro estabelecer-se com firma individual, ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada (art 98), e as alíneas do art 106, citando ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas e o acesso a cargos públicos de direção.

Mudanças têm sido tomadas com a intenção de uma maior integração dos estrangeiros em solo brasileiro, como a recente alteração na lei sobre o acesso a compra de terras agrícolas, a possibilidade desde que haja reciprocidade com o país de origem, de inscrição em concursos públicos para determinadas funções e a inscrição em ordens profissionais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um longo período como país de destino das mais diversas etnias do globo, o Brasil passa por um momento em que envia seus nacionais para outros países, especialmente os considerados desenvolvidos. Contudo, este cenário no início do século XXI transforma-se, após políticas econômicas falhas dos Estados Unidos e repercutidas no continente europeu. A América do Sul em geral e especialmente o Brasil sobressaem como um destino de oportunidades de trabalho, atraindo grande parte da mão-de-obra qualificada e jovem europeia que encontra-se no desemprego. É uma nova rota para a migração econômica, e segundo dados do Ministério da Justiça, em 2010 foram registrados 961 mil estrangeiros legais e 1.466 milhões em 2011.

Ao chegar no território brasileiro, apesar de um tratamento hospitaleiro, fraterno e de acolhimento, o Estatuto que regulamenta o estrangeiro segue linhas rígidas que por este tem que ser preenchidas. Uma lei fora de seu tempo, fruto de um período em que a democracia como a concebemos, não era a “cara” do Brasil, mas que visa a proteção do território e do mercado de trabalho interno, mas que vai ganhando novas interpretações ao longo dos anos através das Resoluções dos órgãos competentes para o tratamento do imigrante. Uma lei que carece de atualização, não no sentido de facilitar o acesso ao território, mas de ter um corpo completo e claro, digno do processo migratório que o país passa atualmente.

Que fique claro ao cidadão estrangeiro, que no período em que lá permanecer é sujeito de direito e também de deveres, e portanto assim como aos nacionais está obrigado à prossecução do interesse público, no sentido de respeito às normas. Mas é preciso uma norma que não incorra em inconstitucionalidades e nem viole os direitos fundamentais do imigrante, mas que se mostre receptiva àqueles que buscam realmente o trabalho e o desenvolvimento pessoal e direta ou indiretamente o nacional e que se mostre dura para com aqueles que violam gravemente suas normas, princípios constitucionais e principalmente princípios fundamentais vigentes na esfera

de terceiros, com um procedimento célere e transparente sobre o processo de expulsão e deportação, além da condenação da prática por nacionais que auxiliam a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos.

## BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V, Ministério do Trabalho e do Emprego, *Perfil Migratório do Brasil 2009*, Organização Internacional para as Migrações (OIM), Genebra, Suíça, 2010.
- AGÊNCIA LUSA, A crise está a inverter fluxo migratório entre Europa e América Latina in *IONline*, 05 Out. 2012. Disponível em <<http://www.ionline.pt/mundo/crise-esta-inverter-fluxo-migratorio-entre-europa-america-latina>> [05.10.2012].
- ÁVILA, Flávia de. *Brasil e Trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX: evolução normativo-legislativa nos contextos histórico, político e socioeconómico*. São Paulo, LTr, 2011.
- BERNASCONI; TRUZZI in SALES, Teresa; SALLES, Maria do Rosário R. (org.) *Políticas migratórias: América Latina. Brasil e brasileiros no exterior*. São Paulo, Sumaré e EdUFScar, 2002
- BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, *Manual de Serviço Consular e Jurídico*, Versão 1.00 (03/10/2005). Disponível em <[http://www.eci.uem.br/documentos/mod\\_visto.pdf](http://www.eci.uem.br/documentos/mod_visto.pdf)> [03.09.2012].
- COSTA, Affonso, *Imigração – condições que o Brasil oferece ao braço estrangeiro*, Ministerio da Agricultura, Industria e Comercio, Rio de Janeiro, Officios Typograficos do Serviço de Informações do Ministério da Agricultura, 1927.
- CYTRYNOWICZ, Roney, “Além do Estado e da ideologia: imigração judaica, Estado-Novo e Segunda Guerra Mundial” in *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 22, nº 44, Dezembro de 2002.
- INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Global Estimates and Trends, Facts & Figures*. Disponível em <<http://www.iom.int>> [29.09.2012].

- MORAES, Alexandra de, *Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Editora Atlas SA, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed. Luis Carlos Borges (trad.). São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- PEQUITO, José Ferreira Lourenço, *Políticas de imigração, estado de bem-estar e população imigrante em Portugal*, 2009, 128f, Instituto Superior de Economia e Gestão Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, Junho de 2009.
- SALADINI, Ana Paula Sefrin, “Cidadania e o trabalhador imigrante ilegal no Brasil”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, nº 128, Fevereiro 2011. Disponível: <<http://www.revistas.unifacs.br>> [07.11.2011].
- SERRÃO, Joel, *A emigração portuguesa*, 2ª ed., Lisboa, Livros Horizonte Lda., 1974
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direitos Constitucional Positivo*, 25ª ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editora, 2005.
- ZAMBERLAM, Jurandir, *O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização*. Porto Alegre, Pallotti, 2004.

## TRÁFICO DE SERES HUMANOS

NATÁLIA CARVALHO<sup>1</sup>  
[nataliajpcarvalho@hotmail.com](mailto:nataliajpcarvalho@hotmail.com)

### RESUMO

No âmbito da I Jornada Internacional de Direitos Humanos: Temas e Perspetivas na Contemporaneidade, este artigo aborda o tema do tráfico de seres humanos, sendo que é um assunto cada vez mais problemático na atualidade devido à situação de crise económica pela qual estamos a passar. Com propostas de melhores condições no estrangeiro, com salários e expectativas futuras de vida aliciantes, é relativamente simples alguém cair numa rede de tráfico humano. Em primeira instância, procederemos a uma contextualização do tema, abordando o conceito segundo a legislação, a evolução histórica e a sua relação com o crime organizado transnacional. Posteriormente, abordaremos alguns aspetos que poderão indicar a prática deste crime. Seguidamente, distinguiremos este fenómeno do auxílio à imigração ilegal, onde apresentaremos os traços característicos de cada um. Numa fase final, mostremos alguns dos contornos desta realidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tráfico de Seres Humanos; Crime Organizado Transnacional; Auxílio à Imigração Ilegal.

### 1. INTRODUÇÃO

O tráfico de seres humanos (TSH) não é um fenómeno recente. Apenas tem ganho mais visibilidade por parte dos *media*, bem como por parte dos Estados e Organizações Internacionais. Esta visibilidade acrescida leva-nos a conseguir informar cada vez mais a população acerca dos perigos desta realidade, o que consequentemente conduz a um aumento dos casos descobertos. Contudo, a questão da descoberta e/ou investigação dos casos ainda se debate com alguns obstáculos, nomeadamente no que se relaciona com a falta de transparência e obscuridade do TSH, pois é composto por um

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Humanos e Licenciada em Relações Internacionais pela Universidade do Minho.



conjunto de pessoas que não são avistáveis, ou seja, suas ações não são claras e evidentes na sociedade. Tal sucede porque, em grande parte dos casos, as vítimas não sabem onde se encontram, não têm qualquer tipo de relação ou hipótese de comunicação com as pessoas externas ao local/estabelecimento de onde estão ou tão pouco se podem movimentar para o exterior desse espaço, sendo-lhes, portanto, retirada qualquer liberdade ou poder de escolha.

A previsão para este tipo de crime é influenciada por dois fatores: por um lado, as condições económicas internacionais estão cada vez mais desfavoráveis, a pobreza está a aumentar e as pessoas tendem a procurar soluções que as afastem da miséria; por outro, tanto os Estados como as Organizações Internacionais lutam para combater este fenómeno, particularmente com campanhas de informação à população, legislação que criminalize esta prática e outras medidas de prevenção e proteção à vítima. A verdade é que, por muito que cada caso tenha as suas especificidades, continuam a fazer-se notar pontos em comum que os legisladores devem considerar na hora de tomar medidas preventivas.

É importante que a sociedade entenda o fato de o TSH ser completamente contrário aos Direitos Humanos; de o TSH não ser só um crime que, à primeira vista, envolve o rapto, mas sim um crime que retira a liberdade a cada vítima; que envolve também outras violações de Direitos Humanos, como a escravatura, a exploração sexual, o trabalho infantil e o trabalho forçado, entre outros. É importante que a sociedade tenha em atenção que o TSH é também uma forma de discriminação baseada no sexo (e, conseqüentemente, uma forma de violência contra as mulheres, dado que a fasquia maior do TSH é a que tem fins de exploração sexual feminina, com a percentagem de mulheres traficadas a rondar os 79%, segundo o *Global Report on Trafficking in Persons*, da UN.GIFT<sup>2</sup>). A sociedade deverá ainda ter em atenção que o TSH é uma violação do Direito Internacional, especialmente do Direito Internacional Humanitário.

Fundamentalmente, o TSH é uma violação de Direitos Humanos porque incorre na objetivação dos seres humanos, apenas com o propósito destes gerarem qualquer tipo de lucro para os agentes do crime, isto é, para os seus traficantes ou exploradores.

---

<sup>2</sup> UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, UN.GIFT, February 2009, p. 11

## 2. DEFINIÇÃO

A definição de TSH nasceu do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativa à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (Palermo, Itália; Dezembro de 2000), onde o “Tráfico de Pessoas” é definido pelo artigo 3.º, a) da seguinte forma:

*Por tráfico de pessoas entende-se o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coacção, de rapto, de fraude, de engano, de abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou de entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos.*

Assim sendo, podemos dividir esta definição em três partes: as ações, os meios e os fins. As ações incluem o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas. Entre os meios podemos encontrar a ameaça, uso da força, coacção, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios. Por último, nos fins constam a exploração, incluindo prostituição de outrem, exploração sexual, trabalhos ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares, extração de órgãos e/ou outros tipos de exploração. Logicamente, estas três partes quando interligadas correspondem ao crime de Tráfico de Seres Humanos. É na alínea b) deste mesmo artigo que consta a informação de que o consentimento se torna irrelevante quando praticada qualquer forma de exploração presente na alínea a).

Quanto à definição segundo o Código Penal Português, podemos encontrá-lo no artigo 160.º, onde o “Tráfico de Pessoas” é definido como:

1 — Quem oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extração de órgãos:

- a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;
- b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;
- c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;
- d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou
- e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 — A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar,

oferecer ou aceitar, para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extração de órgãos.

3 — No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos.

4 — Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

5 — Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.os 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

6 — Quem reter, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos n.os 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Analisando mais pormenorizadamente esta definição, deparamo-nos com a divisão do crime de TSH em cinco crimes distintos<sup>3</sup>: (1) o tráfico de adultos, (2) o tráfico de um menor de 18 anos, (3) a alienação do menor de 18 anos, (4) a utilização da vítima de tráfico e (5) a subtração dos documentos da vítima de tráfico.

No n.º1 do referido artigo, onde está presente o tráfico de adultos, há um conjunto de conceitos que vale a pena “descodificar”, nomeadamente os de exploração sexual, exploração do trabalho, extração de órgãos, ardil ou manobra fraudulenta e especial vulnerabilidade da vítima. Ora, quanto à exploração sexual e laboral há aqui um sentido de materialização da vítima. No entanto, a primeira utiliza o corpo desta como uma forma de obtenção de prazer sexual, enquanto que a segunda usufrui do corpo mas também das suas propriedades intelectuais com vista ao desempenho de trabalho físico e/ou intelectual. A extração de órgãos inclui a remoção de um órgão do corpo da vítima por via de uma intervenção médica. Neste caso, há duas questões que se tornam relevantes. Uma é o fim que será dado aquele órgão (se é, por exemplo, para benefício terapêutico de quem o vai receber). A outra é quantos órgãos são retirados do corpo. Quando falamos em ardil ou manobra fraudulenta, referimo-nos à ação de enganar a vítima acerca dos motivos e efeitos da ação (neste caso, só há relevância caso o engano seja promovido pelo agente do crime). Por fim, por especial vulnerabilidade da vítima compreende-se uma situação de debilidade por consequência da idade, deficiência, doença ou gravidez.

---

<sup>3</sup> Tal como nos propõe Paulo Pinto de Albuquerque em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p.430-434.

O segundo tipo de crime, o tráfico de menores de 18 anos, consta no n.º 2 e 3 do artigo 160.º do Código Penal e refere-se aos mesmos parâmetros do tráfico de adultos, com a exceção de que a vítima tem que ter menos de 18 anos.

A alienação do menor de 18 anos (n.º4) constitui o terceiro tipo de crime, que passa pela oferta, entrega, solicitação ou aceitação deste para obtenção ou prestação de consentimento na sua adoção por pagamento ou outra equivalência. Por outras palavras, isto constitui uma “cedência de posse” a outrem que não tem poder legal ou judicial para tal. Denota-se que, neste caso, há a incriminação tanto da entrega e aceitação do menor, mas também na fase anterior à negociação, a da oferta e solicitação deste pelo e aos seus pais/tutores (o que apenas se torna relevante se houver remuneração ou contraprestação, assim como a obtenção/prestação de consentimento para adoção).

No n.º 5 está presente o quarto tipo de crime, que não é mais do que a utilização da vítima de tráfico, onde é punido tanto o explorador como o “cliente” pelo aproveitamento do corpo ou das capacidades intelectuais, ou dos órgãos.

Por último, o quinto tipo de crime é a subtração dos documentos da vítima (n.º6). Tal implica a retenção, ocultação, danificação ou destruição dos documentos de identificação ou viagem da mesma, estando a par da sua situação (de vítima). A tentativa de subtração destes documentos não é punível segundo este artigo.

Resta sublinhar que o facto de o agente do crime libertar a vítima caso o crime de tráfico de seres humanos tenha sido cometido é, normalmente, um fator atenuante aquando da deliberação, se a vítima não tiver sido submetida à exploração.

### **3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

O TSH tem origens na Antiguidade, onde surgiam de forma regular os confrontos que visavam apropriações territoriais. Quando os confrontos terminavam, havia um vencedor e um vencido. Era, então, costume que o vencedor ficasse não só com as terras mas também com os vencidos, usando-os como seus escravos. Ora, por vezes, os vencedores não tinham necessidade de tanta mão-de-obra, tornando-se esta excedente e até podendo causar alguma despesa (mesmo que vivessem em condições precárias, uma vez que para a sua sobrevivência careceriam de alguns recursos). Desta forma, os seus “donos” optaram por comercializá-los. Ainda que isto não tenha sido o TSH no seu rigor técnico, foi claramente daqui que o fenómeno nasceu e evoluiu.

Todavia, esta realidade ganhou importância com o advento da escravatura, quando as navegações se foram intensificando, o que conduziu ao crescimento do tráfico negreiro. Nesta época, a escravatura e a comercialização destes escravos era assimilada como algo aceitável, até porque gerava lucro para o sistema económico dos países e tornava-os mais competitivos.

Infelizmente, com base neste último facto, os escravos eram vistos pelos seus “proprietários” como uma mera mercadoria utilizável e, conseqüentemente, bastante rentável. Esta situação mantinha-se porque os escravos eram tratados violenta e coercitivamente e o seu preço variava consoante uma série de características como a idade, sexo, físico, educação, entre outros.

Apesar de ter começado com a apropriação dos vencidos, com o passar dos tempos surgiram também outros intervenientes neste “negócio”, nomeadamente os criminosos e as famílias que se viam obrigadas a vender familiares, assim como as crianças que já nasciam no próprio cativo.

A escravatura na Era Moderna, ou seja, na Era das Grandes Navegações, tinha correspondências étnicas e raciais, o que acabou por levar a uma multiplicação do número de negros traficados, já que estes eram tidos como uma subcategoria da raça humana. Os que sobreviviam às viagens eram usados na exploração, povoamento e desbravação das novas terras. Contudo, muitos acabavam por não resistir muito tempo, dado que estavam malnutridos, viviam sem condições mínimas de existência e estavam muito expostos a doenças. Nesses tempos havia uma grande abundância de escravos provenientes do continente Africano, sendo que possuíam um menor nível de resistência devido a constantes guerras internas.

Naquela época não havia legislação visando o combate ao TSH, muito pelo contrário: grandes impulsos despontaram nesse sentido pela forma como os escravos eram vistos – autênticas mercadorias, indignos de proteção legal ou humanitária. Não obstante, mesmo assumidos como objetos, detinham um grande valor económico em comparação com as mercadorias reais.

Foi por volta do século XIX que a escravatura foi abolida em diversos países e, é neste momento que surge no Direito e no Direito Internacional a consagração desta prática como ilegal.

Embora a escravatura e o tráfico de escravos/pessoas continua a ser interpretado como algo apenas do passado, hoje em dia ainda há reflexos dessa prática, na forma do TSH. Este, na ótica dos agentes do crime, é visto como um simples tráfico

de uma mercadoria, por sinal bastante lucrativo, e com valores comparados ao tráfico de drogas e de armas, respetivamente.

#### **4. CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL**

Desde o surgimento do Homem e as relações entre estes, particularmente a cooperação para assim atingirem objetivos comuns que os levarão à sobrevivência, há aqueles que possuem interesses distintos da maioria da sociedade. É com base nesta diferença que as atividades ilícitas foram aparecendo, e com estas, as organizações criminosas.

Com a evolução dos tempos, o crime organizado conheceu um grande aliado: a tecnologia. Os meios de comunicação tornaram-se mais rápidos e mais eficazes, facilitando a comunicação à distância e a partir de qualquer parte do mundo. Tal contribuiu para uma maior diversidade das atividades ilícitas, que viram o seu campo de ação alargado, revelando-se capazes de surtir efeito num ambiente global (crime organizado transnacional).

Sendo que as organizações criminosas são bastante viáveis a nível financeiro, ao gerarem dinheiro “alimentam” a tal tecnologia de ponta que as caracteriza, o que as torna difíceis de serem alcançadas por Estados (ou mesmo organizações lícitas) providos de baixos recursos económicos. Quando falamos em organizações criminosas transnacionais estamos a falar das “grandes empresas do crime”<sup>4</sup>, que são constituídas por material altamente sofisticado, com utilização (e por vezes produção) de tecnologia de ponta, com profissionais qualificados que conseguem infiltrar-se em diversos ramos de atividades comerciais e governamentais, em qualquer parte do mundo.

Apesar das organizações criminosas transnacionais estarem presentes numa vasta gama de atividades, a sua principal atuação é naquelas que geram lucros mais elevados por via ilegal, como o tráfico de drogas, armas e seres humanos, respetivamente.

Dados recentes do Gabinete das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC) mostram que, atualmente, o TSH está presente em todas as regiões do mundo.

---

<sup>4</sup> FILHO, Francisco Bismarck Borges, *Crime Organizado Transnacional - Tráfico de Seres Humanos*, Juiz de Fora, Universo Jurídico, ano XI, 22 de Julho de 2005.

Por fim, resta esclarecer que o crime organizado transnacional é “apelidado” desta forma porque para que o crime alcance algum sucesso é necessário que haja um mínimo de organização, de modo a não haver espaço para falhas.

## 5. INDÍCIOS DO CRIME DE TSH

Decidir ou mesmo confirmar que estamos perante um crime de TSH nem sempre é um trabalho simples, pois os agentes do crime são extremamente cuidadosos nas suas ações, de modo a não deixarem margem para dúvidas ou desconfianças. Não obstante o crime de TSH poder ser praticado sob diversas formas, há certos fatores (comuns) que nos permitem desvendar este fenómeno. O processo de identificação do crime de tráfico de seres humanos é demorado e minucioso, uma vez que as entidades competentes podem tanto estar presentes a um caso com vários indícios do crime, assim como podem apenas ter um ou dois indícios – o que dificulta e prolonga o processo de investigação/apuração do dito delito.

Posto isto, são seis os indicadores desta prática, ou em alguns pontos, na ótica do traficante/explorador, os critérios de seleção das vítimas.

O primeiro é a idade da vítima. Normalmente, quanto mais nova a vítima, mais probabilidade tem de ser vítima de TSH. Tal relaciona-se com a sua “rentabilidade”, uma vez que quanto mais nova, é mais provável que viva por mais tempo e que esteja em melhores condições físicas e intelectuais, gerando mais lucro. A exceção a este facto é o TSH para fins de mendicidade, onde são procuradas vítimas que possuam uma idade mais avançada. As crianças<sup>5</sup> são também procuradas para este tipo de finalidade, dado que são seres mais frágeis e mais fáceis de aliciar e manipular.

O segundo é o género. Este correlaciona-se com o TSH para exploração sexual, afetando maioritariamente as mulheres, como referido anteriormente.

O terceiro é o local de origem da vítima. O facto de a sua origem ser um país em desenvolvimento ou transitório é um indicador de uma vítima de TSH, visto que nesses sítios há escassez de oportunidades e escolaridade baixa. Em consequência, as vítimas encontram-se mais vulneráveis, mais fáceis de aliciar e de manipular e, assim, mais facilmente entram numa rede de tráfico.

---

<sup>5</sup> Estas são usadas para inúmeros fins, como mendicidade, prostituição, pornografia, crianças-soldado, servidão doméstica e mão-de-obra barata.

O quarto é o facto de uma pessoa apresentar documentos de identificação e viagem de outra, ou mesmo a apresentação de documentos falsos ou falsificados, especialmente num local de fronteira ou num ponto de controlo.

O quinto é o local onde a vítima permanecia antes de o caso estar a cargo das autoridades. Isto é, se a vítima se encontrava num estabelecimento de diversão noturna, num bordel, numa agência de acompanhantes, numa fábrica com baixos salários e turnos com bastantes horas de trabalho e sem condições, ou mesmo propriedades agrícolas e mineiras, são fatores que influenciam a investigação, indicando que é possível que se trate de uma vítima deste crime.

O sexto e último indicador são as condições de transporte. À partida, se as condições de transporte são precárias, se este é feito por um meio que não é usual e de forma escondida ou se há algum controlo sobre os passageiros durante a viagem, é possível que seja uma vítima de TSH. Neste ponto, pode também estar inserida a forma como a pessoa se encontra, ou seja, se tem sinais de agressão física ou se mostra algum medo, terror ou desconfiança.

## **6. TRÁFICO DE SERES HUMANOS VS. AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL**

É importante distinguir estes dois crimes para que as autoridades consigam dar uma resposta apropriada às “vítimas” e, se necessário, a devida ajuda e proteção.

Uma vez que a definição de tráfico de seres humanos já foi dada anteriormente, apenas refere-se neste capítulo as definições de “auxílio à imigração ilegal”, uma vez incluída no artigo 3.º, a) do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes via Terrestre, Marítima e Aérea e outra que concerne à legislação nacional. Deste modo, a primeira definição dispõe o seguinte:

*Por “tráfico ilícito de migrantes” entende-se o facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro benefício material.*

Na alínea b) do mesmo artigo, “entrada ilegal” é definida como sendo: *por “entrada ilegal” entende-se a passagem de fronteiras sem preencher as condições necessárias para a entrada legal no Estado de acolhimento.*

Por sua vez, na legislação nacional este crime está previsto no artigo 183.º da Lei n.º 23/2007 de 4 de Julho, Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e



Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional, sob a epígrafe de Auxílio à imigração ilegal, e diz:

*1 – Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional é punido com pena de prisão até 3 anos.*

*2 – Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, a permanência ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.*

*3 – Se os factos forem praticados mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.*

*4 – A tentativa é punível.*

*5 – As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites, mínimo e máximo são elevados ao dobro, ou de interdição do exercício da actividade de um a cinco anos.*

Porém, identificar se é crime de auxílio à imigração ilegal ou TSH é, por vezes, um processo bastante complexo, nomeadamente devido a certas particularidades comuns. Refere-se, essencialmente, a duas hipóteses: a primeira é o facto de algumas vítimas do crime de TSH terem recorrido ao auxílio à imigração ilegal (AII) no princípio da sua viagem, com o propósito de serem inseridas ilegalmente noutra país. No entanto, numa fase posterior, constataram que foram enganadas, coagidas ou forçadas a enredar numa situação de exploração, a qual não fazia parte dos seus planos. O outro exemplo é o facto de os agentes do crime começarem por apenas auxiliar na entrada ilegal de outro país, mas mais tarde, quando se apercebem dos montantes que poderiam lucrar ao explorar a vítima, resolvem fazê-lo.

Contudo, há algumas diferenças cruciais entre estas duas práticas, que nos ajudam a compreender qual dos crimes está a ser elaborado.

Em primeiro lugar, no caso do TSH, os indivíduos traficados são vítimas; no que concerne ao AII, os indivíduos são apenas pessoas que violam a lei.

Em segundo lugar, há o elemento “consentimento”. No AII, normalmente a vítima consente e coopera. Quando se trata de TSH, as vítimas nunca dão o seu consentimento, ou se o fizeram numa fase inicial, este torna-se irrelevante quando o traficante passa a adquirir uma posição de explorador<sup>6</sup>.

Seguidamente, o fator transnacionalidade também entra para a lista de diferenças. O AII implica sempre a passagem ilegal de uma fronteira e,

---

<sup>6</sup> Relembre-se que o tráfico de seres humanos implica força, coação ou fraude.

consequentemente, a entrada noutro país (como vimos na definição), bem como a ajuda para que isso se suceda. Ora, no caso do crime de TSH, a passagem de fronteira e a entrada noutro país não são necessárias, pois diversas vítimas permanecem no seu país sem o saberem, uma vez que os exploradores tomam as devidas precauções para que tal suceda. Há aqui uma limitação de movimentos e controlo sobre as vítimas, ou mesmo o isolamento da vítima ou a subtração dos seus documentos. Não obstante, quando passam a fronteira e entram noutro país, a ilegalidade torna-se irrelevante. No AII, os indivíduos têm liberdade de movimentos e, até, de mudarem de local de trabalho<sup>7</sup>.

Outra diferença está presente na relação entre o agente do crime e a vítima/migrante. O facilitador/auxiliar, à partida, não tem qualquer intenção de explorar o migrante quando este chega ao destino. Estes funcionam como parceiros numa atividade comercial voluntária, pois, no caso do AII, não existe coerção. Já no TSH, há uma intenção de explorar a vítima e manter essa situação o maior período de tempo possível (para que esta gere mais lucro).

O modo de obtenção de lucro por parte do agente do crime é outro elemento a ter em atenção, pois varia consoante a ação destes. O facilitador fá-lo segundo o montante que cobra ao migrante para tratar da sua deslocação. O traficante, como consequência de uma situação de exploração contínua, consegue lucros extra. Desta forma, o seu rendimento varia consoante o número de vítimas e o tempo que as explora.

Por último, surge a questão de quem é que infringe a lei. No cenário do TSH, quem viola a lei são os traficantes. No do AII, os próprios migrantes também estão a ir contra a lei, uma vez que permanecem ou entraram ilegalmente num país por vontade própria.

## **7. TSH – CONTORNOS DO FENÓMENO**

O crime de TSH em princípio “nunca vem só”. Isto é, abrange uma vasta lista de questões problemáticas e alarmantes como a migração ilegal, a exploração (seja laboral ou sexual), as divergências acentuadas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a violação dos Direitos Humanos, as desigualdades de género nitidamente presentes em questões como as diferentes oportunidades de emprego e de

---

<sup>7</sup> Os migrantes ilegais apenas tiveram que pagar uma quantia inicial ao seu auxiliar, tendo ficado sem qualquer tipo de ligação a este, posteriormente.

acesso à educação (que se traduzem em oportunidades bastante limitadas), os raptos, os abusos sexuais, a pedofilia e a pornografia (nomeadamente, a infantil), entre outros.

Como principais causas do tráfico de seres humanos aparecem-nos as realidades com raízes diversas, especialmente socioeconómicas e políticas. O fenómeno da globalização e, conseqüentemente, os seus principais efeitos na Sociedade também desencadeiam alguns problemas que podem ser interpretados como fatores incentivadores daquilo que vai acabar no crime de tráfico de seres humanos. Entre outros, falamos da pobreza, da falta de (acesso à) educação, da falta de oportunidades de um trabalho recompensador e legal (principalmente dos mais jovens e das mulheres), da pouca esperança num futuro próspero, da busca pelo sucesso e pela fama, da busca por um nível de vida superior ou mesmo por uma alteração no contexto social.

A verdade é que qualquer um destes motivos fazem com que as pessoas procurem algo diferente, fora do seu país, algo que lhes possibilite obterem aquilo que não lhes seria possível se continuassem no seu país – pelo menos de forma tão rápida e fácil. Somos a concluir que são várias as situações de TSH que poderiam ter sido evitadas se houvesse um maior (re)conhecimento do direito dos migrantes e uma maior divulgação de campanhas de prevenção contra o TSH. Certamente que teria proporcionado uma atuação diferente na procura de oportunidades para melhorar o seu nível de vida. Tal poderia passar também por uma maior difusão pelas instituições que acolhem as vítimas, como o Centro de Acolhimento e Proteção, que tem como função garantir “os cuidados básicos de suporte de vida (alimentação, higiene, protecção), assim como os apoios especializados ao nível das diferentes valências”<sup>8</sup>.

O acréscimo da informação, acompanhado de treinos especializados para as autoridades competentes e do apoio no regresso ao país das vítimas, conferiria uma maior visibilidade ao fenómeno e, assim, ajudaria a combatê-lo/preveni-lo. Neste campo, Portugal tem uma evolução bastante positiva, particularmente devido à criação do I Plano Nacional de Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (2007-2010) e do II Plano Nacional de Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (2011-2013).

## **8. CONCLUSÃO**

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Marta, “Poderia ser eu, tu ou qualquer uma de nós”, in *Tráfico Desumano*, Cadernos de Administração Interna, Coleção de Direitos Humanos e Cidadania, Outubro de 2010, p.74.

Apesar de ser usual o pensamento de que este tipo de crimes só acontece aos outros, a realidade é que o TSH está cada vez mais presente nas nossas vidas, mesmo que silenciosamente.

É rigorosamente necessário que todos os Estados tomem as devidas precauções para travar este crime, mesmo aqueles que ainda estão a caminhar para uma efetiva tutela dos Direitos Humanos. Contudo, este é um crime ainda bastante complexo, que implica também a prevenção e o combate de outros crimes (ou problemas) a ele subjacentes, como a pobreza, a ignorância, a vulnerabilidade e o desemprego.

É dever das autoridades competentes visarem a proteção da vítima e não equacionarem deixar para segundo plano, por exemplo, as questões mais técnicas ligadas às instituições e órgãos que trabalham acerca deste tema. É importante ter a percepção de que, num ambiente de TSH, as vítimas são tratadas como meras mercadorias, reutilizáveis e bastante rentáveis, cujos movimentos e ações são controladas e, conseqüentemente, deveras limitadas. É extremamente frustrante saber que o único interesse que os agentes do crime veem nestas pessoas são os montantes que lhes irão proporcionar.

A grande dificuldade em desvendar as redes de tráfico passa pela sua estrutura organizacional, onde estão inseridas as grandes empresas do crime, com capacidade financeira inalcançável tanto para o Estado, como para as empresas lícitas, pois até podem gozar de mão-de-obra altamente qualificada, mas não usufruem da sua tecnologia de ponta que o poder económico lhes providencia.

Apesar de um grande passo já ter sido dado a nível da cooperação internacional dos Estados (Protocolo de Palermo, ONU), é essencial que os mesmos continuem com este tipo de cooperação para que os fins sejam alcançados mais rápida e facilmente, em nome da segurança mundial e dos Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p.430-434.
- AZEVEDO, Joana. Tráfico de Seres Humanos, in *Verbo Jurídico*, 2011. Disponível em

- <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/joanacosta\\_traficosereshumanos.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/joanacosta_traficosereshumanos.pdf)> [consultado em 29 de Dezembro de 2011].
- FILHO, Francisco Bismarck Borges *Crime Organizado Transnacional - Tráfico de Seres Humanos*, Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 22 de Julho de 2005. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2187/CRIME\\_ORGANIZADO\\_TRANSNACIONAL\\_TRAFICO\\_DE\\_SERES\\_HUMANOS](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2187/CRIME_ORGANIZADO_TRANSNACIONAL_TRAFICO_DE_SERES_HUMANOS)> [consultado em 30 de Dezembro de 2011].
  - *Global Report on Trafficking in Persons*, UN.GIFT, UNODC, February 2009. Disponível em <[https://www.unodc.org/documents/Global\\_Report\\_on\\_TIP.pdf](https://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf)> [consultado em 20 de Setembro de 2012].
  - *Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking - commentary*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, New York e Geneva, 2010.
  - SOUSA SANTOS, Boaventura, GOMES, Conceição, DUARTE, Madalena, BAGANHA, Maria Ioannis, *Tráfico de mulheres em Portugal para fins de exploração sexual*, Lisboa, CIG, 2008.
  - *Tráfico Desumano*, Cadernos de Administração Interna, Coleção de Direitos Humanos e Cidadania, Outubro de 2010.
  - VÄYRYNEN, Raimo, *Illegal immigration, Human Trafficking, and the Organized Crime*, *Discussion Paper* n. 2003/72, United Nations University, WIDER, October, 2003. Disponível em: <[http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/discussion-papers/2003/en\\_GB/dp2003-072/](http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/discussion-papers/2003/en_GB/dp2003-072/)> [consultado em 28 de Dezembro de 2011].

## DIFERENÇA CULTURAL E AS MINORIAS: O LEVANTAR DO VÉU

ANA PINTO<sup>1</sup>  
[pinto\\_ana@live.com](mailto:pinto_ana@live.com)

### RESUMO

O fenómeno das migrações e a conseqüente convivência de culturas não é algo que tenha surgido na actualidade, resultando, também, de um longo e complexo processo histórico, que fez com que, quase na sua totalidade, os Estados Europeus incorporassem minorias que, por sua vez, cedo demandaram atenção política. No entanto, a diversidade cultural, a multiculturalidade, não é o mesmo que multiculturalismo, e recentes inovações legais que proibem o uso de véu integral no espaço público, aprovadas por alguns países europeus, comprovam isso mesmo.

**PALAVRAS-CHAVE:** multiculturalismo, multiculturalidade, minorias, véu islâmico.

A convivência de culturas não é algo que tenha surgido na actualidade, contudo, nunca assumiu as proporções que se conheceram no século XX. A globalização e, no caso europeu, a livre circulação de pessoas, assumiram aqui um papel importante, promovendo o estabelecimento de relações de interdependência, fazendo com que diferentes culturas se cruzassem.

Isto diz-nos que difícil é, hoje em dia, encontrar uma sociedade que seja ela homogénea, contudo, não significa que perante a diversidade cultural, se adopte uma política multiculturalista. Resulta, pois, diferente falar em multiculturalismo numa perspectiva social (presença de várias culturas) e enquanto política de promoção e reconhecimento da diferença, como alternativa aos modelos assimilacionista e segregacionista.

Enquanto política, o multiculturalismo, tem na sua base o reconhecimento de facto da diversidade cultural presente na sociedade. Neste sentido, é necessário que os governos e as instituições, adoptem uma política cujas medidas se centrem no reconhecimento, acomodação e suporte do pluralismo cultural.

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Universidade do Minho e Mestre em Direitos Humanos pela mesma instituição.

A tutela das minorias é um aspecto central do discurso multiculturalista, contudo, a preocupação com a sua garantia é muito anterior à década de 60 do século XX, sendo antes contemporânea do nascimento do Estado Moderno<sup>2</sup>. Acontece que, quando a 2.ª Guerra Mundial chegou ao fim, a opinião no que concerne às identidades colectivas é bastante negativa, uma vez que, as atrocidades cometidas durante este conflito tinham na sua base as ideias de nação e raça. Não é pois de estranhar que com o advento da Organização das Nações Unidas, tenhamos um novo tempo marcado por ideais de universalidade e igualdade. Sucede que a afirmação da igualdade dos povos, na prática, verificava-se uma persistência da desigualdade. Contudo, estes novos ideais despontaram o desejo de colocar um termo à herança das relações de hegemonia entre os povos, que marcaram séculos de história o que se traduziu na luta pela descolonização (entre 1948-1965), na luta contra a segregação racial e discriminação (iniciado em 1955) e na luta pelo multiculturalismo<sup>3</sup>.

A luta pela acomodação da diferença começou com a exigência de reconhecimento, numa dupla vertente. Em primeiro lugar, a exigência de uma política de reconhecimento igualitário para colocar um fim às hierarquias sociais – obter uma igual dignidade para todos. E em segundo lugar o reconhecimento da identidade única de cada indivíduo ou grupo, o que deu origem à política da diferença<sup>4</sup>. Não obstante, o reconhecimento de diversas identidades culturais, étnicas ou religiosas numa cultura nacional pautada pela homogeneidade, não vem sem problemas e dificuldades, uma vez que é precisamente esta ideia de homogeneidade (cujos fundamentos assentam nos princípios da universalidade, igualdade e neutralidade) que o multiculturalismo vem contrariar.

Enquanto modelo de gestão, o multiculturalismo valoriza a diversidade cultural, devendo as diferentes características étnicas, culturais, religiosas ser reconhecidas e protegidas para que estas manifestações diferentes da natureza humana não desapareçam. Os seres humanos não devem ser considerados separados dos seus valores culturais, uma vez que são modelados por eles, e proteger as pessoas requer a

---

<sup>2</sup> Inicialmente esta preocupação pelas minorias focou a sua atenção nas minorias religiosas. A preocupação com as minorias religiosas, não emergiu repentinamente. Pelo contrário, esta foi o resultado de um processo que se construiu ao longo dos séculos de história do continente europeu.

<sup>3</sup> Cf. temKYMICKA, Will - *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington D.C., Migration Policy Institute, 2012, pp. 5-6.

<sup>4</sup> Cf. TAYLOR, Charles – “A Política de Reconhecimento”, in Charles Taylor [et al.], *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, tradução portuguesa de Marta Machado, *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pp. 56-58.

protecção das suas formas de vida<sup>5</sup>. Assim, ao não reconhecer as várias identidades o modelo liberal discrimina os grupos oprimidos<sup>6</sup>.

Para o modelo liberal clássico o multiculturalismo significa separatismo, apresenta-se como o inimigo da integração, essencial para a sobrevivência da sociedade, para que esta não se desintegre e se mantenham os valores fundamentais da sociedade de acolhimento. Deste modo, o multiculturalismo não se apresenta como uma opção porque, acusa-o o liberalismo clássico, compartimenta as culturas dentro da sociedade, com os seus guetos e marginalização, ou seja, não cria um diálogo entre as culturas e conduz a sociedade para o seu fim. O ideal liberal de que todos são iguais e partilham os mesmos direitos, reflecte-se na pretensão de homogeneidade da sociedade, pelo que se espera que quem chega adquira os costumes e modo de vida e abandone os seus traços individuais, o que faz com que este seja um processo unilateral de adaptação. Só com a absorção das minorias é que desaparecerá qualquer tipo de tratamento discriminatório que possa surgir da co-existência de diferentes costumes, línguas, religiões, entre outros. O melhor mecanismo para a protecção dos vários grupos, passará pelo reconhecimento de iguais direitos, civis e políticos para todos, pela defesa de um individualismo abstracto e universalista. Contudo, uma vez que a conduta do Estado pautar-se-á pela vontade da maioria, esta neutralidade é contestável, contudo justificado pelo liberalismo, como essencial para o normal funcionamento do processo democrático.

O respeito pela diversidade cultural tem-se afirmado no âmbito da União Europeia, de forma expressa desde o tratado de Maastricht em 1992 e, subsequentemente com a ratificação da Convenção da UNESCO relativo à diversidade cultural. Enquanto valor fundamental do processo de integração europeu, é figura

---

<sup>5</sup> Isto não significa que o reconhecimento do direito de ser diferente significa a igualdade de consentimento de toda a pretensão de diferença. Para Javier de Lucas “El reconocimiento del derecho a la diferencia no significa el consentimiento, la equiparación de toda pretensión de diferencia. Por mucho que debamos respetar, comprender y juzgar desde los propios universos simbólicos, eso no nos obliga a aceptar como derecho cualquier demanda. Por otra parte, tampoco creo que nos veamos obligados a aceptar como universal (en el sentido de justificado racionalmente como el único preferible y, por lo tanto, digno de la protección que llamamos derechos) por ejemplo, un modelo concreto”, cf. DE LUCAS, Javier – “Diversidad, pluralismo, multiculturalidad”, in Nuria del Viso (coord.) – *Reflexiones sobre la diversidad(es)*, Boletín ECOS n.º 8, Agosto-Outubro, Madrid, Centro de Investigación para la Paz, 2009, p. 5.

<sup>6</sup> Segundo Joseph Raz o multiculturalismo considera que a liberdade individual e a prosperidade dependem de ser um membro pleno de um grupo respeitado e culturalmente florescente. O multiculturalismo, como abordagem avaliativa, está ancorado na crença da interdependência do bem-estar individual e da prosperidade do grupo cultural a que os indivíduos pertencem. Em segundo lugar, o multiculturalismo deriva de uma crença no pluralismo de valores e em particular na validade dos vários valores inscritos nas práticas de sociedades diferentes em muitos aspectos incompatíveis. cf. PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar - *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 367.



presente em tratados e na Carta de Direitos Fundamentais. Contudo, a proclamação da diversidade não está dissociada de restrições, isto porque a responsabilidade para definir e conduzir as políticas culturais é deixada a cargo dos Estados-membros, que não fazem questão de atribuir competências nesta matéria à União Europeia. Desta forma, cabe aos estados membros definir estas políticas restando à União Europeia adoptar medidas de incentivo a programas culturais<sup>7</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais (2007/C 303/01), absteve-se de dispor sobre os direitos das minorias, reconhecendo genericamente, no artigo 22.º, o respeito pela diversidade cultural e referindo no seu artigo 21.º a proibição de toda a discriminação fundada no sexo, raça, cor, origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião, convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade, orientação sexual e nacionalidade<sup>8</sup>. Todavia, este artigo 22.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, não refere qualquer instrumento de Direito Internacional relativo à protecção das minorias<sup>9</sup>. A consolidar esta ausência, temos o facto deste artigo, e ao contrário do que se verifica em relação a outros preceitos, ainda que contenha um princípio geral, não se concretiza no reconhecimento de direitos subjectivos e, como observa Patrícia Jerónimo, não obriga, tão pouco, a União Europeia a promover a diversidade cultural<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. SCHNEIDER, Hildegard; VAN DEN'BOSSCHE, Peter (eds.) - *Protection of cultural diversity from a European and international perspective*, Maastricht Centre for Human Rights, Intersentia, Antwerpia, Oxford, 2008, p. 225. Na prática, estas têm assumido o carácter de programas através dos quais a U.E. apoia projectos propostos quer pelos Estados-membro, como por actores privados ou organizações dentro do quadro dos objectivos políticos estabelecidos a nível europeu, cf. SCHNEIDER, Hildegard; VAN DEN'BOSSCHE, Peter (eds.) - *Ibid.*, p. 225.

<sup>8</sup> Cf. JERÓNIMO, Patrícia - *O Princípio da Diversidade e o Direito da União Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012, texto disponível para consulta em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21650/1/JER%C3%93NIMO.%20P..%20O%20princ%C3%ADpio%20da%20diversidade%20e%20o%20Direito%20da%20Uni%C3%A3o.pdf> [05/10/2012].

<sup>9</sup> JERÓNIMO, Patrícia - *op. cit.*, p. 13. Araceli Mangas Martín, em relação a este artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais, salienta que se destaca pelo facto de não proclamar um direito individual ou subjectivo, consubstanciando um princípio vector da acção das instituições de modo a que quando exerçam as competências que lhe foram atribuídas não interfiram ou impeçam a expressão e o desenvolvimento da identidade cultural. A União assume apenas uma obrigação de não fazer, de não interferir. Não assume uma obrigação positiva de tutelar ou proteger a diversidade ou de proteger aqueles bens e pessoas que precisam de uma tutela especial para evitar o desaparecimento da diferença, resultando, no fundo, num preceito redundante, cf. MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.) - *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 409-413. Stefan Enchelmaier nota que o artigo 22.º parece querer, acima de tudo, sublinhar a proibição da discriminação, que a, dita, diversidade é um valor, independentemente da sua invocação por indivíduos específicos, cf. ENCHELMAIER, Stefan - "Equality rights: market, economy, free competition and rights of equality", in Ruiz Miguel, Carlos (coord.) - *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicación e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 58-59.

<sup>10</sup> JERÓNIMO, Patrícia - *op. cit.*, p. 10.

Perante este facto, a opção passará, pela muito necessária, promoção de medidas contra a discriminação e o racismo. Contudo, e apesar de necessária ao reconhecimento da diferença é analiticamente diferente de uma protecção das minorias. Pela directa correlação com o indivíduo, e pelos valores que subjazem à democracia e ao Estado de Direito, corolário dos países europeus, é possível, neste domínio, a transposição para a prática de medidas legais concretas<sup>11</sup>.

O desenvolvimento de uma política de Direitos Fundamentais da U.E., fundada em medidas de não-discriminação, beneficia indirectamente a diversidade cultural<sup>12</sup>. O que não quer dizer que uma preocupação com os direitos das minorias não

---

<sup>11</sup> Javier de LUCAS destaca que “[N]o habrá interculturalidad efectiva en el orden jurídico y político si no se adopta un punto de vista que supere el tradicional reduccionismo con que se abordan las reivindicaciones de los grupos culturales (y nacionales) minoritarios. [P]uede aprenderse mucho de los errores cometidos en el ámbito internacional a propósito del reconocimiento de las culturas minoritarias en el espacio público. Las limitaciones se advierten incluso en los más recientes desarrollos emanados de la ONU y, lo que nos interesa aún más, del Consejo de Europa y pueden resumirse en la regla áurea adoptada como criterio para excluir la relevancia de la identidad cultural: basta con el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos humanos individuales y de los principios de igualdad y no discriminación. Esto es un error puesto que supone ignorar dos importantes componentes de las reivindicaciones de estos grupos: la protección de la identidad cultural y la garantía de la convivencia en paz”, cf. DE LUCAS, Javier – “Ciudadanía y Unión Europea intercultural” in Prado Rodríguez, Javier (coord.) - *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, Instituto de Estudios Transnacionales, 2001, pp. 142-143.

<sup>12</sup> Em 2000 foram adoptadas duas directivas - a Directiva 2000/43/CE que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica; e a Directiva 2000/78/CE que proíbe a discriminação com base na religião ou nas convicções no emprego e na actividade profissional. Posteriormente, em 2008, foi adoptada a decisão-quadro 2008/913/JAI relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. “Embora a legislação europeia anti-discriminação proíba a discriminação directa e indirecta, esta proibição abrange, no entanto, apenas determinados contextos, tendo sido introduzida para facilitar o funcionamento do mercado interno, cingindo-se assim ao domínio do emprego. Com a introdução, em 2000, da Directiva relativa à igualdade racial, passou-se a incluir o acesso a bens e serviços, bem como o acesso ao sistema público de segurança social. Os nacionais de países terceiros gozam do direito à igualdade de tratamento em, regra geral, as mesmas áreas que são abrangidas pelas directivas anti-discriminação nos casos em que possuem o estatuto de “residentes de longa duração”, nos termos da Directiva relativa aos nacionais de países terceiros (que exige, entre outras condições, um período de residência legal de cinco anos). Estas regras ao abrigo da legislação da UE não impedem os Estados-Membros de introduzir no seu direito interno condições mais favoráveis”, cf. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia - *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, Conselho da Europa, 2010, p. 65.

esteja presente nas resoluções do Parlamento Europeu<sup>13</sup>, apenas, o foco desta preocupação tem estado direccionado para potenciais novos Estados Membros<sup>14</sup>.

Apesar da reserva dos Estados Membros em dotar a União Europeia com mecanismos efectivos para a protecção das minorias, existem princípios, há muito aceites, que postulam direitos reconhecidos ao individuo independentemente da sua procedência e será com base nisto que, através do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que efectivamente teremos uma mais, ou menos, desejável actuação comunitária<sup>15</sup>. Dito isto, dificilmente os Estados abdicarão da sua soberania na determinação das medidas de política cultural a adoptar no seu território em favor da União Europeia. Uma transferência de competências nesta matéria pode até mesmo ser inadequada pela falta de proporcionalidade que possa advir de uma única determinação aplicável a todos os Estados-Membros. Contudo, nada impede que no futuro a União Europeia possa assumir um papel mais definido neste domínio<sup>16</sup>.

Na Europa, a convivência deparou-se com a aprovação de legislações que proíbem o uso do véu integral, merecendo estas ser enquadradas no contexto da multiculturalidade e do multiculturalismo, tal como o entendemos nos dias de hoje. Para o efeito, trataremos a aprovação da legislação na França.

A aprovação deste tipo de legislação não é um fenómeno inédito contudo, inédito é o contexto, o porquê. No ano de 2004 foi aprovada na França uma lei que

---

<sup>13</sup> Como a Resolução de 1981 sobre uma Carta comunitária das línguas e culturas regionais e sobre uma Carta dos direitos das minorias étnicas (JO C 287, de 9.11.1981); a Resolução de 1983 sobre as medidas a favor das línguas e das culturas minoritárias (JO C 68, de 14.3.1983); a Resolução de 1987 sobre as línguas e culturas das minorias regionais e étnicas da Comunidade Europeia (JO C 318, de 30.11.1987); a Resolução de 1990 sobre a situação das línguas nas Comunidades Europeias e a situação da língua catalã (JO C 19, de 28.1.1991); a Resolução de 1994 sobre as minorias linguísticas e culturais na Comunidade Europeia (JO C 61, de 28.2.1994); a Resolução de 2001 sobre as línguas europeias regionais e de menor difusão (JO C 177 E, de 25.7.2002); e a Resolução de 2005 sobre a protecção das minorias e as políticas de combate à discriminação numa Europa alargada (JO C 124 E, de 25.5.2006), cf Patrícia JERÓNIMO – *op.cit.*, p. 14.

<sup>14</sup> Cf. O'NIONS, Helen – *Minority rights protection in International Law: The Roma of Europe*, Ashgate, 2007, p. 88; JERÓNIMO, Patrícia – *op. cit.*, p. 14. Bruno de Witte salienta que “For the EU, concern for minorities is primarily an export product and not one for domestic consumption”. cf. De WITTE, Bruno *apud* O'NIONS, Helen – *op.cit.*, p. 89.

<sup>15</sup> No que respeita à diversidade religiosa, o Tribunal de Justiça pronunciou-se no acórdão *Prais*, que versava sobre a marcação de exames em função de motivos religiosos e faz menção a motivos religiosos em *Torfaen e Schindler et al.* cf. JERÓNIMO, Patrícia – *op. cit.*, p. 24. No entender do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o pluralismo constrói-se, de igual modo, pelo genuíno reconhecimento e respeito pela diversidade e dinâmica das tradições culturais, das identidades étnica e cultural, crenças religiosas, artísticas, literárias e ideais e conceitos socioeconómicos. A interacção harmoniosa entre pessoas e grupos é essencial para atingir a coesão social. cf. *Gorzelik and others vs. Poland* (Application no. 44158/98), 17 /02/2004.

<sup>16</sup> TOGGENBURG, Gabriel - *Minorities (. . .) the European Union: is the missing link an 'of' or a 'within'?*, European Integration, Carfax Publishing, vol. 25(3), September, 2003, pp. 278–279.

proibia o uso de símbolos religiosos nas escolas públicas francesas, de entre estes símbolos encontrava-se o *hijab* (véu islâmico que cobre os cabelos e o pescoço), que desde logo, foi o motivo que levou à criação desta lei, desde que três crianças entraram na escola em 1989 trajando o véu. A justificação, à altura, para a aprovação da lei, prendeu-se com a necessidade de preservar o princípio da laicidade, com as especificidades próprias do laicismo francês, no espaço público.

A separação do Estado de qualquer tipo de religião, culto ou confissão resulta vital para a protecção dos direitos integrantes da liberdade religiosa, uma vez que o Estado deve ser capaz de maximizar a efectividade dos direitos de todos os cidadãos numa condição de igualdade. A neutralidade é a primeira condição da laicidade que demanda o respeito pela diversidade religiosa, a qual não tem influência sobre o Estado. Em França, a consolidação da laicidade produziu-se após uma larga evolução histórica de confrontos entre a Igreja e o Estado, tendo a palavra “laicidade” a sua origem etimológica em 1870 como resultado do debate sobre o ensino não confessional que teve lugar durante esse período<sup>17</sup>.

Desde a Revolução Francesa, a liberdade de religião está garantida constitucionalmente sob o desígnio da liberdade de consciência e liberdade de exercício público de culto, liberdade que não existia desde a derrogação do Édito de Nantes de 1685. Contudo, a laicidade não foi uma consequência imediata da Revolução Francesa estando o regime jurídico dos cultos em França, desde 1905, tradicionalmente definido como o de separação das Igrejas do Estado, sob epígrafe da liberdade de consciência e religião.

A especificidade francesa reside no regime radical de separação que advoga e na sua concepção teórica da laicidade que implica uma neutralidade absoluta do Estado e dos poderes públicos em relação às religiões e confissões religiosas. Pois bem, desde o final dos anos 80, este conceito de laicidade tem sido alvo de novas considerações perante o retorno da questão religiosa com o fenómeno da imigração e, especificamente, com o integracionismo islâmico. As legislações mais significativas, que durante os últimos séculos organizaram os regimes dos cultos na França, não tiveram em conta esta religião, uma vez que esta não se encontrava presente aquando da separação do Estado das Igrejas, e ainda que a presença do islamismo em França seja

---

<sup>17</sup> ARECES PIÑOL, Maria Teresa – *El Principio de Laicidad en las Jurisprudencias Española y Francesa*, Lleida, Ediciones de la Universidad de Lleida, 2003, p. 162.

um fenómeno já decorrente da Primeira Guerra Mundial<sup>18</sup>. Inicialmente, este chegou com mais força ao território francês por via da imigração, de mão-de-obra proveniente do Norte de África. Contudo, a ideia, à altura, era que esta imigração seria de carácter transitório e temporário. Quando esta adquire um carácter estável, a fixação perde o carácter precário, os imigrantes passam a pretender participar na vida social e política pela aquisição da nacionalidade francesa, sem renunciar à sua identidade religiosa e cultural<sup>19</sup>.

A conotação especial do laicismo francês não está na protecção das religiões de uma interferência estadual mas sim na protecção do Estado das reivindicações religiosas. Para isso, o espaço público deve estar livre destas manifestações. A cultura patrimonial pode-se fazer de Catedrais mas a religião deve circunscrever-se ao domínio privado da pessoa. A proibição do *hijab* estabeleceu a intenção dos legisladores de manter a nação unificada: secular, individualista, e culturalmente homogénea.

Recentemente uma nova questão foi suscitada em alguns países, com a aprovação de legislações que proíbem a ocultação da face no espaço público, merecendo especial destaque, o véu integral. Ao contrário do que sucedeu anteriormente com o *hijab*, banido das escolas públicas por colocar em causa o princípio da laicidade, esta questão não se afigura relevante, uma vez que, concluíram que o véu integral não é um símbolo religioso, antes sim, uma medida discriminatória para com as mulheres, que as coloca numa posição de inferioridade perante o homem, e viola os valores da república.

A 14 de Setembro de 2010 o Senado francês haveria de aprovar um acto parlamentar que se traduziria na proibição de ocultar a face no espaço público, acto este que já havia sido aprovado pela Assembleia Nacional de França a 13 de Julho de 2010. No relatório da Comissão Parlamentar, que estudou o véu integral na França, concluiu que o véu integral abrange três categorias de vestuário: a *burca*, que se caracteriza por ser uma vestimenta que cobre todo o corpo com uma rede fina sobre os olhos; o *nihab* cobre todo o corpo, incluindo a face com a excepção dos olhos; e o *sitar*, vestimenta que engloba um véu adicional que cobre os olhos, e luvas, fazendo com que nenhuma

---

<sup>18</sup> Nem o regime de “cultos reconhecidos” por Bonaparte, em vigor durante o século XIX, nem a lei de separação das Igrejas e o Estado de 1905, se preocupou juridicamente com esta religião. cf. ARECES PIÑOL, Maria Teresa – *op. cit.*, p. 218.

<sup>19</sup> ARECES PIÑOL, Maria Teresa – *op. cit.*, 2003, p. 236.

parte da mulher seja visível<sup>20</sup>. De acordo com os especialistas, as origens destas vestimentas remontam a uma época anterior à conversão ao islamismo por parte das sociedades ou grupos que as portam, pelo que apenas o *hijab* pode ser considerado como adequado aos princípios do islamismo<sup>21</sup>. Deste modo, o véu integral não consubstancia uma obrigação religiosa<sup>22</sup> é um sinal de subserviência, de rebaixamento<sup>23</sup>. A nação foi feita para ser una e indivisível. Neste sentido, o véu apresenta-se como um meio de auto-exclusão, uma forma de *communautarisme*, que se traduz pela prioridade do grupo sobre a identidade nacional na vida dos indivíduos. Para o comunitarismo não há uma harmonia entre os dois termos, ou se pertence ao grupo ou se pertence à nação. A dissidência não é vista com bons olhos, e devido a isto, o multiculturalismo, apresenta-se como corrosivo para a unidade da nação. O pluralismo é um facto e não um valor, como o é para o multiculturalismo. Pela unidade a sociedade será mais forte e não só é um direito como também um dever da pessoa, integrar-se na sociedade e respeitar os valores fundamentais da sociedade de acolhimento. Como diz Joan Scott não basta jurar fidelidade à nação, tem de se assimilar as normas da sua cultura<sup>24</sup>. Esta forma de pensar a sociedade é recorrentemente desafiada, especialmente desde 1970, pelos grupos alvo de discriminação que exigem o reconhecimento e o respeito das suas diferenças.

---

<sup>20</sup> Cf. Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 2010, pp. 25-26. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf> [06/10/2012].

<sup>21</sup> Cf. Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 2010, pp. 26-27. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf> [06/10/2012]. E mesmo quanto a este devem ser feitas reservas no sentido em que há dúvidas quanto à real intenção detrás do uso do véu, havendo historiadores que este poderia ter sido, no século VII, uma forma de proteger a mulher num tempo de grande violência.

<sup>22</sup> No mesmo sentido, temos a opinião expressa por Tariq Ramadan. Durante a sua audição, observou que a burca é especialmente de tradição asiática e que o nome foi-se propagando pelo mundo devido à tradição ou experiência afegã. Lembrando ainda que a grande maioria dos estudiosos e sunitas e xiitas actualmente acreditam que o *nihab* e a burca não são uma prescrição islâmica e que o consenso entre os estudiosos é que o véu é mas não a burca cf. Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 2010, pp. 40-41. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf> [06/10/2012].

<sup>23</sup> “M. le Président de la République, Nicolas Sarkozy, affirmait fermement le 22 juin 2009 devant le Congrès du Parlement réuni à Versailles: «Le problème de la burqan'est pas un problème religieux, c'est un problème de liberté [et] de dignité de la femme. La burqan'est pas un signe religieux, c'est un signe d'asservissement, d'abaissement. Je veux le dire solennellement: la burqane sera pas la bienvenue sur le territoire de la République française.»”. Cf. Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 2010, p. 448. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf> [06/10/2012].

<sup>24</sup> SCOTT, Joan Wallach – *The Politics of the Veil*, Princeton University Press, pp. 12-13. Disponível em: <http://www.englishdu.ac.in/uploads/seminars/joan%20scott%20-%20politics%20of%20the%20veil%20-%20introduction.pdf> [05/10/2012].

No quadro francês, aquilo a que assistimos é à consideração de que o secularismo, a laicidade, não são obrigação exclusiva do poder público, mas antes uma obrigação de todos no espaço público. Estas leis, a de 2004 e a de 2010, são o resultado de uma fórmula exagerada de neutralidade do legislador francês. De tanto querer chegar a um ponto de neutralidade foi além deste mesmo entrando na esfera pessoal do indivíduo, confundindo-a com o espaço público, para garantir os tão aclamados valores da república. Particularmente, e para estender a sua autoridade ao domínio privado da pessoa, o legislador francês reclama a autoridade para poder determinar que meios são os legítimos para expressar crenças religiosas. Esta lei é uma violência que rompe com todos os limites impostos pela divisão entre domínio público e domínio privado.

Esta lei anti-discriminatória, tem por objecto a protecção dos direitos da mulher, concretamente o grupo da mulher muçulmana (e dentro deste ainda podíamos destacar o subgrupo da mulher que traja o véu integral), nada mais é do que uma intenção velada de interferir na esfera privada da pessoa e nem é uma muito boa, pelo que será interessante a resposta do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem às demandas futuras que lhe sejam apresentadas. A perseguição do objectivo da lei, nestes termos impositivos em que o uso do véu de acordo com a própria vontade é proibido, é feito à custa de princípios democráticos liberais.

Devemos pois questionar-nos que consequências estas inovações legais importam para a sociedade plural. Esta forma específica incide sobre a esfera privada tendo como mote justificativo, a inserção das várias esferas privadas na esfera pública. A sociedade francesa, concretamente, nunca se considerou uma sociedade multicultural e em grande parte é assim porque encara o multiculturalismo como uma ameaça à identidade nacional e aos valores republicanos. Prevalece a ideia de que a boa convivência exige que todos sejam membros plenos da sociedade, ajustados à realidade francesa. A boa convivência exige que manifestação da diferença se reserve para o espaço privado. No espaço público, para assegurar os valores republicanos e a coesão do tecido social, haverá a rejeição da expressão pública das diferenças culturais.

O multiculturalismo implica uma vontade de conhecer e reconhecer o outro sem medo de perder a própria identidade cultural. Pelo que, elementos como identidade e cultura não podem ser concebido com estáticos. A identidade constrói-se e a cultura transforma-se, influenciando nessa construção. Neste sentido, é necessário terminar com os estigmas, cujos frutos são estas leis, justificadas para uma percentagem ínfima da população.

A protecção da diversidade religiosa tem-se inscrito na história do sistema geral de protecção e da protecção das minorias, contudo, inovações legislativas como estas demonstram como o reconhecimento dos direitos das minorias se afiguram como uma necessidade. Atender às necessidades das minorias, não significa atribuir-lhes uma posição privilegiada, mas antes garantir que grupos que se encontram numa posição desigual em relação à maioria, sejam tratados com igualdade (de facto).

Existe um pavor em relação ao multiculturalismo e ao seu potencial efeito segregacionista, contudo, devemos perguntar-nos se o resultado maior desta medida não será a segregação da minoria islâmica, se esta não consubstanciou mais uma pedra no sentimento de islamofobia que se tem espalhado pela Europa.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AGUIAR DE LUQUE, Luis; REQUERO IBÁÑEZ, José Luis – *Estado Aconfesional y Laicidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- ARECES PIÑOL, Maria Teresa – *El Principio de Laicidad en las Jurisprudencias Española y Francesa*, Lleida, Ediciones de la Universidad de Lleida, 2003.
- De LUCAS, Javier – “Ciudadanía y Unión Europea intercultural”, in PRADO RODRÍGUEZ, Javier de (coord.) - *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, Instituto de Estudios Transnacionales, 2001.
- De LUCAS, Javier – “Diversidad, pluralismo, multiculturalidad”, in Nuria del Viso (coord.) – *Reflexiones sobre la diversidad(es)*, Boletín ECOS n. ° 8, Agosto-Outubro, Madrid, Centro de Investigación para la Paz, 2009.
- ENCHELMAIER, Stefan – “Equality rights: market, economy, free competition and rights of equality”, in Ruiz Miguel, Carlos (coord.) - *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicación e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- JERÓNIMO, Patrícia - *O Princípio da Diversidade e o Direito da União Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012, texto disponível para consulta em



- <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21650/1/JER%C3%93NIMO,%20P.,%20O%20princ%C3%ADpio%20da%20diversidade%20e%20o%20Direito%20da%20Uni%C3%A3o.pdf> [05/10/2012].
- KYMLICKA, Will - *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington D.C., Migration Policy Institute, 2012.
  - MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.) - *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.
  - NETO, Luísa - *Novos direitos ou novos objectos para o Direito?*, U. Porto editorial, 2010.
  - O'NIONS, Helen – *Minority rights protection in International Law: The Roma of Europe*, Ashgate, 2007.
  - PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar - *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, Madrid, Dykinson, 2005.
  - Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 2010. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf> [06/10/2012].
  - ROSAS, João Cardoso - *From Human Rights to Multiculturalism and Back*, Estudio/Working Paper 131/2011.
  - Disponível em: [http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/CienciaPoliticaRelacionesInternacionales/publicaciones%20en%20red/working\\_papers/wp%20cardoso.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/CienciaPoliticaRelacionesInternacionales/publicaciones%20en%20red/working_papers/wp%20cardoso.pdf) [05/10/2012].
  - SCHNEIDER, Hildegard; VAN DEN'BOSSCHE, Peter (eds.) - *Protection of cultural diversity from a European and international perspective*, Maastricht Centre for Human Rights, Intersentia, Antwerpia, Oxford, 2008.
  - SCOTT, Joan Wallach – *The Politics of the Veil*, Princeton University Press.
  - Disponível em: <http://www.englishdu.ac.in/uploads/seminars/joan%20scott%20-%20politics%20of%20the%20veil%20-%20introduction.pdf> [04/10/2012].
  - TAYLOR, Charles – A Política de Reconhecimento in Charles Taylor [et al.], *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, tradução portuguesa de Marta Machado, *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.

- TOGGENBURG, Gabriel N. - *Minorities (. . .) the European Union: is the missing link an 'of' or a 'within'?*, European Integration, Carfax Publishing, volume 25(3), September, 2003.

## **OS TERRITÓRIOS OCUPADOS DA PALESTINA. AUTODETERMINAÇÃO E PERCURSO DEMOCRÁTICO: UMA VISÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE O PROTO ESTADO PALESTINIANO.**

*ANDRÉ GOMES DA SILVA*<sup>1</sup>  
[bandresilva@hotmail.com](mailto:bandresilva@hotmail.com)

### **RESUMO**

O aspecto formal da estrutura jurídico-constitucional Palestiniana tem sido negligenciado, em comparação com as fontes de poder (in)formais radicadas no poder político-partidário.

Não raras vezes, constata-se que o sistema legal dos territórios ocupados é alvo de negligência, facto que potencia a menorização de questões tão relevantes como a influência das agendas internas e externas, no plano da institucionalização, ou as imposições Israelitas em prol da sua lógica securitária.

Apesar do esquecimento ao qual tem sido votado, contrariamente à constante relevância atribuída a situações idênticas, nomeadamente no Iraque e no Afeganistão, o processo de construção constitucional na Palestina situa-se no patamar cimeiro da actividade da Autoridade Nacional Palestiniana<sup>2</sup>.

Através de uma análise do caminho percorrido desde 1993, até ao presente momento, é possível constatar a complexidade de edificação de um Estado que, pura e simplesmente, não existia, especialmente no campo da concepção da sua estrutura jurídico-constitucional, em paralelo com as intensas lutas políticas que, em vários momentos, se confundiram com a batalha pela sobrevivência dos próprios intervenientes.

---

<sup>1</sup> Licenciado em Direito, Pós graduado em Direitos Humanos e Mestrando em Direitos Humanos (Universidade do Minho); Pós graduado em Direito do Trabalho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Curso de especialização em Operações de Paz e Acção Humanitária (Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra). estagiário da Ordem dos Advogados; Formador em Direito, Educação para a cidadania e Socorrismo.

<sup>2</sup> A Autoridade Nacional Palestiniana, fundada em 1994, é a organização administrativa criada para governar os territórios da Cisjordânia e da Faixa de Gaza. Na sua base estiveram os Acordos de Oslo, celebrados entre a Organização para a Libertação da Palestina (OLP) e o governo de Israel.

A Basic Law Palestiniana foi redigida através da intersecção dos poderes locais e regionais, com as pressões das principais potências internacionais<sup>3</sup>. Europeus e Americanos têm perseguido as respectivas agendas, imbuídas de interesses geoestratégicos que, em grande medida, não coincidem necessariamente com os princípios e valores norteadores da Democracia. Se, do ponto de vista Israelita, o principal objectivo do processo de paz visava a imposição da segurança territorial, para os Palestinos o propósito desta demanda residia na conquista da autodeterminação.

A primeira questão que decorre deste tema pretende esclarecer em que medida a conjugação destes interesses afectou o processo de desenvolvimento constitucional e institucional Palestino, especialmente no que concerne aos modelos governativos que se sucederam no seio da Basic Law.

Em segundo lugar, pretende-se abordar a contenda político-constitucional que colocou frente a frente as duas tendências vigentes no decurso do processo, as quais pugnam pela edificação de uma ANP sob a égide de uma lei fundamental e, simultaneamente, por uma entidade Estadual à margem de qualquer supervisão.

A perspectiva constitucionalizada e a visão “des”constitucionalizada<sup>4</sup> representam a encruzilhada de um processo que nunca deixou de ser refém das questões que estão na génese do conflito Israelo-Palestino.

É precisamente sobre estas concepções que se focam as preocupações dos agentes envolvidos, tanto no plano interno como externo. Ao referir à concepção constitucionalista, descreve-se a ideia de um poder executivo limitado e supervisionado, contrariamente a uma visão “des”constitucionalizada que se coloca à margem da separação de poderes e de um modelo alicerçado em freios e balanços.

As restantes questões que aqui se suscitam vêm na senda destes dois pilares, devendo ser analisadas à luz das problemáticas supra referidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Palestina, Israel, Constituição, Democracia, Basic Law.

---

<sup>3</sup> Nathan BROWN, *Palestinian politics after the Oslo accords: resuming Arab politics*, Berkeley, University of California Press, 2003.

<sup>4</sup> Nathan J. BROWN, *Constitutions in a nonconstitutional world: Arab Basic Laws and the prospects for accountable governments*, Albany, State University of New York Press, 2002.

O artigo que se segue visa proceder a uma análise comparada do panorama político e institucional nos territórios da Palestina, com o desenvolvimento do processo de construção constitucional que teve a sua génese a partir da criação da Autoridade Nacional Palestiniana, em 1993, até ao declínio da estrutura jurídico-constitucional, ocorrido em 2007. O artigo debruça-se, inclusive, sobre os vários projectos de textos constitucionais e as respectivas emendas introduzidas à Basic Law Palestiniana, a qual se apresenta como uma Constituição temporária para a estrutura da Autoridade Nacional Palestiniana<sup>5</sup>, até à implementação de um Estado permanente e verdadeiramente autodeterminado.

Do ponto de vista da génese histórica, a Autoridade Nacional Palestiniana resultou dos célebres acordos de Oslo<sup>6</sup>, os quais representaram o culminar de um conjunto de negociações levadas a cabo entre o Estado de Israel e a Organização para a Libertação da Palestina<sup>7</sup>.

No âmbito dos acordos de Oslo, ambas as partes decidiram-se por seguir o caminho em prol da paz, facto que dependia, em grande medida, do reconhecimento mútuo. Os anexos deste acordo espelham um âmbito alargado, embora bem definido, com especial focalização no plano da organização eleitoral e da criação de um aparelho diplomático, no campo da retirada das forças Israelitas e da consequente necessidade de formação das forças de segurança Palestinianas, no âmbito da cooperação institucional, nomeadamente no que respeita à economia e às finanças e no próprio desenvolvimento regional. Como contrapartida à legitimação da OLP, enquanto parceira viável do processo negocial com Israel, aquela entidade aceitou reconhecer o direito à existência ao Estado Judaico.

Assumindo-se como uma entidade governativa interina, a ANP encabeçou a administração dos territórios ocupados por um período de transição que não excederia os cinco anos. Findo este ciclo, deveriam ser iniciadas conversações tendentes à

---

<sup>5</sup> ANP

<sup>6</sup> Nathan BROWN, *Palestinian politics after the Oslo accords: resuming Arab politics*, Berkeley, University of California Press, 2003.

<sup>7</sup> A Organização de Libertação da Palestina (OLP) é uma entidade política fundada em 1964. É reconhecida como o único representante legítimo do povo palestino pelas Nações Unidas e por mais de 100 países com os quais mantém relações diplomáticas, tendo recebido o estatuto de observador nas Nações Unidas em 1974. A OLP foi conotada, pelos Estados Unidos e por Israel, como uma organização terrorista até a Conferência de Madrid, em 1991. Em 1993, a OLP reconheceu o direito de Israel à existência, tendo aceite as resoluções da ONU (nº 242 e nº 338), e rejeitado a violência e o terrorismo. Em resposta, Israel reconheceu oficialmente a OLP como representante do povo Palestino.

efectivação do estatuto Palestino, compromisso que não logrou ser cumprido. No plano do enquadramento legal, a OLP obrigou-se a erigir um modelo jurídico-constitucional sob a égide da denominada Basic Law, a qual seria adoptada como elemento norteador do novel Conselho Legislativo Palestino e do funcionamento dos respectivos órgãos democráticos, no seio de um proto Estado de Direito e Democrático<sup>8</sup>. Contudo, a projecção da construção constitucional iniciara-se alguns anos antes, nomeadamente aquando da declaração unilateral de independência propalada pelo Conselho Central da Organização para a Libertação da Palestina, em 1988.

O desígnio pró constitucional permaneceria na sombra de uma mera intenção até ao estabelecimento efectivo da ANP, no ano de 1994, momento a partir do qual a OLP lançou a primeira pedra da tão almejada lei fundamental. Aquando da primeira sessão do CLP, no decurso do Verão de 1996, após a realização das eleições gerais Palestinianas, a Basic Law ainda não tinha logrado a sua concretização, facto que proporcionou a mudança na liderança de um processo constitucional que passou, desta feita, para a alçada parlamentar.

Foi neste preciso momento que a liderança da OLP perdeu o controlo absoluto sobre a redacção do sistema legal fundamental, potenciando-se a abertura da discussão a uma sociedade cada vez mais interessada na participação da cidadania maturada, em prol de um sistema político árabe vanguardista.

Em oposição ao poder autoritário patenteado pela ANP, a sociedade civil dos territórios ocupados pretendia edificar um panorama mais inclusivo e participativo, na senda de uma verdadeira Democracia que impusesse reais limitações ao poder político<sup>9</sup>. Foram oito as versões redigidas antes do projecto final, também conhecido por “*First Reading*”. As sucessivas revisões resultaram na denominada “*Third Reading*”, em Outubro de 1997, a qual foi aprovada pelo Conselho Legislativo Palestino.

Durante aquele período surgiram várias contribuições provenientes de peritos, académicos, conselheiros nacionais e internacionais, todavia, o presidente Arafat insistiu em bloquear o processo de ratificação até ao exacto momento em que a pressão da comunidade internacional impôs uma série de reformas, em 2002, às quais se seguiram duas revisões ao texto constitucional.

---

<sup>8</sup> Nathan BROWN, *Palestinian politics after the Oslo accords: resuming Arab politics*, Berkeley, University of California Press, 2003.

<sup>9</sup> Id.,Ibid.

A Basic Law foi redigida no período pós Guerra Fria<sup>10</sup>, durante o qual a comunidade internacional enfrentou a queda do bloco soviético e se preparou para a construção de um novo paradigma alicerçado na recém-criada ordem mundial. A transição democrática dos países de leste implicou a adopção de regimes em que a figura institucional do parlamento pluralista assumia uma posição cimeira e fundamental, ao invés da pretérita lógica baseada no partido único.

Na senda desta revolução de veludo, o mundo ocidental perspectivou a possibilidade de exportar valores e princípios norteadores aos Estados órfãos do antigo regime, facto que foi levado a cabo através do investimento de milhões de dólares nos mais variados pontos do globo. Neste plano, as constituições foram encaradas como um instrumento basilar no que concerne à materialização daquele objectivo.

Do ponto de vista Palestiniano, a sua posição geográfica incutiu-lhe um pendor ocidentalizado, em virtude da presença das grandes potências Europeias, após a queda do império Otomano.

Na primeira metade do século XX, os enquadramentos constitucionais do médio oriente estavam desenhados no sentido de procederem à definição do estatuto de soberania, potenciarem a presença do Estado, através dos regimes administrativos e fiscais, discernirem sobre as problemáticas relativas às sucessões governativas e dinásticas, ou proclamarem as linhas ideológicas dos regimes estabelecidos.

Resumindo, os regimes árabes visavam, essencialmente, a imposição da figura Estadual à margem da limitação ao exercício dos poderes. Por sua vez, a ANP não constitui um Estado, apesar de se enquadrar numa estrutura que apresenta características estaduais. O seu papel consiste em exercer o poder administrativo sobre um território (ainda) indefinido, assumindo-se como a legítima representante do povo Palestiniano, apesar das inúmeras restrições, nomeadamente no plano das relações com Estados terceiros ou do controlo das forças de segurança. A sua relevância tem, contudo, adquirido contornos que a colocam num patamar cimeiro, facto que lhe permite superar e alargar o âmbito das negociações inicialmente celebradas entre a OLP e Israel. Neste sentido, destaca-se o acordo interino de 1995<sup>11</sup>, o qual especificava as limitações jurisdicionais que vigorariam no decurso da fase de transição.

---

<sup>10</sup> Giovanni SARTORI, *Comparative constitutional engineering*, New York, New York University Press, 1994

<sup>11</sup> O acordo interino sobre a Cisjordânia e a Faixa de Gaza, também conhecido como o acordo provisório Israelo-Palestiniano, foi um pacto chave que se debruçou sobre vários aspectos dos territórios

Termos tais como “constituição”, “ministro” ou “governo” foram cuidadosamente evitados no sentido de minorar os intentos independentistas Palestinos, já que o principal objectivo de todo o processo incidia, essencialmente, sobre a demanda securitária do Estado Judaico. Foi precisamente esta a lógica que presidiu à centralização do poder da ANP nas mãos da OLP, apesar da fragmentação territorial e administrativa. Este facto suscita-me sérias dúvidas sobre a validade da construção constitucional, no âmbito de uma entidade não soberana como a ANP.

Consequentemente, o meu interesse reside na tentativa de edificação constitucional e institucional e não propriamente no seu potencial sucesso democrático. Em que medida as lutas pelo poder e pela autodeterminação, no contexto da Autoridade Nacional Palestiniana, foram determinantes no seio de todo o processo? Até que ponto a intervenção externa conduziu as opções político-constitucionais nos territórios ocupados da Palestina? Será possível aferir o percurso de construção institucional Palestino segundo os cânones da ciência jurídico-constitucional?

Ao analisar a sistematização dos textos constitucionais, foi possível descortinar a evolução do panorama institucional e constitucional nos territórios ocupados, tendo sempre presente as divergências entre os objectivos apregoados e a letra da lei, problemáticas às quais se juntaram as intersecções das mais variadas fontes de influência. Se, por um lado, o Roadmap foi imposto aos Palestinos pelo Quarteto, muitas das suas provisões derivaram de ideias locais. Por sua vez, estas últimas foram influenciadas por peritos internacionais. De modo a avaliar-se a forma como se chegou ao texto actual, importa ir além da letra da lei e é precisamente neste ponto que o *background* político, militar, social e diplomático é chamado à colação.

Um dos objectivos primordiais deste artigo pretende demonstrar a forma como os interesses convergentes dos agentes internacionais, e dos actores políticos internos, influenciaram o panorama constitucional Palestino. A principal focalização incidiu sobre as relações intra-institucionais, após a emenda constitucional da Basic Law, em 2003. Daqui decorreu uma questão fulcral que consistia em discernir sobre o percurso constitucionalista ou “*des*”*constitucionalizado*, levado a cabo pela Autoridade Nacional Palestiniana.

Para além desta questão, urgia avaliar o escopo da emenda efectuada em 2003, aferindo o carácter meramente formal ou substancial da reforma.

---

ocupados. Este acordo foi assinado em 1995 por Arafat, Rabin e Clinton, representantes da Palestina, de Israel e dos EUA, respectivamente.



Os actores políticos internos e externos perseguiram três estratégias constitucionais, com o intuito de alcançarem os seus objectivos. Estas resumiam-se ao exercício de uma magistratura de influência que passava pela negligência do paradigma constitucional, ou pela interpretação favorável do enquadramento legislativo.

Anteriormente à eleição e ao estabelecimento do CLP, em 1996, a OLP pretendeu assumir a tarefa de construção da novel Basic Law, a qual iria maximizar a flexibilidade da actuação executiva, em prejuízo de um parlamento debilitado e vagamente definido, do ponto de vista das suas competências<sup>12</sup>.

À medida que a construção institucional evoluía, a OLP perdia gradualmente o controlo sobre um processo que caminhava em prol da constitucionalização e da democraticidade do porvir institucional. Os sucessivos avanços e recuos protelaram a ratificação da Basic Law até 2002, contudo, a primeira emenda ocorreu pouco mais de um ano depois, com o claro objectivo de reformar e solidificar o governo, para além de visar a consolidação das forças de segurança.

A comunidade internacional fora a fonte da força motriz da actividade reformativa nos territórios ocupados, em parte devido ao facto de se exigir que as suas doações fossem aplicadas de forma racional, para além de existir a clara percepção da debilidade política de Arafat, enquanto líder norteador e moderado.

Embora as forças internas tivessem contribuído decisivamente para o esforço reformador das instituições Palestinianas, os interesses meramente estratégicos, patenteados pelo Quarteto, foram guiados pela incapacidade demonstrada pela ANP, no que respeita ao controlo das facções armadas, ao invés de um genuíno empenho no plano constitucional e democrático.

Enquanto os Palestinianos pugnavam pela responsabilização do velho líder árabe, as potências estrangeiras pretendiam usurpar o seu poder. A emenda de 2003 proporcionou o surgimento da figura de um primeiro-ministro e a conseqüente redistribuição do poder institucional, com claro pendor à primazia do executivo governamental. Este facto veio alterar a correlação de forças, no âmbito de um conflito constitucional que já não se resumia à presidência e ao parlamento mas, inclusive, ao chefe de Estado e ao governo. Arafat rapidamente transmitiu uma imagem reformista, no entanto, as suas verdadeiras intenções bloqueavam a reestruturação de um sistema

---

<sup>12</sup> Nathan BROWN, *Palestinian politics after the Oslo accords: resuming Arab politics*, Berkeley, University of California Press, 2003.

político que caminhava em prol do semi-presidencialismo, em detrimento do presidencialismo.

O desaparecimento de Yasser Arafat contribuiu para o ressurgimento de Mahamoud Abbas, personalidade conotada como moderada no contexto internacional, como tal, deixou de se estar perante a necessidade de propugnar por reformas limitadoras da actividade presidencial. Sob a égide dos mandatos presidenciais de Arafat e Abbas, tanto o parlamento como o governo não foram capazes de superar o poderio do chefe de Estado, facto para o qual contribuiu o parco uso das prerrogativas que a Basic Law proporcionava ao CLP.

No que respeita ao executivo, as suas competências foram, não raras vezes, violadas pelos líderes da ANP, tal como por figuras cimeiras da burocracia e do aparato militar Palestino. Apesar das intenções propaladas, as emendas não foram capazes de instituir governos coesos. Inicialmente aplaudido como um verdadeiro reformista, Abbas emergiu no cenário político dos territórios ocupados, devido às políticas levadas a cabo nos sectores da Justiça, da diplomacia e da segurança. Estas medidas foram, contudo, sistematicamente questionadas pelas constantes lutas internas no seio da sua força política, a qual se apercebeu que a abertura democrática perigava o respectivo predomínio sobre as instituições Palestinianas.

As agendas reformistas politizadas, patenteadas pelas várias facções, aliadas à polémica política externa do governo encimado pelo Hamas, resultaram na cessação do apoio internacional.

No balanço entre o apoio ao CLP (constituído maioritariamente pelo Hamas) e à implementação de medidas suscitadas pela presidência, as quais violavam a competência parlamentar, o Quarteto incentivou o cometimento de graves ilegalidades à Basic Law<sup>13</sup>. A emenda da Basic Law, datada de 2003, acabou por não ser capaz de fazer valer a sua essência redistribuidora e legitimadora, mesmo após a morte de Arafat. Como tal, esta reforma não pode ser avaliada à luz de um processo global e sistemático verdadeiramente significativo.

A erosão à qual foi votada culminou com o retorno da Basic Law ao presidencialismo, facto que comprovou a total falta de estratégia e de comprometimento perante um projecto constitucional uno e coerente.

---

<sup>13</sup> Nathan J. BROWN, *Requiem for palestinian reform: clear lessons from a troubled record*, Washington, Carnegie Endowment Democracy and Rule of Law Program, 2007.

Em boa verdade, o contexto político sofreu um sério revés, aquando da vitória do Hamas, nas eleições legislativas de 2006.

A possibilidade de um movimento da oposição lograr conquistar uma vitória eleitoral, contra o poder vigente, comprovou que, mesmo em situações adversas, o cenário político e constitucional Palestiniense não foi capaz de evitar a vontade da soberania popular, quando esta se expressou de forma livre<sup>14</sup>.

Contrariamente à primeira legislatura do CLP, o segundo parlamento, saído das eleições legislativas de 2006, ousou questionar o poder presidencial instituído. Tendo em vista a compensação pela perda da sua influência institucional, a Fatah reorganizou-se em torno da OLP, a qual, por sua vez, suportava a presidência. A partir daquele momento, a reforma de 2003 seria colocada em causa por Abbas e pelo conselho executivo da OLP, através de influências que visavam obter a predominância sobre a interpretação de uma Basic Law inclinada pelos intentos da elite presidencial. Já não se tratava de tomar de assalto um poder legislativo que se encontrava sob a alçada do Hamas, mas de moldar a letra da lei à medida de objectivos claramente definidos.

Por seu turno, o Hamas defendia um enquadramento legal que se afigurava favorável à sua acção governativa. Num cenário de total demonstração de maquiavelismo e pragmatismo político-estratégico, a comunidade internacional apoiou a facção que perigava a legalidade constitucional, contribuindo, desta forma, para o cometimento de um verdadeiro golpe constitucional. Esta afirmação é suportada pelos factos ocorridos no terreno, devido ao redireccionamento dos apoios financeiros para a presidência e a OLP, os quais estavam anteriormente afectos ao executivo governamental. Desta forma, procedeu-se a uma efectiva mudança de paradigma, já que a presidência voltou a encimar o quadro institucional Palestiniense, contrariamente ao que fora feito no passado, com o intuito de enfraquecer a figura de Arafat.

A personalização da política foi directamente apoiada por uma comunidade internacional que actuava em função do rosto que ocupava a cadeira do poder, nos territórios ocupados. A carência constante das doações estrangeiras fazia depender toda a estratégia política, coroando de legitimidade a personalidade que mais facilmente se

---

<sup>14</sup> Nils BUTENSCHØN and Kåre VOLLAN, *Democracy in conflict: report on elections for local councils, president, and legislative council in the occupied palestinian territory 2004-2006*, Oslo, Nordem Special Norwegian Centre for Human Rights, 2006.

adaptasse às agendas do Quarteto. Este foi, precisamente, o principal trunfo de Arafat no decurso da sua liderança.

A análise levada a cabo sobre a emenda de 2003, tal como ao célebre *Roadmap*, demonstra que as reformas atribuíam primazia à organização e à legitimação institucional, face à oposição armada desregrada que não partilhava a mesma visão sobre um processo de paz que fora erigido pela Fatah, pela comunidade internacional e por Israel. As alterações supra referidas pretenderam, também, consolidar determinadas facções e elites, nomeadamente a Fatah e os sectores pacifistas representados por algumas organizações não-governamentais.

Do ponto de vista histórico e geográfico, estes objectivos enquadram-se no denominado constitucionalismo árabe, o qual foi erigido à luz das pressões externas e de intentos maquiavélicos, com carácter personalista ou nacionalista. O contexto político que ladeava a ANP seduzia-a a seguir a via “*des*”*constitucionalizada*. Apesar de apresentarem um relevante enquadramento constitucional, as reformas efectuadas não foram capazes de colmatar os vazios legais, abrindo caminho à governação discricionária.

As actividades legislativas e supervisoras do CLP foram relegadas para segundo plano, em detrimento do robustecimento do papel governativo do executivo, facto que contribuiu para a manutenção de um cenário de défice democrático interno, no seio das instituições Palestinianas. Consequentemente, não constituía surpresa que as actividades institucionais fossem sobrepostas por posições pessoais, ou por grupos de pressão contrários à mudança de paradigma nos territórios ocupados.

Acredita-se que o principal ataque à construção democrática na Palestina deveu-se ao total desrespeito demonstrado pelos vários actores, no âmbito dos resultados eleitorais de 2006, os quais elevaram o Hamas ao papel governativo e legislativo.

A história que se escreveu, após os eventos ocorridos entre 2006 e 2007, foi já sobejamente abordada, sendo possível relatar uma Palestina dividida, não só no plano territorial mas, inclusive, do ponto de vista político e ideológico. Actualmente, a Cisjordânia e a Faixa de Gaza encontram-se apartadas administrativamente, encontrando-se o primeiro território sob a alçada da ANP, enquanto o pequeno enclave continua debaixo da autoridade do movimento islamita Hamas. Embora já não se esteja perante um cenário de guerra civil iminente, a situação social, económica e humanitária encontra-se à beira do colapso.

Do ponto de vista institucional, o parlamento Palestino está completamente disfuncional, sendo possível afirmar que nenhum dos governos auto-proclamados se rege com base numa plataforma constitucional.

Recuando no tempo, torna-se fácil perceber a razão pela qual se chegou ao actual estado de sítio nos territórios ocupados. O principal trunfo apresentado por Abbas, para justificar a chamada à colação do Hamas, consistiu no facto de se defender que, uma vez integrado no palco político e institucional, aquele movimento teria de aceitar as regras instituídas. Após a inesperada vitória da oposição islamita, ficou bem patente que o Hamas estava empenhado em respeitar a legalidade constitucional.

O surgimento do famigerado “*Prisoners Document*” enfatizou a mudança de mentalidade no seio das facções oposicionistas armadas, as quais, doravante, bradavam bem alto pelos superiores interesses nacionais encimados pela Basic Law. Este ambiente de aparente unanimidade representava uma oportunidade única e genuína para encarreirar o poder, no âmbito do enquadramento constitucional consensualmente aceite. Paradoxalmente, esta abertura foi aniquilada por uma comunidade internacional mais interessada nos respectivos interesses estratégicos do que propriamente no bem comum do povo Palestino, como tal não constituiu surpresa o regresso ao velho paradigma presidencial, desta feita encimado por Abbas.

Uma das principais barreiras à instauração da normalidade constitucional deve-se aos sistemáticos obstáculos suscitados no seio da ANP, os quais se pautam pelo desrespeito total ou parcial da Basic Law, e pelo funcionamento desregulado dos canais institucionais que evocam fontes paralelas de legitimação (OLP). Ora, a disputa entre o poder presidencial e governamental é um dos calcanhares de Aquiles do sistema constitucional Palestino, sem negligenciar, obviamente, a ocupação Israelita. Apesar de termos assistido à redação e emanação de leis extremamente importantes para o porvir do proto Estado Palestino, a realidade indica-nos que da intenção à prática existe uma distância difícil de percorrer, especialmente quando se constata que os legisladores não se empenharam suficientemente na exacta aplicação dos diplomas legais.

Um desses exemplos é a lei do Tribunal Constitucional, a qual, apesar de todo o alarido provocado em seu redor, não logrou efectivar-se, impedindo que o respectivo órgão fosse implementado. A reforma constitucional, efectuada em 2003, foi gradualmente abandonada, após o desaparecimento de Arafat em 2004, em virtude da

inutilidade que aquela apresentava face a um problema que deixara de existir<sup>15</sup>. A legislação redigida no plano das forças de segurança, um dos principais focos de instabilidade nos territórios ocupados, foi totalmente ignorada pelos próprios chefes daquelas agências, facto que demonstrava o desprendimento daquelas figuras ao espírito da Basic Law. Curiosamente, o resultado das eleições de 2006 tornaria impossível a perpetuação deste estado negligente relativamente à estrutura legal e constitucional. Surpreendentemente, o Hamas estava bem versado sobre a Basic Law, facto que permitiu uma ampla discussão sobre o contexto constitucional entre os membros do CLP, da OLP e da presidência, nos mais variados fóruns.

Ao longo da investigação atinente à construção constitucional e institucional Palestiniana, não limitamos a apresentar os argumentos das várias facções, mas comprovou-se que os argumentos do Hamas se fundavam na letra e no espírito da Basic Law, contrariamente às posições defendidas pela Fatah e pela presidência.

Uma vez ambientado aos usos e costumes da Autoridade Nacional Palestiniana, o Hamas facilmente fez coincidir os seus interesses com o enquadramento legal vigente, devido à posição cimeira assumida pelo governo e pelo parlamento, no cenário político. Do meu ponto de vista, existem três momentos absolutamente cruciais quando nos referimos à última década vivenciada nos territórios Palestinos.

Primeiramente, a dissolução do CLP e a convocação de eleições legislativas antecipadas representou um golpe profundo na confiança democrática. Em segundo lugar, a nomeação de um governo de iniciativa presidencial, sem a devida aprovação parlamentar, destruiu a imagem da independência institucional. E por fim, a imposição de uma nova lei eleitoral, através de decreto presidencial, deitou por terra o respeito devido à Basic Law. Em todas as circunstâncias referidas, defendeu-se uma posição segundo a qual o enquadramento legal apresentava lacunas que necessitavam de ser preenchidas, quando na verdade a letra e o espírito da lei estavam bem expressos.

O resultado final implicou o retorno ao modelo “*des*” *constitucionalizado*, no qual o presidente actua independentemente das estatuições da Basic Law, apoiando-se num primeiro-ministro que está à margem da supervisão parlamentar. Este cenário suscitou uma declaração de profundo desagrado por parte do membro do CLP, Hassan Khreih: “*There is no longer anything legal in the Palestinian arena, the only legal*

---

<sup>15</sup> Mushtaq Husain KHAN, *Evaluating the emerging Palestinian state in State Formation in Palestine: viability and governance during a social transformation*, London, Routledge Curzon, 2004.

*entity which remained was the PLC. However, the PLC has now fallen prey to the Hamas – Fatah disagreement”<sup>16</sup>. Não existe razoabilidade prática na busca de legitimidade política à margem do enquadramento constitucional, mas quanto mais se ouve falar em legalidade nos territórios ocupados, maior é a sua violação.*

A partir do exacto momento em que Abbas demitiu o governo democraticamente eleito do Hamas, de acordo com uma suposta prerrogativa presidencial, o presidente da ANP iniciou um processo tortuoso com contornos complexos. Jamais saberemos se uma possível aceitação da derrota eleitoral, por parte da Fatah, traria consequências para o porvir da causa Palestiniana, mas é possível constatar claramente as sequelas da destruição do edifício institucional e constitucional fragilmente erigido na Palestina.

Em última instância, o potencial da Basic Law não logrou ser testado, permitindo que as querelas internas e as pressões externas convergissem no caminho da “*des*”*institucionalização*, da personalização e da criação de reformas meramente superficiais no seio da ANP. Presentemente, o conflito Israelo-Palestiniano encontra-se num verdadeiro impasse. Confrontados com a paralisação do processo de paz, os Palestinos assistem à diminuição gradual dos seus territórios, na senda da construção dos colonatos Israelitas, os quais implicam a presença do Tsahal. Oslo resume-se a um mero acordo assinado por personalidades emblemáticas desaparecidas<sup>17</sup>, não existindo, actualmente, nenhum plano que permita alvitrar o regresso ao espírito que lhe deu o ser.

A sistematização das violações do Direito Internacional, nomeadamente no plano da ocupação estrangeira, das punições colectivas aplicadas ao povo Palestino, dos cercos sucessivos nos territórios da Cisjordânia e de Gaza, ou dos ataques das milícias islamitas, excluem este conflito de qualquer solução negocial. O enfraquecimento da liderança norte-americana implicou o desvanecimento da mediação de paz, facto que não foi seguido pela responsabilização dos restantes actores internacionais, com especial relevo para a União Europeia. Ousa-se afirmar que já ninguém acredita na resolução deste conflito, sob a égide de um processo de paz. A sua eternização descredibilizou todos os intervenientes, não sendo expectável que os carrascos do passado venham a ser os respectivos patrocinadores.

---

<sup>16</sup> Declarações do vice-presidente do CLP, condenando a ingerência de Abbas no proceso legislativo. Acessível em <http://www.maanneews.net/en/index.php?opr=ShowDetails&ID=24735>

<sup>17</sup> Refere-se a Rabin e a Arafat, líderes do Estado de Israel e da Palestina, respectivamente, e principais impulsionadores do processo de paz.

Em boa verdade, o conflito Israelo-Palestiniano deita por terra a ideia peregrina segundo a qual todas as querelas são susceptíveis de resolução à mesa das negociações. A paz implicaria abdicar de velhos ódios ou de intentos territoriais hegemónicos, facto que não resulta de mais de seis décadas de sangue, suor e lágrimas. Os últimos meses trouxeram, contudo, uma mudança de atitude, por parte dos Palestinos, face ao impasse vivido com Israel. Consciente da inutilidade do processo de paz, a liderança Palestiniana logrou libertar-se do jugo que lhe impunha uma barreira impeditiva de pugnar pelo reconhecimento do seu Estado. Existem vários motivos que podem ser apontados para a assunção de uma nova estratégia.

Se por um lado a liderança Palestiniana, encimada por Abbas, se via a braços com a crescente frustração de um povo que assistia ao fervilhar da Primavera Árabe, por outro deparava-se com o enfraquecimento do apoio prestado a Israel, por parte do seu aliado norte-americano. Jogada de mestre ou mera acção de sobrevivência política? Independentemente da sua caracterização, os Palestinos lograram encostar, de uma só vez, Israel e os Estados Unidos da América a um beco político-estratégico. Aproveitando-se da promessa eleitoral de Obama, relativamente ao reconhecimento de um Estado Palestino, Abbas avançou perante uma comunidade internacional receptiva ao clamor libertário do povo Palestino. Ciente de um império Americano em decadência, a ANP não receou uma eventual resposta por parte de Israel, já que este Estado pouco poderá fazer sem o suporte dos E.U.A.

Após uma intensa ofensiva diplomática, Abbas conquistou a esmagadora maioria da comunidade internacional, e embora esteja perfeitamente ciente do veto americano ao pedido de reconhecimento, no seio do Conselho de Segurança, a liderança Palestiniana sabe que criou uma situação de facto irreversível.

A elevação do estatuto da ANP, no âmbito das Nações Unidas, representará um passo decisivo em prol do reconhecimento do tão almejado Estado e do outro lado da barricada, Israel apenas poderá vociferar a sua raiva, do alto do seu crescente isolamento internacional.

Quanto aos Estados Unidos da América, a sua posição perante o mundo já não suscita medo e espanto, após as duras derrotas militares no Iraque e no Afeganistão. Abbas apostou na velha máxima segundo a qual não é possível parar um combóio em andamento e desta forma logrou sobreviver politicamente, para além de ter levado a cabo um verdadeiro *xequete-mate* às amarras de um processo de paz caduco. Paradoxalmente, o actual panorama demonstra um Estado Israelita cada vez mais



prisioneiro do conservadorismo religioso e político, contrariamente a uma Palestina que procura envolver-se no palco internacional.

Do ponto de vista político, a Palestina tem assistido a várias tentativas de aproximação entre as principais facções, embora ainda não tenha sido possível reunir a Fatah e o Hamas sob a égide de um governo de unidade nacional. Uma eventual unificação política passará, inevitavelmente, pelo compromisso das forças políticas mais representativas do povo Palestino e pela reactivação da legalidade Constitucional, norteada pela separação dos poderes e do *empowerment* parlamentar. A comunidade internacional terá de aceitar a presença do Hamas no jogo político Palestino, propiciando a sua responsabilização, à imagem e semelhança do que sucedeu com a OLP, nas décadas de 1980 e 1990.

O processo de construção constitucional e institucional Palestino deverá chamar à colação todos os intervenientes políticos e sociais daquele território, permitindo que as mais diversas facções se sintam incluídas neste processo, evitando-se eventuais boicotes derivados da exclusão sectária. À Basic Law exigir-se-á que se assumam como o alfa e o ómega da realidade jurídico-política do futuro Estado Palestino, contrariamente ao mero papel instrumental que tem caracterizado a sua existência. Mais do que um mero desejo pela autodeterminação, o reconhecimento do Estado Palestino funda-se no Direito Internacional e numa factualidade que nos apresenta um povo detentor de um território (pese embora a sua ocupação), o qual se alicerça em instituições internacionalmente reconhecidas.

Mas como se concebe uma constituição sem Estado e instituições soberanas desprovidas de uma efectiva soberania? Esta é apenas algumas das dificuldades suscitadas a todos aqueles que abordam a problemática Palestina, especialmente quando se confrontam com uma realidade que apenas se socorre dos instrumentos jurídico-constitucionais de modo a fazer valer a sua luta pela autodeterminação.

## **PROCESSO NEGOCIAL OU UNILATERAL E O DIREITO INTERNACIONAL**

Encimados pela ANP, os Palestinos têm pugnado pelo estabelecimento de um Estado independente que incluía a Cisjordânia, Gaza e Jerusalém oriental, contudo, duas décadas de negociações falhadas resultaram na frustração daquele intento, com prejuízo para as conversações Israelo-palestinas que findaram no último ano.

Assumindo uma nova postura unilateral, os Palestinos enveredaram pelo caminho da diplomacia, solicitando o reconhecimento individual aos Estados da comunidade internacional, baseado nas fronteiras de 1967, tal como estipulado nas resoluções das Nações Unidas.

Actualmente, a Palestina exige a sua admissão à ONU, como membro de pleno direito, facto que implica a alteração do actual estatuto, o qual apenas atribui à OLP uma posição de mero observador. Tal facto resultaria no acesso da Palestina às agências da ONU, aos tratados de Direito Internacional, tal como o *International Criminal Court*, no seio do qual poderá accionar Israel pela ocupação ilegal, entre outros crimes contra aquele povo árabe. Os procedimentos de reconhecimento são claros, no âmbito do Direito Internacional.

Primeiramente, os Palestinos necessitarão da aprovação dos 15 Estados-membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em seguida, a recomendação do Conselho exige a aprovação de uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia-Geral da ONU, facto que, do ponto de vista Palestino já está garantido. Inicialmente, o presidente da ANP, Abbas, submeteu a proposta ao secretário-geral da ONU, Ban Ki-Moon, em 23 de Setembro de 2011, o qual, por sua vez, a entregou ao Conselho de Segurança. Neste sentido, o C.S. deverá reunir nove votos favoráveis, num total de 15 membros, com uma importante ressalva: nenhum dos membros permanentes poderá vetar o pedido, posição que já foi assumida publicamente pelos E.U.A.

Relativamente ao Reino Unido e à França, estes países já expressaram a sua abstenção, já que não podem votar favoravelmente devido ao facto de não terem reconhecido, ainda, a Palestina do ponto de vista bilateral. Apesar do veto Americano, os Palestinos dispõem de uma segunda opção que, no entanto, não resultará na adesão plena à ONU. Através da submissão de uma resolução à Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), esta será alvo de um debate, seguido de uma votação que exigirá a obtenção de uma maioria simples, sem a possibilidade de veto. Um possível *upgrade* do estatuto da Palestina, no contexto da ONU, pode, contudo, suscitar algumas questões prévias, especialmente no campo da representação da imensa diáspora de refugiados, competência que, presentemente, está entregue à OLP.

Outra das questões suscitadas prende-se com o facto de se pretender saber se será possível manter o nível de representação, ou se irá proceder a alguma mudança neste campo.

Considerando as críticas supra referidas, relativamente à dualidade de poder no contexto institucional e constitucional Palestino, se é favorável à transferência de poderes de representação para a ANP, ao nível da representação dos refugiados, já que se daria um importante passo, no sentido de unificar as estruturas de poder dos territórios ocupados.

De acordo com os recentes dados, o reconhecimento do Estado Palestino, tal como a adesão ao posto de membro de pleno direito da ONU, congrega o apoio de 126 Estados. Dispondo de duas vias, a liderança Palestina pode optar pela apresentação do pedido ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (C.S.) ou à AGNU, embora o apoio do segundo órgão possa exercer uma importante pressão sobre os membros permanentes com direito a veto, no Conselho de Segurança. O apoio internacional, relativamente a um Estado Palestino baseado nas fronteiras de 1967, afigura-se como um relevante trunfo que se alicerça nas prévias resoluções da ONU.

Relembre-se que a Resolução nº 242, do C.S., emanada na sequência da guerra dos seis dias, exige a retirada das forças armadas Israelitas dos territórios ocupados, apesar da oposição do Estado Judaico. Esta rejeição é sublinhada pelo actual primeiro-ministro Israelita, Benjamin Netanyahu, que exige a definição de novos trâmites para futuras negociações, apesar da posição do seu aliado internacional, ou seja, os E.U.A.

Recentemente, Netanyahu qualificou como “irrealista” a exigência de Barack Obama face ao respeito pela Resolução nº 242, devido à evolução no terreno que criou uma situação de facto plasmada no meio milhão de Israelitas que vivem em 200 colonatos, tanto na Cisjordânia como em Jerusalém oriental. Sublinhe-se que estes colonatos são ilegais, à luz do Direito Internacional, embora Israel insista em renegociar este ponto através de uma eventual troca de terras. Em seu favor, os Palestinos alegam que a adesão como membro de pleno direito fortalecerá a sua posição negocial com Israel, especialmente nos assuntos atinentes ao estatuto de Jerusalém, aos colonatos, à localização das fronteiras, ao direito de regresso dos refugiados, à questão securitária e ao controlo dos recursos naturais.

Em contrapartida, Israel defende que este acto unilateral representa um obstáculo ao processo negocial, em virtude de uma alegada pressão inaceitável.

Outro dos obstáculos prende-se com o impasse no campo dos acordos de paz, porém, os Palestinos defendem que o seu projecto define um plano com datas precisas, em linha com as metas estipuladas pelo Quarteto, grupo que apontava a resolução desta

questão para Setembro de 2011. Em defesa do projecto Palestino, o primeiro ministro da ANP, Salam Fayad, veio alegar que a construção institucional e constitucional nos territórios ocupados foi bem sucedida, como tal chegado é o momento do reconhecimento internacional.

A este respeito, tanto o Banco Mundial como o Fundo Monetário Internacional já confirmaram esta evolução. Perante tudo o que foi alegado até ao momento, surge uma questão legítima: qual a diferença deste pedido em comparação com as iniciativas do passado? Em 1988, o histórico líder Palestino, Yasser Arafat, declarou unilateralmente o Estado Palestino, de acordo com as fronteiras de 1967. Logo de imediato, uma centena de países apoiou esta decisão, com especial relevo para os Estados árabes, socialistas, e não-alinhados, embora esta declaração carecesse de reconhecimento formal, ao abrigo do Direito Internacional, facto que poderá ser obtido através da ONU.

A nova atitude Palestina visa, essencialmente obter o reconhecimento, ao abrigo do Direito Internacional, ciente da precariedade do processo negocial, sem, contudo, abandoná-lo. A obtenção do apoio internacional colocará os Palestinos em posição de destaque perante Israel, Estado que ficará praticamente isolado no cenário mundial. De uma posição radicada na luta armada, a Palestina passou a manobrar os bastidores da diplomacia e do Direito Internacional, ferramenta essencial no que respeita à legitimação de todas as causas.

## **UM CONTRIBUTO PARA A PAZ**

Actualmente quedam por solucionar três questões fulcrais no plano do conflito Israelo-Palestino. A questão territorial situa-se precisamente no olho deste furacão. Neste âmbito, atribue-se especial enfoque ao respeito pelas fronteiras assentes no período anterior à guerra de 1967, à problemática dos colonatos Israelitas nas zonas Palestinianas, nomeadamente na Cisjordânia, tal como ao estatuto da cidade de Jerusalém.

De uma questão relativamente assente na retirada das populações civis e, conseqüentemente, das forças militares, Israel passou a reiterar a sua aposta na manutenção e no incremento do seu “espaço vital”, na Cisjordânia.

Os prazos previstos nos acordos de Oslo foram sucessivamente ignorados, representando, actualmente, letra morta. O adiamento da resolução do estatuto de

Jerusalém baseou-se, a nosso ver, numa eventual abertura para a paz que decorreria de Oslo, como na premência em obter um ponto de partida negocial. Entretanto, a história deixou esmorecer o esforço reconciliatório, com efeito, a cidade três vezes santa permanece como uma questão inegociável, tanto para Palestínianos como para Israelitas.

O retorno dos refugiados Palestínianos aos pretéritos territórios representa outras das controvérsias insanáveis, até ao momento. Augurando possíveis soluções, não se pode deixar de advertir que estas dependeriam de uma total abertura negocial (e de espírito) por parte de ambas as lideranças, as quais deverão assumir as respectivas responsabilidades em nome do bem comum, ao invés dos intentos sectaristas que prima pela mera sobrevivência política. No que concerne à definição territorial, é assente, tanto no plano dos acordos de Oslo, como no campo internacional, que as fronteiras anteriores a 1967 deverão ser respeitadas, não esquecendo a condenação vociferada, pela comunidade internacional, relativamente aos colonatos Israelitas em territórios Palestínianos.

Ulteriores concessões, por parte dos Palestínianos, agravarão a (in)viabilidade do futuro Estado, ressalvando que este carecerá de apoio indefinido por parte da comunidade internacional, caso se pretenda obter sucesso no processo de construção institucional, social e na maturação do enquadramento constitucional. Relativamente à cidade de Jerusalém, propõe-se três soluções:

- a transformação da cidade numa capital unida pelos dois Estados, baseada numa governação conjunta e rotativa ou;
- a divisão da cidade, atribuindo a parte ocidental a Israel e a zona oriental aos Palestínianos, à semelhança do que se passa na actualidade ou;
- a transformação de Jerusalém numa cidade com estatuto internacional, ao abrigo do Direito Internacional, solução proposta e rejeitada no passado.

Quanto ao regresso da diáspora Palestíniana (leia-se refugiados), acredito que apenas será possível ultrapassar esta problemática chamando à colação os países que albergam cerca de cinco milhões de homens e mulheres. O seu retorno é absolutamente impossível e inviável, tendo em conta a alteração da realidade nos territórios Israelita e Palestíniano, após seis décadas de exílio forçado. Restará a indemnização às milhões de vítimas (ou legítimos representantes e descendentes) e, principalmente, a “absorção” daqueles Palestínianos no seio dos países de acolhimento,

atribuindo-lhes a cidadania plena, contrariamente à discriminação com a qual são “contemplados”.

Urge responsabilizar os países da região, tendo em consideração que estes são uma parte integral do problema e da respectiva solução. Não basta bradarem pelo respeito dos direitos inalienáveis do povo Palestino, eximindo-se do “passivo restante”. No que ao Direito diz respeito, considera-se que a maturação do panorama jurídico-constitucional é absolutamente essencial, de modo a obter a pacificação no território, tal como o reconhecimento internacional. Recuperar e colocar a Basic Law no centro da construção institucional e constitucional Palestina tornou-se fulcral, impedindo que aquela se transforme numa mera ferramenta instrumental dos intentos maquiavélicos.

Urge transmitir à sociedade Palestina a vantagem de se reger por um sistema ao abrigo do Estado de Direito e Democrático, possibilitando, desta forma, o combate à corrupção e à sobreposição de poderes institucionais.

O enquadramento legal das forças de segurança, colocando-as ao serviço do povo e não de “feudos” fossilizados, servirá de suporte ao sistema judicial, o qual, por seu turno, logrará impor a Lei e ordem na Palestina. Importa consagrar o Tribunal Constitucional, impedindo que se venha a tornar numa arma de interpretação legislativa ao serviço de qualquer facção. Ao parlamento deverá ser consagrada a base legislativa primordial, sanando quaisquer dúvidas sobre a legitimidade neste campo. Outro pilar da construção do Estado Palestino alicerça-se na função diplomática, considerando que os Palestinos necessitam de pugnar pelo reconhecimento internacional.

Para o efeito, exige-se que aquela tarefa seja consignada constitucionalmente a uma entidade específica, evitando sobreposições institucionais. A separação de poderes é absolutamente crucial, devendo ser adoptado um regime no qual a presidência, o governo e o parlamento (CLP) coexistam com respeito pelas estatuições constitucionais. A presidência deverá ser o fiel da balança do regime democrático, evitando intervenções legislativas excessivas, desrespeitadoras dos restantes órgãos de soberania. Ao governo deverá incumbir a tarefa governativa e, inclusive, legislativa, tal como o papel de representação internacional.

Finalmente, ao parlamento deverá ser entregue a função legislativa e fiscalizadora. Em todo o caso, a facilidade com a qual estas linhas se escrevem escondem mais de seis décadas de obstáculos. Questionado sobre as intersecções destas duas áreas do saber (Direito e Relações Internacionais), responde-se taxativamente que

a questão Palestiniana está impregnada e dependente da concordância de ambas. Se, por um lado, a materialização do Estado de Direito na Palestina é crucial para a obtenção da confiança e do respeito oriundos da comunidade internacional, a componente das Relações Internacionais possibilita compreender a evolução histórica e as respectivas vicissitudes, tão ao jeito do dia-a-dia dos Estados e dos respectivos representantes.

Considera-se que a problemática sobre a diplomacia, amplamente abordada anteriormente, é fulcral para o reconhecimento do Estado Palestino, como tal urge que esta seja dirimida no plano constitucional e institucional. A política internacional só saberá lidar com a liderança Palestiniana se for capaz de reconhecer a legitimidade institucional e constitucional dos seus agentes. Outrora um mero sonho, o reconhecimento do Estado Palestino dispõe, pela primeira vez na história, de um plano concreto.

Quanto ao desejo e aos planos de uma autodeterminação efectiva que possibilitem a existência de um Estado soberano, no qual a justiça, a equidade e o desenvolvimento social sejam uma realidade, acredita-se que seria necessário enveredar pela redacção de uma outra dissertação, embora confesse que não disponho de capacidades sobrenaturais capazes de fazer juízos de prognose insondáveis.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BROWN, Nathan J. *Constitutions in a non-constitutional world: Arab Basic Laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New York Press, 2002.
- BROWN, Nathan J. *Palestinian politics after the Oslo accords: resuming Arab politics*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- CAROTHERS, Thomas and OTTAWAY, Marina. *Uncharted journey: promoting democracy in the middle east*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2005.
- ELSTER, Jon; OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K.; BOENKER, Frank; GOETTING, Ulrike, and RUEB, Friedbert W. *Institutional design in post-communist societies: rebuilding the ship at sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

- FRIEDRICH, Roland. *Security sector reform in the occupied palestinian territories*. Jerusalem: Palestinian Academic Society for the Study of International Affairs, 2004.
- KHAN, Mushatq Husain; GIACAMAN, George and AMUNDSEN, Inge (eds). *State formation in Palestine: viability and governance during a social transformation*. New York: RoutledgeCurzon, 2004.
- HOROWITZ, Donald L. *Constitutional Design: Proposals Versus Processes in The Architecture of Democracy*, edited by Andrew Reynolds. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- PARSONS, Nigel. *The politics of the palestinian authority: from Oslo to al-Aqsa*. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2005.
- ROBERTSON, David. *The Routledge Dictionary of Politics*. 3<sup>rd</sup> edition. London: Routledge Taylor & Francis Group, 2004.
- ROBINSON, Glenn E. *Building a Palestinian State: the incomplete revolution*. Indiana Series in Arab and Islamic Studies. Bloomington: Indiana University Press, 1997.
- RUBIN, Barry. *The transformation of palestinian politics: from revolution to state-building*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SARTORI, Giovanni. *Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes*. New York University Press, 1997.



## DEMOCRACIA NA UNIÃO EUROPEIA

FRANCIELLE VIEIRA OLIVEIRA<sup>1</sup>

[francielle.vieira@gmail.com](mailto:francielle.vieira@gmail.com)

### RESUMO

A democracia na União Europeia comporta algumas particularidades, principalmente em razão da diversidade dos seus cidadãos e da supranacionalidade do seu governo. Assim, para compreender a democracia na União Europeia é preciso antes de tudo fazer um exercício de “mudança de escala”, tal como proposto por Robert Dahl. Somente após este passo podemos verificar: a) como se pode compreender a democracia na União Europeia; e b) como funciona a democracia na União Europeia.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia supranacional; federalismo; democracia procedimental; democracia material.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A discussão em torno da democracia na União Europeia (UE ou União) não parece, *prima facie*, ser uma novidade. Desde o início da integração europeia, mas principalmente a partir do Tratado de Maastricht, a necessidade de provomer uma união política democrática tem centrado o debate de vários estudos académicos, mas não só. A preocupação em torno de um suposto défice democrático na UE tem sido levantada em várias cimeiras entre a Comissão, o Parlamento Europeu e os Estados-Membros, motivadas pela insatisfação demonstrada pelos cidadãos, que se sentem cada vez mais distantes das tomadas de decisões.

Após a tentativa falhada de implementação de uma “Constituição Europeia”, o Tratado de Lisboa, embora tenha reproduzido muitas das soluções vertidas no projeto constitucional, ainda é considerado, pela maioria dos teóricos, inconsistente de medidas suficientemente capazes de legitimar democraticamente a UE. É por isso que mister se persiste analisar o funcionamento da democracia europeia, para verificar

---

<sup>1</sup> *Mestranda em Direitos Humanos*

como se pode promover o seu aperfeiçoamento. Para tanto, importa inicialmente compreender o que é, o que pode e como dever ser a democracia na UE.

## 1. A “MUDANÇA DE ESCALA” DA DEMOCRACIA

Para orientarmo-nos na busca pela compreensão da democracia na UE será preciso perceber que a mesma insere-se num contexto totalmente novo, que supera as fronteiras nacionais e convoca pessoas de culturas bem heterogéneas em seu processo construtivo<sup>2</sup>. Em razão disso, para entendermos a transformação do processo democrático no âmbito da integração europeia, teremos de considerar, antes de tudo, o fenómeno que Robert Dahl denominou de “mudança de escala”<sup>3</sup>.

Ao conceber a democracia, Dahl notou que a mesma podia ser compreendida em grandes transformações históricas.

A primeira delas ter-se-ia dado com o próprio aparecimento do sistema democrático, ocorrido na primeira metade do século V a.C., na Grécia, quando cidades-estados não democráticas (tipicamente aristocráticas, oligárquicas, monárquicas ou mistas) se transformaram em democracias diretas.

A segunda transformação da democracia como um sistema ter-se-ia dado com o surgimento dos Estados nacionais, que passaram a carecer uma democracia em grandes dimensões. A partir de então a democracia deixou de ser direta e passou a ganhar características diferenciadas, tornando-se representativa.

Devido à crescente tendência de descentralização cada vez maior do poder, Dahl afirma que alcançamos a terceira grande transformação democrática: a era da transnacionalidade da política. Em virtude do aumento das dimensões territoriais, algumas adaptações foram necessárias às proporções gigantescas do governo e às dificuldades no controlo do poder. Assim, tanto a participação quanto o controlo democrático tiveram de tomar contornos diversos daqueles reproduzidos nos cenários das cidades-estados ou dos Estados-nacionais.

Esta mudança da democracia a níveis transnacionais demandou uma reconfiguração do contexto democrático, pois se antes os Estados viam-se protegidos de qualquer outra ingerência senão a sua própria, exercendo soberania plena desde a aprovação

---

<sup>2</sup> Cfr. J. J. Gomes Canotilho, no prefácio da obra de Jürgen HABERMAS, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 15.

<sup>3</sup> Cfr. Robert DAHL, A democratic dilemma: System effectiveness versus citizen participation, in *Political Science Quarterly*, v. 109, n.º 1, 1994, p. 23-34.

dos Tratados de Paz de Vestefália, com o “*big bang*” das crescentes formas de circulação e comunicação globalitárias, causadas principalmente pela expansão do mercado internacional, pela evolução tecnológica e pelo aumento dos fluxos de negócios em todo o mundo, os Estados-nacionais já não puderam mais resistir às influências externas. Assim, tanto as ideias de suprema autoridade territorial, quanto a de democracia restrita ao espaço nacional, foram prejudicadas por todos estes acontecimentos. Como nos alerta Paulo Castro Rangel:

O velho Estado enfrenta agora novos atores políticos com pretensões parcelares e fragmentadas de concorrência. A vida política e constitucional deixou de ser unipolar e estatocêntrica, desenrolando-se de ora em diante num palco multipolar e poliárquico. Esta diversidade, diferenciação e heterogeneidade política constitucional corresponde ao advento de novas formas de organização e agregação política das comunidades humanas. Para quem cultiva o espírito liberal e democrático, o grande desafio será sempre o de intuir o modo de fazer sobreviver a democracia e o constitucionalismo ao estertor das formas estatais<sup>4</sup>.

Exatamente pelo que acabamos de expor, não podemos mais pensar a democracia em espaços limitados aos Estados. A globalização, potencializadora da desterritorialização do poder estatal, impõe-nos fazer uma “mudança de escala”, isto é, devemos começar por apreciar outros mecanismos democráticos na era contemporânea: não exclusivamente típicos de uma democracia direta, não só característicos de uma democracia representativa, mas também que comportem elementos que suportem a sua atual transnacionalidade.

Isto significa que na medida em que o poder político é profundamente interconectado em redes múltiplas e complexas a vários níveis (locais, regionais, estatais e supraestatais), surge a necessidade de reconstrução institucional dos espaços democráticos. Já que a satisfação da democracia não pode contar exclusivamente com o poder debilitado dos Estados, resta àquela encontrar soluções alternativas nas dimensões pós-nacionais, através de um novo aparato institucional que deve ser diferente, em muitos aspetos, e talvez “radicalmente diferente das instituições políticas familiares à democracia representativa”<sup>5</sup>.

Esta ideia de democracia extra fronteiras não é, entretanto, uma conceção inteiramente nova. Como sabemos, remonta do desejo kantiano de formar uma “república de nações”. Foi nela que Jürgen Habermas inspirou-se e vislumbrou a possibilidade de transformar a comunidade internacional em uma comunidade cosmopolita. Mas Habermas já sabia que o reino dos fins de Kant adquire um certo

<sup>4</sup> Paulo Castro RANGEL, *O Estado do Estado*, Dom Quixote, Alfragide, 2009, p. 13.

<sup>5</sup> Robert DAHL, *Ibid.*, 1994, p. 27.

vazio quando se espera um alargamento transnacional da solidariedade entre os cidadãos do mundo. Por este motivo Habermas apostou numa *Weltinnenpolitik*, isto é, numa política interna mundial<sup>6</sup>.

Habermas esboçou a formação de um sistema político com vários níveis: nacional, supranacional e transnacional, que numa soma de esforços e vontade de cooperação, formaram a então política interna mundial. Melhor dizendo, este autor concebeu um estágio inicial, qual seja, uma união de Estados em blocos, onde se é possível construir uma organização política e propiciar o desenvolvimento de uma democracia para além daquela praticada em âmbito nacional. Tal democracia que se desenvolve no espaço de blocos regionais, tal como da UE, é chamada de supranacional e estabelece a ponte para a democracia transnacional<sup>7</sup>.

Hoje, porém, é bastante comum teóricos usarem os termos pós-nacional, transnacional e supranacional como sinónimos, pois todas essas expressões traduzem o sentido de uma democracia que ultrapassa as tradicionais fronteiras dos Estados-nacionais. Todavia, o vocábulo supranacional foi preferido pela UE desde o Tratado que estabeleceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), quando se referiu ao *status* independente da Alta Autoridade, conforme se denota do seu artigo 9.º:

Os membros da Alta Autoridade exercerão suas funções com total independência, no interesse geral da Comunidade. No cumprimento de seus deveres, os Estados-Membros comprometem-se a respeitar a natureza **supranacional** dessas funções e a não procurar influenciar os membros da Alta Autoridade no exercício das mesmas (grifo nosso).

Embora tal termo tenha depois caído em desuso, tendo sido pouco utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e nos Tratados subsequentes, alguns trabalhos científicos insistiram na adoção da palavra supranacional com o intuito de referir-se à estrutura organizacional da União, ou seja, com o objetivo de definir um conjunto de características que distinguiu a União Europeia de um Estado e das demais organizações internacionais<sup>8</sup>. Ocorre que nunca houve um consenso quanto ao critério que determina uma ordem ser chamada de supranacional. No entanto, a ausência de um

---

<sup>6</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*, Tradução de Márcio Seligmann-Silva, Littera Mundi, São Paulo, 2001, p. 134-136.

<sup>7</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 117-118.

<sup>8</sup> No mesmo sentido, Sergio FABBRINI, *Che cosa è l'Unione Europea? Istituzionalizzazione e caratteristiche di un sistema politico sovranazionale*, in Gianfranco BALDINI (ed.), *Quale Europa? L'Unione Europea oltre la crisi*, Rubbetino, Soveria Mannelli, 2005, p. 5: “La UE è un sistema político sopranazionale. Essa, cioè, non è (più) una organizzazione internazionale, come era stata prevista nei Trattati di Parigi (1952) e di Roma (1957) che ne sono all'origine, anche se non è un'organizzazione politica assimilabile agli stati nazionali”.

poder coercitivo e de um corpo central de tomadas de decisões empossado de uma soberania tornaram-se elementos decisivos no reconhecimento da supranacionalidade<sup>9</sup>.

Joseph Weiler, de modo diverso, por sua vez, sugeriu a compreensão da supranacionalidade não meramente como uma característica para distinguir a União Europeia de uma organização internacional ou de um Estado. Para ele, a supranacionalidade refletiria o desejo dos cosmopolitas de superar o nacionalismo em dois níveis: a) a nível estatal, a supranacionalidade substituiria a premissa liberal de sociedade internacional por uma comunitária. Assim, a integração europeia não seria simplesmente uma arena neutra na qual os Estados-Membros pudessem maximizar seus benefícios, mas também onde se criasse a tensão entre o caráter nacional e o caráter coletivo; b) a nível social e individual, a supranacionalidade encarnaria um ideal que diminui a importância da nacionalidade como a referência principal para as relações humanas transnacionais<sup>10</sup>.

Neste prisma, a supranacionalidade é encarada como um fenómeno que implica consequências nas relações entre Estados e cidadãos de diversas nacionalidades que se interagem em um espaço político comum. E uma dessas consequências reflete-se na representação a nível supranacional, tendo em vista que os governantes não são apenas os nacionais de um único Estado, mas comporta nacionais de todos Estados-Membros (tanto no Conselho, como no Parlamento Europeu); e, pode-se afirmar, ainda, que outra consequência se traduz na participação, pois os cidadãos de cada Estado não elegem apenas os representantes a nível nacional, mas também a nível supranacional, quando escolhem os deputados ao Parlamento Europeu.

É por isso que os processos decisórios só podem tornar-se legítimos se não limitarem à defesa dos interesses individuais de cada Estado-Membro. Numa comunidade comunitária cosmopolita, como a União Europeia, não pode haver concorrência, mas sim uma cooperação, tal como aquela do dilema dos prisioneiros. Se todos se comprometem a cooperar, não há perdas, mas só ganhos.

Ressalta-se, contudo, que não se verifica na União Europeia, ao menos até o presente momento, uma consciência em prol do “bem comum” (supranacional). Se por uma lado questiona-se muito sobre a falta de uma opinião pública europeia, ou mesmo

---

<sup>9</sup> Cfr. Amayllis VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 135.

<sup>10</sup> Cfr. Joseph WEILER, *Fin-de-Siècle Europe. On Ideals and Ideology in Post-Maastricht Europe*, in D. CURTIN; T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Martinus Nijhoff, Boston, 1994, p. 31-32.

de um espaço público europeu, uma vez que as eleições para o Parlamento Europeu ainda são realizadas a nível nacional, por outro lado, o nacionalismo é um sentimento bastante predominante, que por seu turno tem dificultado a articulação de uma política genuinamente supranacional europeia.

O esboço de uma democracia europeia requer, por isso, uma redefinição não só dos procedimentos democráticos na União Europeia, mas também de um comprometimento solidário entre os Estados-Membros. Isto porque a interdependência global reclama uma confiança a nível supranacional, pois muitos dos problemas atuais já não podem ser resolvidos individualmente. Neste sentido, importa analisar o que já foi feito em termos de democratização na UE, para depois vir a vislumbrar o que ainda é preciso ser feito.

## **2. O ESTADO DA ARTE DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA**

Já se passaram 61 anos do Tratado de Paris, quando Robert Schumann e Jean Monet idealizaram e criaram a CECA. Naquele momento buscava-se apenas uma cooperação de ajuste económico e o estabelecimento da paz na Europa, após todos os infortúnios herdados pela II Guerra Mundial. Mas a experiência da integração europeia não restou estática, ao contrário, operou de modo sempre mais dinâmica e adaptável às necessidades impostas pela era pós-moderna. Daí, de uma simples zona de livre comércio, a UE converteu-se numa união aduaneira e, posteriormente, num mercado comum, até se desenvolver no surpreendente estágio de uma união político-económica e monetária.

Neste momento, verifica-se que os Estados-Membros deixaram de ser uma mera soma de interesses individuais e passaram a reconhecer uma única orientação política e económica proveniente de órgãos supranacionais. O ciclo de uma integração político-económica mais aprofundada beirava a sua conclusão e os Estados-Membros deixavam definitivamente de ter o monopólio das decisões no âmbito interno. Como resultado, os cidadãos foram se afastando cada vez mais da sua capacidade de participação e controlo na vida política.

Esperava-se que este problema fosse resolvido com o projeto do Tratado Constitucional, uma vez que o seu objetivo era o de reforçar a legitimidade e a unidade de ação da UE. O advento de um constitucionalismo europeu ou, segundo Jürgen Habermas, a possibilidade de caminhar rumo a um “constitucionalismo pós-nacional”,

era vista não só como a oportunidade de se alcançar um contexto de comunicação pública que transcendesse as fronteiras até agora limitadas às esferas públicas nacionais, mas também como um passo avante na formação de uma sociedade civil integrada em âmbito europeu<sup>11</sup>. O projeto constitucional, neste sentido, parecia ser o remédio acertado e definitivo para a crise de legitimidade da democracia na UE.

O “não” dos referendos francês e holandês, no entanto, forçaram a UE a continuar com uma prescrição em doses homeopáticas. Ao invés de uma Constituição, entrou em vigor o Tratado de Lisboa. Pese este tratado ter mantido em larga medida as soluções vertidas na Constituição Europeia, faltou-lhe uma ambição refundadora e relegitimadora. E, mesmo o fato de ter sido considerado um tratado materialmente constitucional, como já eram, aliás, os seus antecessores (de Roma a Nice<sup>12</sup>), não foi o suficiente para passar à História como a Filadélfia europeia<sup>13</sup>.

Não entrando propriamente no mérito da questão de saber se o projeto constitucional realmente traria soluções mais plausíveis para a situação latente da democracia da UE, é de todo modo indiscutível que o Tratado de Lisboa trouxe algumas mudanças fundamentais. Uma delas foi que UE passou a ter personalidade jurídica, ou seja, passou a ser uma organização internacional que sucede nos direitos e deveres assumidos pela União e pelos Estados-Membros sobre matérias que integram a sua esfera de atuação.

Com esta prerrogativa a UE tomou para si algumas funções propriamente ditas do Estado, porém sem possuir a competência das competências (a revisão dos Tratados é feita pela unanimidade dos Estados) e os seus Membros continuaram a manter o monopólio da coerção física. Assim, como bem já notava James Caporaso, a União Europeia se afastava cada vez mais da classificação de mera organização internacional, mas em contrapartida assumia sempre mais algumas das funções

---

<sup>11</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, A Europa necessita de uma Constituição, in *A inclusão do outro*, Tradução de George Sperber [et al], Edições Loyola, São Paulo, 2007, p.183-190.

<sup>12</sup> Segundo lição de Jónatas MACHADO, *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2010, p. 26, a doutrina já vinha sustentando uma transformação na natureza do direito da União Europeia no sentido da sua constitucionalização, como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Parti Écologiste ‘Les Verts’ v. European Parliament* (C-294/83, ECR - 1986, 1339). Mas já desde os famosos casos *van Gend en Loos* e *Costa v. ENEL* que o Tribunal já reconhecia uma dimensão constitucional dos Tratados.

<sup>13</sup> Cfr. António VITORINO, *A «casa europeia» de Lisboa*, Relações Internacionais, 2010, p.01, disponível em <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ri/n25/n25a03.pdf>>, (última consulta em 19 de Agosto de 2012).

anteriormente da competência geral dos Estados, tornando a questão da democracia um ponto crucial e difícil de ser resolvido<sup>14</sup>.

Considerando-se portanto que a UE não é um Estado, tampouco se confunde com uma mera organização internacional, alguns estudiosos, como Viriato Soromenho-Marques, preferem concebê-la então como uma federação, isto é:

uma esfera própria, com uma identidade e densidade específicas, a serviço da construção e reconhecimento dos objetivos que materializam o que poderemos designar como interesse geral e comum dos povos, dos Estados e dos cidadãos da Europa<sup>15</sup>.

Uma conceção federalista, todavia, nunca foi bem compreendida na UE. É que a herança histórica dos processos federais provoca, inevitavelmente, num primeiro momento, numa malfadada comparação entre o resultado alcançado principalmente na constituição federalista dos Estados Unidos da América (EUA) com o que se propõe para a UE. Isto porque, pese a salvaguarda da soberania dos Estados-Membros dos EUA, o resultado da sua federalização se deu com a conformação de um Estado sob uma identidade nacional única, fato que transposto à realidade europeia receia muitos dilemas<sup>16</sup>.

Ocorre que, como preleciona Alessandra Silveira, fundamentando-se na doutrina de Carl Joachim Friedrich:

Organizar juridicamente o federalismo não significava necessariamente constituir um Estado de Estados, mas sim regular o processo através do qual duas ordens de comunidades podem coexistir harmonicamente e inclusive transformar-se<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. James CAPORASO, *The European Union: Dilemmas of Regional Integration*, Westview Press, Colorado, 2000, p. 42.

<sup>15</sup> Cfr. Viriato SOROMENHO-MARQUES, *Tópicos de Filosofia e Ciência Política. Federalismo das raízes americanas aos dilemas europeus*, Esfera do Caos, Lisboa, 2011, p. 34-35.

<sup>16</sup> Stefan Oeter, em sua obra, *Federalism and Democracy*, in Armin von BOGDANDY; Jürgen BAST (orgs.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2010, p.56, explica bem o motivo do receio da formação dos «Estados Unidos da Europa»: “In the meantime, the ‘dirty F-word’ in the upper echelons of European politics has become a kind of taboo. What are the reasons for this? «Why has federalism provoked such an obviously irrational response» – a question formulated some years ago by the British political scientist Michael Burgess, a leading authority on the debate – and «why does it continue today to upset even well-informed observers of the evolving European Union?» Burgess identifies primarily – and I find this convincing – a distorted perception of federalist experiences. Federalism constitutes, according to a widespread understanding of the basic experiences of federal systems such as US, Germany or Switzerland, a decisive part of the complex historical process of a state formation and of national integration of heterogeneous polities. Federalism thus seems to be inseparably linked to the dialectical process of forming an own nation and own state. Accordingly, the formation of a federally structured European Union would inevitably end up – this is implicitly assumed – in the formation of a European state, thus dissolving the traditional nation-states and national cultures into the melting pot of a newly formed «European Nation»”.

<sup>17</sup> Alessandra SILVEIRA, *União Europeia: à espera de um “big bang” federal? A propósito do federalizing process* (policopiado).



Esta era a proposta da teoria do *federalizing process*, segundo a qual o fenómeno federal deveria ser visto de maneira diferente, como um princípio dinâmico para a organização da comunidade política, isto é, de acordo com Carl Friedrich:

*Federalism is also and perhaps primarily the process of federalizing a political community, that is to say, the process by which a number of separate political communities enter into arrangements for working out solutions, adopting joint policies, and making joint decisions on joint problems, and, conversely, also the process by which a unitary political community becomes differentiated into a federally organized whole*<sup>18</sup>.

Por este ponto de vista, o federalismo não corresponde à formação de um “Estados Unidos da Europa”, mas constitui um mecanismo através do qual é possível articular-se em diversos graus, segundo a relação entre governos, territórios e cidadãos. O federalismo, assim, dada a sua mutabilidade e fluidez, não deveria ser visto por uma perspectiva estática, apenas como uma forma de organização dos Estados, mas sim como um processo dinâmico.

Acreditamos, por conseguinte, que a UE pode ser concebida através de um federalismo, desde que algumas concepções sejam reinterpretadas. A proposta de um federalismo cooperativo, semelhante àquele apresentado em 1994 pela Comissão dos Assuntos Institucionais sobre a Constituição da União Europeia, no Relatório Herman, poderia ser uma opção. Afinal, ele previa uma dupla legitimidade democrática: a dos cidadãos e a dos Estados. Por esta via, os Estados e a União encontrar-se-iam associados em todas as fases de decisão (cooperação), mas a execução destas decisões seriam essencialmente deixada aos Estados-Membros (descentralização). Ressalta-se, contudo, pese o cerne desta proposta ter vislumbrado um modelo de federalismo para a UE, parece-nos mais ter pretendido favorecer uma política intergovernamental.

Noutro norte, nota-se que grande parte da doutrina observa que a integração europeia por uma perspectiva intergovernamental tem tido a virtualidade de aprofundar a cooperação política e a construção jurídica em áreas que extravasam largamente o domínio económico, em termos porventura mais eficazes do que numa federação<sup>19</sup>. Isto porque num sistema intergovernamental as decisões são concebidas dentro de uma complexa estrutura caracterizadas por redes que representam diversas instituições, governos nacionais, associações, entidades etc., permitindo que um grande número de atores participe na prossecução de objetivos comuns de uma comunidade.

---

<sup>18</sup> Carl FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, The Mall Pall Press, Londres, 1968, p.7.

<sup>19</sup> Cfr. Jónatas E.M. MACHADO, *Ibid.*, 2010, p. 84.

Ocorre, como nos alerta Alessandra Silveira, que o risco deste modelo intergovernamental, no entanto, “é precisamente o da diluição de responsabilidades, visto que dificulta a identificação e distinção das responsabilidades que correspondem a cada instância”<sup>20</sup>. E, como já dizia Norberto Bobbio, em sua obra *O futuro da democracia*, tão importante numa democracia é também a capacidade de controlo da vida política pelos cidadãos. Assim, um projeto como a da UE que visa estreitar cada vez mais a integração institucional-política, mais cedo ou mais tarde sentirá a necessidade de introdução de medidas federalistas<sup>21</sup>.

### 3. COMO COMPREENDER A DEMOCRACIA NA UE

Enquanto um modelo de governação federalista não ganha ainda contornos mais definidos na UE, o que nos resta é analisar a forma como a democracia vem sendo compreendida em seu seu modelo de integração.

Há bastante tempo tem-se debatido que a UE não é considerada democrática principalmente em razão de reservar seu poder normativo a um poder central representativo dos Estados-Membros. Assim seria “a diplomacia e não a democracia que governaria este mecanismo de decisão”<sup>22</sup>. Não de outro modo que J. J. Gomes Canotilho afirma que “quaisquer acordos institucionais degradar-se-ão em cascas vazias da política se não acentuarem as dimensões profundas democrático-igualitárias veiculadoras da solidariedade entre cidadãos”<sup>23</sup>.

Isto quer dizer que para a democracia da União Europeia não ser “essencialmente sustentada e monopolizada pelas elites políticas”<sup>24</sup>, desembocando, como dissemos, numa mera diplomacia entre Estados, deverá promover mecanismos mais eficientes para uma promoção mais igualitária na participação, na representação e na garantia de direitos a todos os cidadãos europeus.

---

<sup>20</sup> Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed., Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 58-59.

<sup>21</sup> Não de outro modo que o federalismo foi mais uma vez defendido por José Manuel Durão Barroso, atual presidente da Comissão Europeia, no seu discurso anual sobre o «Estado da União», em Estrasburgo, no dia 12 de Setembro de 2012. Na mesma ocasião admitiu que uma alteração dos Tratados será necessária e apontou que antes das próximas eleições para o Parlamento Europeu, previstas para Junho de 2014, apresentará um pacote de propostas para o reforço da integração europeia no sentido da sua federalização

<sup>22</sup> Cfr. D.M. CURTIN, *Postnational Democracy. The European Union in Search of a Political Philosophy*, The Hague, Londres, 1997, p. 9.

<sup>23</sup> Cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Ibid.*, 2012, p. 16.

<sup>24</sup> Cfr. Jurgen HABERMAS, *Ibid.*, 2012, p. 109.

Ressaltamos aqui, contudo, que se nos dias de hoje a democracia tem-se mostrado como um elemento *sine qua non* para o estabelecimento da integração europeia, àquela não foi um instituto que acompanhou a União desde o seu nascimento. Nem mesmo quando o Ato de 20 de Setembro de 1976 estabeleceu as eleições diretas para os representantes do Parlamento Europeu, o termo “democracia” foi sequer mencionado no documento. Só no início da década de 80 o TJUE, cautelosamente, começou a usar em seus acórdãos a palavra democracia como um princípio legal<sup>25</sup>. Posteriormente o Tratado de Maastricht introduziu a expressão democracia, porém sua relevância ficou relegada somente para a sexta exposição do Preâmbulo, e no artigo 6.º depreendia-se que àquela estava somente endereçada ao âmbito interno dos Estados-Membros e não propriamente à União.

Mais tarde o Tratado de Amesterdão trouxe a democracia como um dos princípios da União em seu artigo 6.º. Todavia, tal dispositivo era desprovido de uma definição do que poderia vir a ser democracia europeia. As incertezas quanto a um parâmetro concetual de democracia no âmbito da União continuaram a remanescer inclusive pela jurisprudência do TJUE, que em grande parte se absteve do desenvolvimento de uma definição para a mesma, diferentemente do que fez com a maioria de outros termos do direito europeu<sup>26</sup>.

Em sentido oposto seguiu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)<sup>27</sup> ao conceber a democracia em dois sentidos: um substantivo/material (ou maximalista) e outro procedimental/formal (ou minimalista)<sup>28</sup>.

A concepção substancial de democracia foi a primeira a ser consolidada na jurisprudência do TEDH quando delineou a noção de “sociedade democrática” como sendo àquela inspirada nos princípios do constitucionalismo político, ou seja, uma sociedade fundada no respeito aos direitos fundamentais<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Dentre os acórdãos citamos os processos: 138/79 *Roquette Frères v Council* (1980); C-300/89 *Commission v Council* (1991); C-392/95 *Parliament v Council* (1997); T-135/96 *UEAPME v Council* (1998).

<sup>26</sup> Cfr. Armin VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in Armin VON BOGDANDY; Jürgen BAST (orgs.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2010, p. 48.

<sup>27</sup> Este Tribunal não é um órgão da União Europeia, contrariamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mas uma jurisdição do Conselho da Europa, composta por 47 Estados, estando os 27 Estados-Membros da União Europeia incluídos.

<sup>28</sup> Para uma distinção doutrinária mais pormenorizada entre as democracias maximalista e minimalista, José RAMÓN COSSÍO, *Concepciones de la democracia y Justicia Electoral*, Instituto Federal Electoral, México, 2002, p. 13-24.

<sup>29</sup> Cfr. Massimo STARITA, *Ibid.*, 2010, p. 247.

Nestes termos, a jurisprudência do TEDH passou a afirmar que o respeito aos direitos fundamentais constituía uma pré-condição da democracia, de tal forma a defini-los em termos de co-originariedade. Por esta perspectiva, uma sociedade seria democrática, em sentido material, se a mesma reconhecesse e garantisse os direitos fundamentais, debruçando-se no que pode ou não ser legitimamente decidido, no sentido de não se considerar democrática uma sociedade que permite pôr em discussão os direitos fundamentais através de decisões tomadas com base nos princípios da maioria e do sufrágio universal<sup>30</sup>. Aqui a ênfase é dada à proteção da autonomia individual dos cidadãos, promovendo o respeito dos direitos e das liberdades protegidos na Constituição<sup>31</sup>.

Quanto à concepção procedimental de democracia, o entendimento do TEDH foi desenvolvido com base o disposto no artigo 3.º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o qual obriga suas Altas Partes contratantes a “organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo”.

Ocorre que tal preceito da CEDH não era inicialmente percebido pelo TEDH como um direito individual a eleições, mas simplesmente expressava um dever do Estado em promover regularmente eleições<sup>32</sup>. Somente após um longo período este tribunal passou a interpretar o conteúdo do artigo 3.º do Protocolo Adicional da CEDH como que atribuindo um direito em matéria eleitoral aos indivíduos, ou seja, o direito de eleger e o direito de ser eleito, conforme restou depreendido do seu acórdão *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Bélgica*, de 2 de março de 1987<sup>33</sup>.

Em sentido procedimental, portanto, o TEDH concebia democrática aquela sociedade em que as decisões fossem alcançadas segundo o princípio da maioria de um corpo legislativo composto de representantes do povo, eleitos através de eleições livres e iguais e em intervalos regulares. Assim a democracia procedimental estaria

---

<sup>30</sup> Cfr. Massimo STARITA, *Democrazia Deliberativa e Convenzione Europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Franco Angeli Editore, Milano, 2010, p. 246.

<sup>31</sup> Cfr. Massimo STARITA, *Ibid.*, 2010, p. 246.

<sup>32</sup> Cfr. Massimo STARITA, *Ibid.*, 2010, p. 248-249.

<sup>33</sup> O TEDH, através deste caso, confirmou, a partir de então, que os direitos de eleger e ser eleito “are crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law”. TEDH, *Mathieu-Mohin e Clerfayt v. Bélgica*, Processo n.º 9267/81 de 2 de Março de 1987, parágrafos 46-51.

preocupada com “quem está autorizado a tomar decisões e com quais procedimentos”<sup>34</sup>, ou seja, o procedimento seria em si mesmo um bem digno de proteção e estaria relacionado com o princípio da autonomia política dos cidadãos, no qual se afirma que aqueles que são os destinatários do direito participam com igualdade de oportunidades no seu processo de formação.

Passado alguns anos, com o julgamento do caso *Partido Comunista Unificado da Turquia*, de 30 de Janeiro de 1998 (sobre o pluralismo como condição da democracia), o TEDH passou a considerar a democracia como o único modelo político compatível com a CEDH, sugerindo-nos a compreensão de que uma sociedade democrática deve reunir as duas características substantiva e procedimental da democracia<sup>35</sup>.

Não obstante os contributos do TEDH, no intuito de clarificar uma concepção de democracia em dois sentidos, material e procedimental, importa observar que a interpretação articulada neste contexto limitou ao âmbito interno dos Estados. Desta forma, o conceito de democracia apresentado por este tribunal pareceu servir apenas para indicar as exigências mínimas requeridas aos Estados que pretendessem fazer parte do Conselho da Europa<sup>36</sup>.

De qualquer forma, entendemos que como o Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) reafirma os direitos que resultam da jurisprudência do TEDH, então o conceito de democracia substantiva e procedimental desenvolvido por este órgão resulta de fundamental importância para compreendermos a democracia na UE.

#### **4. COMO FUNCIONA A DEMOCRACIA NA UE**

Considerando que a democracia da UE deve tomar forma tanto em sentido material, como procedimentalmente, importa verificar quais mecanismos democráticos estão disponíveis no ordeamento jurídico europeu aos seus cidadãos.

---

<sup>34</sup> Questão também levantada por Norberto Bobbio em sua obra, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 4, em uma “definizione minima di democrazia”.

<sup>35</sup> Cfr. Massimo STARITA, *Ibid.*, 2010, p. 250.

<sup>36</sup> O Conselho da Europa não deve ser confundido com o Conselho da União Europeia, que não é parte envolvida na Convenção (apesar de ter aderido à Convenção pelo Tratado de Roma) e não tem nenhum papel na administração do TEDH. No entanto, a CEDH exerce uma certa influência sobre o Direito na União: por exemplo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União, no seu preâmbulo, “reafirma...os direitos que resultam notadamente...da jurisprudência...do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

O artigo 10.º do Tratado de Lisboa dispõe que a democracia da UE funda-se no princípio da igualdade, no sistema representativo, na participação dos cidadãos europeus e no exercício da cidadania. Assim, (a) todos estão diretamente representados, ao nível da União, no Parlamento Europeu; (b) os Estados-Membros estão representados no Conselho Europeu pelo respetivo Chefe de Estado ou de Governo e no Conselho pelos respetivos Governos, eles próprios democraticamente responsáveis, quer perante os respetivos Parlamentos nacionais, quer perante os seus cidadãos; (c) todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União; (d) os partidos políticos ao nível europeu contribuem para a criação de uma consciência política europeia e para a expressão da vontade dos cidadãos da União.

Por esta lógica, percebemos que a democracia da UE tem uma dimensão procedimental e baseia-se essencialmente no mecanismo da representação indireta. Basicamente, só é possível ao cidadão europeu exercer o direito de escolha dos seus representantes no Parlamento Europeu. E esta escolha acontece no âmbito nacional, pois não existe um espaço público a nível europeu. Tampouco há partidos políticos de expressão supranacional, embora já exista a sua previsão, conforme se depreende do artigo acima mencionado. Evidencia-se, portanto, que a democracia da União Europeia é ainda estritamente vinculada ao procedimento eleitoral de cada Estado-Membro. Neste sentido, convém mencionar que as eleições para o Parlamento Europeu ainda não seguem um procedimento totalmente uniforme, embora o artigo 223.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabeleça alguns princípios comuns a todos os Estados-Membros.

Embora seja possível a escolha dos representantes ao Parlamento Europeu, cabe observar, contudo, como estabelece o artigo 14.º, n.º 1 do Tratado de Lisboa, que o mesmo não exerce exclusivamente a função legislativa e orçamental, mas compartilha esta tarefa com o Conselho. Mas apesar da possibilidade de participar na produção normativa, o Parlamento Europeu ainda não tem competência para propor atos legislativos. Só pela maioria dos seus membros pode solicitar à Comissão que apresente propostas sobre questões de execução dos Tratados. Assim, o Parlamento Europeu continua a exercer, fundamentalmente, funções predominantemente consultivas.

É por isso que alguns estudiosos alegam um défice democrático na União Europeia. E, dentre eles, como Mário Sarcinelli, não veem solução outra que dar ao Parlamento Europeu o poder de ter a última palavra na aprovação de atos legislativos, mesmo em desacordo com o Conselho; ou instituir a eleição direta do Conselho pelos

cidadãos europeus, transformando-o em um órgão representante dos Estados-Membros, numa espécie de Câmara ou Senado, de estrutura bicameral<sup>37</sup>.

Danilo Zolo afirma que uma proposta de semelhante natureza amenizaria ao menos os problemas concernentes à legitimidade, a não-arbitrariedade e ao controlo popular dos governantes e instâncias governativas, pois a União Europeia deste modo sancionaria uma fundação normativa e procedimental baseada em leis voltadas a regular o poder político, garantiria a uniformidade, a validade e a igual aplicação dos aparelhos normativos e, por fim, na sua forma social e constitucional, forneceria aos seus cidadãos os instrumentos de controlo do exercício do poder<sup>38</sup>.

Contudo, acreditamos que uma solução para este problema na democracia da União não reside exatamente nas questões concernentes à representatividade, pois “como bem lembra Renaud Dehousse, uma assembleia de 700 parlamentares não consegue espelhar a complexa constelação de interesse de 500 milhões de europeus”<sup>39</sup>.

Por isso, em contrapartida, Giandomenico Majone sugere uma governança europeia com base em uma extensa delegação de responsabilidades a instituições independentes, como a única maneira de alcançar os melhores resultados na forma de políticas eficientes que distribuem benefícios da identificação de necessidades públicas específicas. Através de uma política reguladora, a União Europeia encontraria a sua legitimidade na transparência e na eficiência de um governo apoiado em uma rede de tecnocratas e especialistas<sup>40</sup>.

Assim, Majone sublinha que o déficit democrático só poderia resultar dos problemas tecnocráticos em relação às tomadas de decisões e à falta de transparência. Neste caso, como as decisões da União ainda são em maior parte amparadas nos seus respetivos sistemas políticos nacionais reconhecidos como democráticos, identifica aí o problema central da questão<sup>41</sup>. Então, a única forma de resolver este impasse seria delegar maior autoridade para instituições supranacionais, reduzindo os custos das tomadas de decisões e utilizando a autonomia e a tecnicidade dessas instituições para

---

<sup>37</sup> Cfr. Mário SARCINELLI, *L'Europa tra realtà effettuale, volontà popolare e opzioni politiche*, in Giandomenico CAGGIANO (ed.), *Studi sull'integrazione europea*, n.º 3, ano III, Cacucci Editore, Bari, 2008, p. 514.

<sup>38</sup> Cfr. Danilo ZOLO, *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 612.

<sup>39</sup> Renaud DEHOUSSE, *Apud*. Alessandra SILVEIRA, *Ibid.*, 2011, p. 53.

<sup>40</sup> Cfr. Giandomenico MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: the question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, n.º1, 1998, p. 21.

<sup>41</sup> Cfr. Giandomenico MAJONE, *Ibid.*, 1998, p. 13.

incrementar políticas de compromisso, diminuindo assim o défice democrático, que ele percebe como um défice de credibilidade nas instituições europeias<sup>42</sup>.

Este modelo, no entanto, pese uma redistribuição de tarefas a diferentes atores, reforçando a comitologia já existente na UE, não esclarece como poderia haver uma maior participação e controlo do cidadão europeu na vida política, deixando ainda obscuro o caminho da democracia procedimental na UE.

No entanto, ao considerarmos que a democracia também subsiste em sua dimensão material, não podemos nos esquecer que a sua completa realização depende da garantia e eficácia de vários princípios e valores, dentre os quais, os direitos fundamentais. Lembremo-nos dos acórdãos do TEDH que só consideravam democrática uma sociedade que respeitasse os direitos fundamentais.

Por esta ótica, podemos afirmar que a UE é uma instituição democrática, ao menos na sua dimensão material. Afinal, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) ganhou efeito jurídico vinculativo à semelhança dos Tratados, em dezembro de 2009. Não despidendo, entretanto, já se destacava a jurisprudência do TJUE, onde podemos ilustrar um grande respaldo jurídico aos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos europeus.

Um dos primeiros casos em que a proteção dos direitos fundamentais foi apreciada pelo TJUE refere-se ao processo C-168/91, *Christos Konstandinis c. Stadt Altensteig-Standesamt e Landratsamt Calw-Ordnungsamt*, no ano de 1992. Neste acórdão foi reconhecido a um nacional de um Estado-Membro não só o direito de livre circulação e de estabelecimento nos termos dos artigos 48.º, 52.º ou 59.º do TFUE, mas também o direito de ser tratado de acordo com um código comum de valores fundamentais, em especial os que constam da CEDH<sup>43</sup>.

Outro caso de repercussão foi o processo C-184/99, *Rudy Grzelczyk*, no ano de 2001, no qual restou compreendido que um cidadão europeu, independentemente de sua nacionalidade, não pode ser privado dos direitos conferidos pelos Tratados aonde quer que esteja residindo, se no seu Estado de nacionalidade ou em qualquer outro Estado-Membro da UE<sup>44</sup>. Ficou patente neste acórdão, que a igualdade, princípio basilar da democracia, é a chave de ouro que permite o acesso aos cidadãos europeus à

---

<sup>42</sup> Cfr. Giandomenico MAJONE, Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance, in *European Union Politics*, vol. 2, n.º 1, 2001, p. 107.

<sup>43</sup> Cfr. Maria Rosa Oliveira TCHING, *O Papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do Estatuto de Cidadania Europeia*, Tese de Mestrado em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Braga, Abril de 2012, p. 88-89.

<sup>44</sup> Cfr. Maria Rosa Oliveira TCHING, *Ibid.*, 2012, p. 98-99.



reivindicação de qualquer direito que lhe é previsto na ordem jurídica da UE. Assim, o *status* de cidadão no sentido de uma democracia material não decorre primeiro do fato de um ser nacional de um Estado-Membro, mas decorre antes da própria cidadania europeia, em razão do respeito à igualdade de tratamento inerente a todos, independentemente da sua nacionalidade.

Uma série de outros acórdãos sucederam a este, reafirmando sempre mais a garantia dos direitos fundamentais na determinação do âmbito de aplicação da cidadania europeia. A igualdade, frisa-se, foi o elemento que determinou a cidadania europeia, no intuito de evitar qualquer tipo de discriminação.

O acórdão *Zambrano*, Processo C-34/09 do ano de 2011, também se destacou no que resguarda à proteção dos direitos fundamentais na UE. Nele foi reconhecido o princípio do nível de proteção mais elevado<sup>45</sup>, permitindo a confirmação do esforço do TJUE em promover ao máximo a democracia em seu sentido material, bem como serviu para comprovar que ser cidadão da UE é ser antes de tudo usufrutuário de um conjunto uniforme de direitos e deveres, no qual os direitos fundamentais desempenham um papel essencial<sup>46</sup>.

Por isso há autores, como Paulo Castro Rangel, que concebe a democracia da União Europeia como sendo essencialmente material. Apesar das eleições para o Parlamento Europeu, como não há uma circunscrição europeia onde a preferência política e a escolha de valores, possa realmente releva como tal, então a democracia europeia destaca-se pela garantia da esfera de liberdades que oferece aos seus cidadãos<sup>47</sup>. Nesta aceção não haveríamos de sustentar um défice democrático, ao menos na democracia em sua dimensão material da UE, haja vista que a expressão máxima da cidadania europeia reflete, na melhor e maior medida, na proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>45</sup> Dispõe o art.º 53.º da CDFUE, sob a epígrafe “nível de proteção”, que “nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”. Ao interpretar este dispositivo, temos que estando estabelecido que não se pode retroceder relativamente ao nível de proteção atingido por cada um dos ordenamentos jurídicos aí referidos, no âmbito das suas competências, isso significa que deve prevalecer o nível de proteção mais elevado. Daí decorre que, se um determinado direito fundamental for protegido por distintas ordens jurídicas, em caso de conflito entre os diferentes níveis de proteção, será de aplicar o que ofereça uma proteção mais elevada ao titular do direito em causa.

<sup>46</sup> Cfr. Alessandra SILVEIRA, *Cidadania e jusfundamentalidade na União Europeia – do argumento de James Madison à jurisprudência Ruiz Zambrano*, in *Estudos em Homenagem a Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013..

<sup>47</sup> Cfr. Paulo Castro RANGEL, *Ibid.*, 2009, p. 31.

## CONCLUSÕES

A democracia da UE comporta inúmeras discussões e neste trabalho ressaltamos apenas algumas das suas peculiaridades, no intuito apenas de promover um debate em torno deste tema.

As questões sobre um déficit democrático europeu não é um assunto pacífico e existe uma extensa bibliografia que tece os mais variados argumentos e discordâncias doutrinárias quanto aos mecanismos mais adequados e eficientes para promover a legitimidade da democracia na UE.

Ainda pairam dúvidas sobre como resolver o problema da representação ou da participação dos cidadãos europeus, mas a resposta para este dilema dependerá muito da forma organizativa que a integração pretender seguir: continuar a investir no intergovernamentalismo ou assumir de vez uma proposta federalista adequada às especificidades governativas e institucionais da UE.

Ao menos verifica-se que as críticas quanto à proteção dos direitos fundamentais são mais amenas. Assim a democracia em sua dimensão material tem contribuído para sopesar as deficiências, no momento impossíveis de serem supridas, numa dimensão procedimental.

De qualquer forma é imprescindível que a democracia da UE seja compreendida na sua exata escala, que corresponde a uma supranacionalidade. Só assim será possível concebermos e construirmos um modelo político-jurídico adequado às particularidades desta nova democracia dos tempos pós-modernos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
- CAPORASO, James. *The European Union: Dilemmas of Regional Integration*, Westview Press, Colorado, 2000.
- COSSÍO, José Ramón. *Concepciones de la democracia y Justicia Electoral*, Instituto Federal Electoral, México, 2002.
- CURTIN, D.M. *Postnational Democracy. The European Union in Search of a Political Philosophy*, The Hague, Londres, 1997.

- DAHL, Robert. A democratic dilemma: System effectiveness versus citizen participation, in *Political Science Quarterly*, v. 109, n.º 1, 1994.
- FABBRINI, Sergio. Che cosa è l'Unione Europea? Istituzionalizzazione e caratteristiche di un sistema politico sovranazionale, in BALDINI Gianfranco (org.), *Quale Europa? L'Unione Europea oltre la crisi*, Rubbetino, Soveria Manneli, 2005.
- FRIEDRICH, Carl. *Trends of Federalism in Theory and Practice*, The Mall Pall Press, Londres, 1968.
- HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*, Tradução de Márcio Seligmann-Silva, Littera Mundi, São Paulo, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição, in *A Inclusão do Outro*, Tradução de George Sperber [et al], Edições Loyola, São Paulo, 2007.
- MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2010.
- MAJONE, Giandomenico. *Europe's Democratic Deficit: the question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, nº1, 1998.
- MAJONE, Giandomenico. Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance, in *European Union Politics*, vol. 2, nº 1, 2001.
- RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado*, Dom Quixote, Alfragide, 2009.
- SARCINELLI, Mário. L'Europa tra realtà effettuale, volontà popolare e opzioni politiche, in CAGGIANO, Giandonato (ed.), *Studi sull'integrazione europea*, n.º 3, ano III, Cacucci Editore, Bari, 2008.
- SILVEIRA, Alessandra. Cidadania e jusfundamentalidade na União Europeia – do argumento de James Madison à jurisprudência Ruiz Zambrano, in *Estudos em Homenagem a Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2011.
- SILVEIRA, Alessandra. *União Europeia: à espera de um “big bang” federal? A propósito do federalizing process* (policopiado).

- SOROMENHO-MARQUES, Viriato. *Tópicos de Filosofia e Ciência Política. Federalismo das raízes americanas aos dilemas europeus*, Esfera do Caos, Lisboa, 2011.
- STARITA, Massimo. *Democrazia Deliberativa e Convenzione Europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Franco Angeli Editore, Milano, 2010.
- TCHING, Maria Rosa Oliveira. *O Papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do Estatuto de Cidadania Europeia*, Tese de Mestrado em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Braga, Abril de 2012.
- VERHOEVEN, Amaryllis. *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Kluwer, The Hague, 2002.
- VITORINO, António. *A «casa europeia» de Lisboa*, Relações Internacionais, 2010, disponível em «<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ri/n25/n25a03.pdf>», última consulta em 19 de Agosto de 2012.
- VON BOGDANDY, Armin; BAST, Jürgen (orgs.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2010
- WEILER, Joseph. *Fin-de-Siècle Europe. On Ideals and Ideology in Post-Maastricht Europe*, in CURTIN, D.; HEUKELS, T. (orgs.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Martinus Nijhoff, Boston, 1994.
- ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

## A EXCEPÇÃO CULTURAL (“CULTURAL DEFENSE”) COMO ESCUSA CRIMINAL: ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA SUA FORMALIZAÇÃO

SAYURI ARAGÃO FUJISHIMA<sup>1</sup>

[sayurifujishima@gmail.com](mailto:sayurifujishima@gmail.com)

### RESUMO

Nos últimos anos, os tribunais criminais do Ocidente têm se deparado com a necessidade de decidir sobre casos onde as partes (em geral, o réu) trazem como argumentos, sejam como escusas totais ou parciais, a influência de sua cultura como motivação para os atos praticados no país que o recebe<sup>2</sup>, previstos como crimes nesta jurisdição. A este tipo de defesa a doutrina chama de “cultural defense”<sup>3</sup> ou “exceção cultural”<sup>4</sup>. Assim como as decisões dos tribunais divergem bastante quanto a considerarem ou não tais defesas, também o faz a doutrina, com argumentos bastante diversos tendendo para lados opostos.

Este artigo pretende expor alguns dos argumentos mais recorrentes e substanciais que embasam cada lado: aquele que se mostra contra o uso da exceção cultural como defesa e aquele que é a favor da consideração pelos tribunais deste tipo de defesa. Num primeiro momento situaremos o leitor dentro do tema “exceção cultural”, para, após, elencar os argumentos mais relevantes trazidos por doutrina autorizada, tanto no sentido contra quanto a favor do seu uso, a fim de que fiquem esclarecidas as suas vantagens e desvantagens. Por fim, concluiremos que os tribunais devem estar abertos a ouvir os argumentos culturais do réu, através da legalização formal da cultural defense, pautando sua aceitação ou não por análises muito minuciosas sobre a legitimidade do argumento e os limites que os direitos humanos impõem a eles.

**PALAVRAS-CHAVE:** multiculturalismo, exceção cultural, diferença cultural.

---

<sup>1</sup> Aluna do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho (sayurifujishima@gmail.com).

<sup>2</sup> Usa-se a expressão “país que recebe” uma vez que, geralmente, as situações estudadas em que se invoca a exceção cultural são de imigrantes. No entanto, usa-se esta expressão em sentido *lato* para abranger também os grupos indígenas, que, não sendo imigrantes, mas nativos daquele território, se proclamam com cultura diversa da dominante naquele Estado.

<sup>3</sup> Alison Dundes RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Rentels (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 61.

<sup>4</sup> Patrícia JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, LX, 326, 2011, p. 348.

## 1. ELUCIDAÇÕES SOBRE EXCEÇÃO CULTURAL

O fim dos anos 1960 e início dos 1970 trouxe consigo as teorias do multiculturalismo, com especial ênfase nos Estados Unidos e Canadá, países reconhecidamente pluriétnicos, lar de populações indígenas e imigrantes de várias partes do mundo. A base ideológica do multiculturalismo é de que os Estados nacionais são obrigados a reconhecer e proteger as culturas dos membros de minorias (étnicas, religiosas ou linguísticas) que vivem em seu território<sup>5</sup>, opondo-se radicalmente, assim, a modelos assimilacionistas, que creem se deve ignorar a diversidade cultural<sup>6</sup>. Apesar do termo “cultura” suscitar uma série de interpretações diversas, neste texto optamos por nos cingir à concepção cultural adoptada por Kymlicka, ou seja, a de cultura (e multiculturalismo) como diferença étnica e nacional – uma cultura como uma comunidade intergeracional, com alguma completude institucional, dividindo um território e uma língua e história distintas. Para ele, um Estado é multicultural (e deve adotar uma política multiculturalista) quando seus membros são de nações diversas e esta diversidade é importante para sua identidade pessoal e sua vida política<sup>7</sup>.

Estas teorias que objetivam um Estado em que se reconheça a identidade cultural de todos os membros, no entanto, focaram-se mais intensamente na relação entre Estado ocidental e indivíduos de cultura diversa. Novos desafios surgem quando nos confrontamos com a relação entre indivíduos de cultura diversa dentro da jurisdição de um Estado, especialmente quando ações ou omissões de um destes constitui um crime segundo as leis do Estado acolhedor. Tais casos têm se tornado recorrente nos tribunais, onde muitas vezes o réu alega que seu comportamento violador das leis penais foi influenciado pelo seu “background” cultural. Este tipo de argumentação defensiva baseada na cultura como influenciadora do ato ou omissão é a exceção cultural.

Renteln, autora bastante reconhecida pela sua produção científica sobre a exceção cultural, a define como uma defesa reivindicada por imigrantes, refugiados e

---

<sup>5</sup> JERÓNIMO, “Direito Público...”, *op. cit.*, pp. 348-349. James Anaya considera que o Estado multicultural, então, é aquele que consegue juntar unidade e diversidade com base na igualdade. Cf. James ANAYA, “International Human Rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural State”, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 21, 2004, p. 61.

<sup>6</sup> A Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa, em seu artigo 5º, n.2, proíbe a adoção, pelos seus Estados partes, de políticas assimilacionistas.

<sup>7</sup> Will KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, 5.ª reimpr., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 18.

populações indígenas com base em seus costumes ou leis costumeiras<sup>8</sup>. A razão de ser deste tipo de defesa é baseada no argumento de que o comportamento de um indivíduo é influenciado fortemente pela sua cultura<sup>9</sup>, que dá forma às percepções dos indivíduos e influencia suas ações, predispondo-os a agir conforme sua educação<sup>10</sup>. A cultura, a autora ressalta, é um fator a levar em conta no contexto da punição digna, assim como o sexo, a idade ou a saúde mental<sup>11</sup>. No entanto, ainda que o uso da exceção cultural possa ser uma forma de aplicação dos princípios de respeito intercultural, ela suscita dúvidas acerca da sua moralidade e utilidade pública. Por um lado, ainda que “a cultura em que nascemos influ[a] largamente sobre aquilo que somos e sobre o modo como pensamos o nosso lugar no mundo”<sup>12</sup>, o reconhecimento dos referentes culturais fundamentais para a identidade pessoal “não nos dispensa de fazer, em concreto, algumas, muito delicadas, ponderações de direitos e interesses, sempre que a identidade cultural de um indivíduo ou de um grupo conflitue com direitos de outrem”<sup>13</sup>. É neste sentido que se faz necessário analisar os prós e contras da adoção da cultural defense e em que situações ela poderia ser adequada e instrumento efetivo para a justiça, e em que situações seu uso é abusivo e põe em risco o objetivo de uma sociedade multicultural harmoniosa.

## 2. ARGUMENTOS CONTRA A CULTURAL DEFENSE

Julia P. Sams opõe-se ao reconhecimento formal da exceção cultural, enumerando os seus quatro problemas imediatos: a) definir quais os grupos de réus que podem reivindicar a cultural defense; b) manter o efeito desencorajador da lei penal dentro destes grupos; c) manter a justiça com a maioria dos americanos<sup>14</sup>, que não podem se utilizar da exceção cultural; e d) apoiar o princípio da legalidade<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> “A cultural defense is a defense asserted by immigrants, refugees, and indigenous people based on their costumes or customary law”. Cf. Alison Dundes RENTELN, “A justification of the cultural defense as partial excuse”, in *Southern California Review of Law & Women’s Studies*, 2, 1992-1993, p. 439.

<sup>9</sup> RENTELN, “A justification of the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 439.

<sup>10</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> JERÓNIMO, “O Direito Público...”, *op. cit.*, p. 356.

<sup>13</sup> JERÓNIMO, “O Direito Público...”, *op. cit.*, p. 349.

<sup>14</sup> A autora sempre utiliza os Estados Unidos como hipótese de Estado que recebe as pessoas de cultura diversa.

<sup>15</sup> Julia P. SAMS, “The availability of the ‘cultural defense’ as an excuse for criminal behavior”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 1986, p. 345.

A definição dos grupos que devem gozar da exceção cultural é um primeiro estágio do problema descrito no item “a”, por temor de que grupos e pessoas procurarão neste argumento uma forma de privilégio no sistema penal. No entanto, além de separar os grupos que podem se utilizar da exceção cultural, também se deve separar, dentro de um grupo culturalmente diverso, os indivíduos que podem se utilizar do argumento cultural e os que já estão demasiadamente “aculturados” (“encultured”)<sup>16</sup>, ou seja, que já absorveram em demasiado a cultura do país de recepção e para quem não seria reconhecido o direito a invocar a cultural defense. O mesmo se aplicaria às sub-culturas (como membros de gangues e grupos de alto poder aquisitivo): estes não poderiam utilizar-se da cultural defense para escusar comportamentos ilegais porque sua visão de mundo não é radicalmente diferente do resto da sociedade<sup>17</sup>, ou do que a lei define de “homem-médio”.

Ressalte-se que a oposição de Sams rejeita qualquer possibilidade de acolhimento cultural dos estrangeiros, que, uma vez no país acolhedor, devem adaptar-se o mais rapidamente possível ao sistema legal de sua nova residência. Permitir o uso da cultural defense removeria o incentivo dos estrangeiros a aprender e obedecer às leis do país em que vive, aumentando a incerteza pública e o desrespeito pela lei<sup>18</sup>.

A obediência ao princípio da legalidade citado como um problema da cultural defense, por sua vez, funda-se na premissa de que “todos são iguais perante a lei”, abarcando neste “todos” tanto os indivíduos cuja base cultural está de acordo com a legislação daquele Estado quanto os indivíduos cujos comportamentos (“culturalmente” influenciados) estão contra a lei. No entanto, recordamos que o conceito de igualdade deve sempre estar pautado na ideia de tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente. O próprio reconhecimento dos direitos da diferença é sustentado pelo princípio da igualdade neste sentido<sup>19</sup>. Atente-se, ainda, que as leis de um Estado não estão livres da influência cultural<sup>20</sup>, neste caso, da maioria, pelo que as minorias acabam por ser prejudicadas quando em confronto com a lei.

Apesar de não ser explicitamente contrário à cultural defense, Höffe afirma que o estrangeiro não pode invocar sua diferença com tanta facilidade, pois, para o autor, não só os estrangeiros devem informar-se acerca da lei do Estado acolhedor,

---

<sup>16</sup> SAMS, “The availability...”, *op. cit.*, pp. 346-347.

<sup>17</sup> RENTELN, “A justification...”, *op. cit.* p. 497.

<sup>18</sup> SAMS, “The availability...”, *op. cit.*, p. 348.

<sup>19</sup> JERÓNIMO, “Direito Público...”, *op. cit.*, p. 358.

<sup>20</sup> KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, *op. cit.*, pp.108-109.



como a maior parte dos tipos penais são reconhecidos em todas as culturas legais<sup>21</sup>. Chamamos a atenção, no entanto, para o fato de que muitos Estados, especialmente aqueles com passado de colonização europeia, importaram seu sistema legal do Ocidente e a prática de suas populações nativas pode diferir substancialmente desse sistema legal<sup>22</sup>, pelo que afirmar que uma conduta é criminosa num país não é sinônimo de que a sua população o deixe de praticar<sup>23</sup>.

Se o modelo de Estado assimilacionista vê na cultural defense o risco de violações legais, mesmo os multiculturalistas suscitam dúvidas acerca dos benefícios da cultural defense. Duas das críticas à cultural defense que afetariam os próprios grupos que dela deveriam gozar são a de que este argumento levaria à essencialização da cultura e reforçaria estereótipos, visto que o sistema legal atual ainda é mal preparado para interpretar tradições<sup>24</sup>. Renteln justifica dizendo que é injusto requerer que o réu siga precisamente aquela tradição reivindicada do modo que era feita no passado, bem como que todos os membros do grupo a sigam, pelo que as pessoas e suas culturas são dinâmicas e não homogêneas<sup>25</sup>.

A alegação mais perturbadora é de que a exceção cultural formal prejudicaria, acima de tudo, o direito das vítimas, pois elas geralmente são membros de grupos subordinados, como mulheres e crianças<sup>26</sup>. Dentre os casos onde se suscitou a cultural defense, existem certos casos mais toleráveis aos olhos do Direito ocidental, mas outros que parecem mais chocantes ao Ocidente, em especial aqueles que envolvem comportamentos considerados abusivos sobre crianças e mulheres. Violações de direitos humanos são assuntos delicados, que devem ser tratado com a máxima minúcia – falaremos deles mais adiante.

---

<sup>21</sup> Otfried HÖFFE, “Moral reasons for an intercultural criminal law. A philosophical attempt”, in *Ratio Juris*, 3, 11, Sep. 1998, p. 207.

<sup>22</sup> Patrícia JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional. Ensaio para um Equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 99-100.

<sup>23</sup> Neste sentido, citamos o caso *Kimura*, em que uma mulher japonesa, residente nos Estados Unidos já havia quatorze anos, tentou realizar o *oyaku shinju*, suicídio tradicional japonês cometido pelo(s) genitor(es) com os filhos, a fim de livrar a si e a seus dois filhos da desonra ocasionada pelo adultério do marido. Apesar de criminalmente punido no Japão e hediondo para os ocidentais, os cidadãos japoneses costumam mostrar simpatia e compaixão pelo genitor que praticou o ato, não considerando um crime sério. O genitor é raramente punido pela conduta. Cf. Yuko KAWANISHI, “Japanese mother-child suicide: the psychological and sociological implications of the Kimura case”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990, p. 32.

<sup>24</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Carolyn CHOI, “Application of a cultural defense in criminal proceedings”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990, p. 89.

### 3. ARGUMENTOS A FAVOR DA CULTURAL DEFENSE

A cultural defense pode ser legalmente sustentada por princípios legais consagrados: o julgamento justo, a liberdade religiosa, a igual proteção da lei e, mais explicitamente, o direito à cultura, este expresso no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>27</sup>. Assim, quando analisado sob o prisma do direito à cultura, a exceção cultural dá ao réu que a alega a oportunidade de dizer ao tribunal os motivos da sua ação que aparentemente viola a lei do país. Neste sentido, uma política formal da exceção cultural garantiria que os tribunais estivessem abertos a informações sobre particularidades culturais<sup>28</sup>. O juiz, então, jamais poderia sustentar que não se aceitam argumentos culturais, apenas que, naquele caso, o réu não preenche os requisitos necessários para beneficiar-se da cultural defense. Para Renteln, estes requisitos que visam verificar a autenticidade da defesa seriam: se o réu é membro do grupo étnico que diz ser; se o grupo tem a tradição que ele alega; e se o réu foi influenciado pela tradição em questão quando praticou a conduta criminosa<sup>29</sup>. Todas estas condicionantes são essenciais para evitar que réus se utilizem da exceção cultural sem terem direito de a ela recorrer, fraudando o sistema, perigo este já alertado no tópico anterior e que representa uma séria ameaça à construção de jurisprudência intercultural precisa e aos direitos humanos<sup>30</sup>, tanto do réu quanto da vítima do crime.

A formalização da exceção cultural, ainda, reafirmaria que as motivações do crime são importantes para determinar a responsabilidade do réu (como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade)<sup>31</sup>, pois os motivos são muito importantes para estabelecer a responsabilidade criminal do réu e a adequação de sua pena<sup>32</sup>. Por ter um foco maior na culpabilidade moral, a abertura à cultural defense faz com que o réu seja julgado de acordo com seu próprio nível de culpa, promovendo justiça individualmente<sup>33</sup>. E, não sendo necessariamente uma escusa total, a cultural defense é

---

<sup>27</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>28</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>29</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>30</sup> RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>31</sup> Michael FISCHER, “The Human Rights implications of a ‘cultural defense’”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998, p. 671.

<sup>32</sup> RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, pp. 446 e 489.

<sup>33</sup> FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 681.

uma boa alternativa ao binário culpado/inocente, que é “demasiado simplista para acomodar as sutilezas do mundo real”<sup>34</sup>.

Criando uma autorização legal para o argumento cultural, também se evitam casos de juízes que são pessoalmente contra ela<sup>35</sup>. Não apenas os legisladores e constituintes devem ser culturalmente abertos, mas também os juízes criminais<sup>36</sup>. Recordamos, no entanto, que a existência de uma cultural defense formalizada não quer dizer que o juiz seja obrigado a aceita-la – ele apenas não poderá ignorar as possíveis nuances culturais de um caso que tenha em mãos.

Diante dos argumentos trazidos a favor da formalização legal da cultural defense, os autores consultados que a defendem concordam em um ponto chave: o uso da cultural defense tem limites, quais sejam, os direitos humanos. A conduta do réu que viola os direitos humanos de uma minoria não deve ser aceita como escusa<sup>37</sup>, ao menos dentro da concepção de um mínimo fundamental dos direitos humanos<sup>38</sup>. Levar em conta os direitos humanos é um método muito efetivo para avaliar um ato culturalmente motivado – mas, afinal, que ato, qualquer que seja, não é culturalmente motivado? A existência de um ato específico que viole um direito humano não quer dizer que aquela cultura toda em questão é “ruim”, mas que atos específicos associados àquela cultura são ruins<sup>39</sup>. É essencial ressaltar que esta postura crítica também deve ser aplicada para o pensamento ocidental<sup>40</sup> - a avaliação sob a ótica de um mínimo fundamental de direitos humanos não goza da lógica de “dois pesos e duas medidas” e deve ser seguida em qualquer caso, estejam os argumentos revestidos ou não da nuance cultural.

#### 4. CONCLUSÃO

Tendo em conta os argumentos favoráveis e contrários à cultural defense, concluímos que sua formalização é necessária para garantir o direito à cultura, mais

---

<sup>34</sup> “The current binary choice between guilt or innocence is much too simplistic to accommodate the subtleties of the real world”. RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, p. 489.

<sup>35</sup> RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, p. 496.

<sup>36</sup> HOFFE, “Intercultural...”, *op. cit.*, p. 216.

<sup>37</sup> RENTELN, “The use and abuse...”, *op. cit.*, p. 78.

<sup>38</sup> FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 697.

<sup>39</sup> FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 696.

<sup>40</sup> Fischer critica o fato de que o Ocidente vê a prática chinesa de atar os pés das garotas como deplorável, mas perfurar as orelhas das crianças, como ocorre no Ocidente, tolerável. “[T]here should be a sort of blank exception to all right-infringing cultural acts done by Westerns?”. Cf. FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 700. O Ocidente frequentemente vê em outras culturas elementos de suas próprias instituições legais retrógradas, que tão orgulhosamente crê ter superado. Cf. HOFFE, “Intercultural...”, *op. cit.*, pp. 215-216.

especificamente, o direito que o réu tem de demonstrar seus argumentos culturais. Cabe ao Judiciário, no entanto, ponderar se o caso em concreto permite a consideração destes argumentos, ou seja, se o réu preenche os requisitos expostos por Renteln para avaliar se a conduta do indivíduo foi fortemente e verdadeiramente motivada por uma cultura diversa da que a lei protege. Após esta análise, cabe também ao Judiciário avaliar se aquela conduta violou o patamar mínimo de direitos fundamentais e em que medida: atos e omissões que representem uma grave violação a direitos humanos não podem estar impunes, e este raciocínio é válido em qualquer caso e para qualquer cultura que esteja sob análise.

## BIBLIOGRAFIA

- ANAYA, James, “International Human Rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural State”, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 21, 2004.
- CHOI, Carolyn, “Application of a cultural defense in criminal proceedings”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990.
- FISCHER, Michael, “The Human Rights implications of a ‘cultural defense’”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998.
- HÖFFE, Otfried, “Moral reasons for an intercultural criminal law. A philosophical attempt”, in *Ratio Juris*, 3, 11, Sep. 1998.
- JERÓNIMO, Patrícia, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, LX, 326, 2011.
- JERÓNIMO, Patrícia, “Estado de Direito e justiça tradicional. Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011.
- KAWANISHI, Yuko, “Japanese mother-child suicide: the psychological and sociological implications of the Kimura case”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural citizenship*, 5.<sup>a</sup> reimp., Oxford, Clarendon Press, 2003.

- RENTELN, Alison Dundes, “A justification of the cultural defense as partial excuse”, in *Southern California Review of Law & Women’s Studies*, 2, 1992-1993.
- RENTELN, Alison Dundes, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Rentels (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- SAMS, Julia P., “The availability of the ‘cultural defense’ as an excuse for criminal behavior”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 1986.

## A NOÇÃO DE COMBATENTE E O ESTATUTO DE PRISIONEIRO DE GUERRA EM DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

CATARINA MARINHO FALCÃO<sup>1</sup>  
[catarinamarinhof-35026p@adv-est.oa.pt](mailto:catarinamarinhof-35026p@adv-est.oa.pt)

### RESUMO

No presente artigo pretendemos analisar o estatuto de prisioneiro de guerra à luz da III Convenção de Genebra de 1949 e do seu I Protocolo Adicional de 1977, sobretudo, a questão da definição das pessoas que a ele têm direito, ou seja, a problemática distinção entre combatentes e membros da população civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** combatente, prisioneiro de guerra, princípio da distinção, participação directa nas hostilidades.

A noção de combatente revela-se crucial para a definição do estatuto de prisioneiro de guerra, uma vez que, regra geral, esse estatuto será reservado aos combatentes que caíram em poder do inimigo. Torna-se, por isso, questão fundamental e complexa a distinção entre combatentes e membros da população civil. Acontece que, durante muito tempo, não houve regulamentações no que toca aos prisioneiros de guerra. Foi preciso esperar pelas Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907 para assistir ao início da previsão convencional internacional do estatuto de prisioneiro de guerra. Na verdade, a “definição legal de combatente é relativamente recente”<sup>2</sup>.

O art. 1.º do Regulamento sobre as Leis e Costumes da Guerra em Terra, aprovado pela II Convenção da Haia de 1899 refere que “as leis, os direitos e os deveres da guerra” se aplicam não só ao exército mas também a outras categorias de pessoas (milícias e corpos de voluntários) que preenchem as quatro condições lá definidas, a

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, advogada-estagiária, mestranda em Direitos Humanos na Escola de Direito da Universidade do Minho. Atualmente a escrever a tese de mestrado subordinada ao mesmo tema do presente artigo. Email: [catarinamarinhof-35026p@adv-est.oa.pt](mailto:catarinamarinhof-35026p@adv-est.oa.pt)

<sup>2</sup> Cf. Michel DEYRA, *Direito Internacional Humanitário*, Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos – Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, 2001, p. 53.

saber: terem uma pessoa responsável pelos seus subordinados, terem um sinal distintivo fixo e reconhecível à distância, trazerem as armas abertamente e conformarem-se, nas suas operações, às leis e costumes da guerra. Já o art. 3º do mesmo diploma refere que os membros das forças armadas que forem capturados pelo inimigo têm direito ao estatuto de prisioneiro de guerra. É a primeira vez que os prisioneiros de guerra se vêem dotados de um autêntico estatuto de direito positivo com o objectivo de terminar com a arbitrariedade da Potência que os detém<sup>3</sup>. De resto, estes diplomas regulam a matéria entre os seus arts. 4º e 20º, matéria essa que foi depois desenvolvida pela Convenção de Genebra de 1929, que, apesar da sua importância, em relação ao âmbito pessoal de aplicação do estatuto de prisioneiro de guerra, estabelecia praticamente a mesma coisa que os Regulamentos da Haia.

Esta questão foi regulada em novos termos com a III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 12 de Agosto de 1949 (III CG), que estabelece detalhadamente o regime a que ficam sujeitos estes prisioneiros. Na verdade, este diploma foi criado para assegurar a protecção de um dos grupos de vítimas mais vulneráveis dos conflitos armados: os combatentes que se encontram em poder da parte inimiga, pois fornece uma alargada protecção dos prisioneiros de guerra, definindo os seus direitos e estabelecendo regras detalhadas relativas ao seu tratamento e eventual libertação. Além disso, deve ser aplicada a partir do momento em que os prisioneiros de guerra caem em poder da potência inimiga até à sua libertação e repatriamento definitivos<sup>4</sup>.

Com efeito, os prisioneiros de guerra devem ser tratados com humanidade em todas as circunstâncias e devem ser protegidos contra qualquer ato de violência, intimidação, insultos e curiosidade pública (art.º 13º da III CG<sup>5</sup>). O Direito Internacional Humanitário (doravante, DIH) define as condições mínimas da detenção, referindo aspectos como acomodação, alimentação, vestuário, higiene e cuidados

---

<sup>3</sup> Cf. Benoît CUVELIER, “Le Régime Juridique des Prisonniers de Guerre”, in *Revue Études Internationales*, vol. 23, n.º 4, 1992, p. 776.

<sup>4</sup> Cf. Primeiro parágrafo do art. 5.º da III CG.

<sup>5</sup> “Os prisioneiros de guerra devem ser sempre tratados com humanidade. É proibido, e será considerado como uma infracção à presente Convenção, todo o acto ou omissão ilícita da parte da Potência detentora que tenha como consequência a morte ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder. Em especial, nenhum prisioneiro de guerra poderá ser submetido a uma mutilação física ou a uma experiência médica ou científica de qualquer natureza que não seja justificada pelo tratamento médico do prisioneiro referido e no seu interesse. Os prisioneiros de guerra devem também ser sempre protegidos, principalmente contra todos os actos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública. São proibidas as medidas de represália contra os prisioneiros de guerra”.

médicos. Os prisioneiros têm o direito, em quaisquer circunstâncias, de verem sua pessoa e sua honra respeitadas. E quem é responsável por esse tratamento? O art. 12.º desta Convenção afirma que “os prisioneiros de guerra ficam em poder da Potência inimiga, e não dos indivíduos ou corpos de tropas que os capturam”. Portanto, a Potência inimiga é a responsável por tudo o que lhes acontece, mas isso não exclui a responsabilidade pessoal dos indivíduos que violem a Convenção<sup>6</sup>.

Esta Convenção, como, aliás, todas as quatro Convenções de Genebra de 1949, é aplicada em caso de guerra declarada ou qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais Altas Partes Contratantes (art.º 2º comum às quatro Convenções).

Todavia, o preceituado na III CG sofreu algumas clarificações com os artigos 43.º, 44.º e 45.º do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de Dezembro de 1977 (I PA). Assim, segundo estes dois diplomas, o estatuto de prisioneiro de guerra é reconhecido a quem caiba previsto nos arts. 4.º-A da III CG ou no art. 44.º do I PA; ou seja, é concedido àqueles que cabem na definição de combatente. Contudo, um aspecto que deve ser sublinhado é o de que a aplicação deste estatuto não depende de qualquer procedimento ou processo de atribuição; decorre, antes, da aplicação das regras pertinentes do DIH, pelo que todos os que caíam em poder da potência inimiga e caíam nas referidas previsões são, por consequência, prisioneiros de guerra (art.º 44.º, n.º 1, do I PA).

Esta detenção não constitui uma medida sancionatória, até porque do estatuto de combatente decorre o direito de participar diretamente nas hostilidades<sup>7</sup>, já que constitui apenas uma via para retirar essa pessoa de combate, sendo este um aspecto fundamental para se perceber o estatuto conferido ao prisioneiro de guerra<sup>8</sup>. A Declaração de São Petersburgo, de 1868, já afirmava que para enfraquecer as forças militares do inimigo (“único fim legítimo que os Estados devem prosseguir durante a guerra”) “é suficiente pôr fora de combate o maior número de homens possível”; ou seja, o que se pretende evitar é que ele continue a combater. Poderá parecer contraditório o fato de o combatente possuir normas que o protejam em caso de guerra, sendo ele o responsável direto pela condução das hostilidades. Na verdade, é esse

---

<sup>6</sup> Cf. Frits KALSHOVEN e Liesbeth ZEGVELD, *Constraints on the waging of war: an introduction to International Humanitarian Law*, Genebra, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2001, p. 58.

<sup>7</sup> Cf. art.º 43º, n.º 2 do I PA.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Parte III, Braga, AEDUM, 2012, p. 79.



mesmo direito de participar diretamente nas hostilidades que justifica que não sofra por isso sanções e que diferencia o combatente dos restantes indivíduos envolvidos num conflito armado.

Em consequência, torna-se fundamental a definição de combatente, já que só eles beneficiam do estatuto de prisioneiro de guerra.

Ora, o art. 4º-A da III CG diz que são combatentes: (1) os membros das forças armadas de uma parte no conflito, incluindo as milícias e os corpos de voluntários; (2) os membros dos movimentos de resistência que respeitam certas condições (ter no seu comando uma pessoa responsável, usar abertamente as armas, usar um sinal distintivo fixo e identificável à distância, respeitar as leis e costumes da guerra nas suas operações); (3) os membros das forças armadas regulares que reclamam uma autoridade não reconhecida pela potência detentora; (4) as pessoas que acompanham as forças armadas sem delas fazerem parte (correspondentes de guerra, membros civis da tripulação de aviões militares, entre outros); (5) os membros das tripulações da marinha mercante e da aviação civil das partes no conflito; (6) os indivíduos da população de um território não ocupado que se levantam em massa para evitar o avanço do inimigo e sob condição de usarem abertamente as armas e respeitarem as leis e costumes da guerra.

Pode afirmar-se que, regra geral, são combatentes os membros das forças armadas, os membros das milícias e dos outros corpos de voluntários. Os membros dos movimentos de resistência organizados também são combatentes conquanto que reúnam as exigências do art. 4º-A, n.º 2. A grande novidade que esta Convenção trouxe foi mesmo o alargamento das categorias de pessoas que têm direito ao estatuto de prisioneiro de guerra.

Assim, as pessoas que pertencem às categorias dos números 1, 2, 3 e 6, são combatentes propriamente ditos e, como tal, têm direito a participar directamente nas hostilidades e, uma vez capturados pelo inimigo, beneficiam do estatuto de prisioneiro de guerra. Já as pessoas que caem nos números 4 e 5 são civis, mas têm direito ao tratamento dado aos prisioneiros de guerra<sup>9</sup>.

Sabemos que, de acordo com o n.º 6 deste artigo, os que participam numa *levée en masse* são considerados combatentes. Neste tipo de situações, os habitantes de um território que ainda não foi ocupado, aquando a aproximação do inimigo, pegam espontaneamente em armas para resistir às tropas invasoras, sem terem tido tempo de se

---

<sup>9</sup> Cf. Frits KALSHOVEN e Liesbeth ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War...*, op. cit, p. 52.

organizarem em força armada regular. No entanto, só serão considerados combatentes se usarem as armas e respeitarem as leis e os costumes da guerra.

Por outro lado, temos o art. 4º-B da III CG onde está plasmado que o tratamento (não o estatuto) reservado aos prisioneiros de guerra é também devido aos militares desmobilizados. Isto se dá quando estes se encontram em território ocupado e são detidos pela Potência ocupante em virtude da sua presença ou influência no exército do país ocupado, ou seja, aos parlamentários detidos temporariamente, aos militares internados em território ocupado ou neutro, ao pessoal sanitário e religioso em poder da Potência detentora.

No I PA, verifica-se um alargamento dos grupos que podem integrar a categoria de combatentes ao prescindir de algumas das exigências constantes do art. 4º-A, n.º 2, da III CG, o que é uma consequência das características dos conflitos que, após a aprovação desta disposição, se vinham verificando. Foi, em parte, devido ao fenómeno do aumento dos grupos que participam nas hostilidades e também à diferente caracterização das mesmas, que o I PA foi adoptado, pois acontece que os conflitos que se verificam atualmente são bem diferentes daqueles que as Convenções de 1949 pretenderam regular. Com efeito, “[...] tornaram-se manifestas algumas alterações em matéria de conflitos armados, designadamente a tendência para abandonar a prática da declaração de guerra e o aumento exponencial de conflitos não internacionais”<sup>10</sup>. Em bom rigor, esta questão já se discutia na altura das Convenções de Genebra de 1949 mas, por falta de consenso, não foi praticamente regulada.

Assim, o art.º 43.º do referido Protocolo inclui no âmbito da noção de combatente todos “os membros das forças armadas”, ou seja, a generalidade dos “membros das forças armadas”, sem olhar às categorias previamente fixadas no art. 4º-A da III CG, somente excetuando o pessoal sanitário e religioso. Em consequência, a distinção entre as forças regulares e forças irregulares não persistiu<sup>11</sup>. Não obstante, há duas obrigações que devem ser respeitadas: é *necessário* ter um uniforme ou um sinal distintivo e usar as armas abertamente. Este artigo explica que as forças armadas de uma parte do conflito são compostas por “todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas”, o que também inclui milícias e corpos de voluntários integrados nas

---

<sup>10</sup> Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “O princípio da distinção como Princípio Fundamental do Direito Internacional Humanitário”, in *RFDUP*, ano VI, 2009, p. 424.

<sup>11</sup> No seguimento desta linha de pensamento, Michel Deyra confirma que “[e]xiste um único regime ligado à noção de forças armadas do qualquer membro, excepção feita ao pessoal sanitário e religioso, é um combatente”. Cf. Michel DEYRA, *Direito Internacional...*, op. cit., p. 54.

forças armadas, e têm que estar “colocadas sob um comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte”, isto é, não há uma distinção entre as forças militares regulares de um Estado e as forças armadas irregulares do movimentos de resistência, libertação ou guerrilha.

Por seu turno, o art. 44º, n.º 1 refere que “qualquer combatente, nos termos do art. 43º, que cair em poder de uma Parte adversa é prisioneiro de guerra”. Além disso, este preceito também refere, no seu n.º 3, que os combatentes têm que se distinguir “da população civil quando tomarem parte num ataque ou numa operação militar preparatória de um ataque”. Deste modo, os membros das forças armadas regulares devem envergar os seus uniformes, ao passo que os combatentes que não sejam membros dessas forças devem usar um sinal distintivo permanente e visível à distância e usarem as armas abertamente. O DIH faz esta distinção fundamental entre combatentes e civis (princípio da distinção) com o escopo de proteger os civis dos efeitos dos conflitos armados, aliás, é um “[...] princípio fundamental de entre aqueles que governam a condução dos conflitos armados, como vem sendo genericamente reconhecido”<sup>12</sup>.

Na prática, esta separação não é tão linear, em muito devido, nos conflitos armados contemporâneos, à crescente proximidade dos civis para com as operações militares. Todavia, “[apesar] de nos depararmos com violações graves do princípio da distinção, [tal] não põe em causa a sua vigência [pois] está bem afirmado no Direito Internacional Humanitário e é reconhecido como princípio fundamental deste Direito [...]”<sup>13</sup>.

Este princípio está expressamente previsto no art. 48º do I PA, onde se refere que “as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes”, tanto que, caso um combatente caia em poder do inimigo, não se distinguindo da população civil, “perde o direito a ser considerado como prisioneiro de guerra” (art.º 44º, n.º 4 do I PA). Em todo o caso beneficiará do *standard* mínimo de direitos plasmados no art. 75º do mesmo diploma.

No entanto, o art. 44º, n.º 3, reconhece, ainda, a existência de “situações nos conflitos armados em que, devido à natureza das hostilidades, um combatente armado não se pode distinguir da população civil”. Nestas situações, o combatente conservará o seu estatuto se usar as armas abertamente “durante cada recontro militar” e “durante o

---

<sup>12</sup> Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “O princípio da distinção...”, op. cit., p. 413.

<sup>13</sup> Cf. Ibid., p. 437.

tempo em que estiver à vista do adversário quando tomar parte num desdobramento militar que preceda o lançamento do ataque em que deve participar”. Com esta norma pretendeu-se, assim, atribuir o estatuto de combatente aos guerrilheiros, devido ao fato de ter aumentado o número de guerras de guerrilha na fase anterior à aprovação do Protocolo, nomeadamente no contexto dos processos de autodeterminação dos povos colonizados. Neste sentido, o Protocolo veio legitimar esta figura.

Quando participa num conflito armado internacional, o guerrilheiro é hoje considerado um combatente regular desde que cumpra o estipulado no art. 44º, n.º 3 do I PA. Caso contrário, “perde o direito a ser considerado prisioneiro de guerra”, como decorre do n.º 4, mas beneficia-se “de proteção equivalente, em todos os aspectos, à concedida aos prisioneiros de guerra pela Convenção III e pelo presente Protocolo”. Essa proteção “equivalente” aplica-se mesmo “no caso de tal pessoa ser julgada e condenada por todas as infrações que tiver cometido”. Além disso, por força do art. 45º, n.º 3, quem não tiver direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e não beneficiar de um tratamento mais favorável<sup>14</sup>, “terá em qualquer momento direito à proteção do art. 75.º do presente Protocolo” que prevê as garantias fundamentais para as pessoas que estão em poder da Parte adversa.

Estas regras não pretendem, de forma alguma, desvirtuar o princípio da distinção entre combatentes e membros da população civil. Aliás, o próprio art. 44º, n.º 7 justifica que não se “visa modificar a prática dos Estados, geralmente aceite, respeitante ao uso de uniforme pelos combatentes afetos às unidades armadas regulares em uniforme de uma Parte no conflito”.

Do estatuto de combatente decorre o direito de participar directamente nas hostilidades (art. 43º, n.º 2 I PA), logo, essa participação em si mesma não pode ser considerada um ato ilícito. O combatente só poderá ser responsabilizado por violações do DIH, máxime quando os seus comportamentos se traduzirem em crimes de guerra. Como participa nos combates, o combatente é, por outro lado, alvo lícito dos ataques dos combatentes inimigos. Além disso, tem a obrigação de conhecer as regras do DIH e de agir em conformidade com elas. Mas a consequência mais importante é mesmo poder beneficiar do estatuto de prisioneiro de guerra se cair em poder da Parte contrária, como é claramente afirmado no n.º 1 do art. 44º do I PA, apesar de este estatuto só estar previsto no âmbito dos conflitos armados internacionais.

---

<sup>14</sup> Por exemplo, se for civil, beneficia da proteção da IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949.

Inversamente, é civil “toda pessoa não pertencente a uma das categorias mencionadas no art. 4.º-A, alíneas 1, 2, 3 e 6, da Convenção III e no art. 43.º do presente Protocolo”<sup>15</sup>. Ou seja, civil é qualquer pessoa que não pertence à categoria de combatente. Além disso, os civis não têm o direito de participar diretamente nas hostilidades, mas, segundo o art. 51º, n.º 1 do I PA, “gozam de uma proteção geral contra os perigos resultantes de operações militares”. Por outro lado, o n.º 3 deste preceito refere que os civis perdem o direito a essa proteção “se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação”. Assim, durante o tempo em que se verifica essa participação direta, os civis podem ser alvos de ataque. Em caso de dúvida, a pessoa em causa será considerada como civil<sup>16</sup>, o que significa que o combatente só pode abrir fogo contra pessoas cujo estatuto é dúbio ou se encontrem em locais que ponham o seu estatuto em dúvida se estiver convencido de que são combatentes inimigos<sup>17</sup>.

Se, porventura, houver dúvidas quanto ao estatuto de um indivíduo que tenha tomado parte nas hostilidades e tenha caído nas mãos do inimigo, essa pessoa deve beneficiar da proteção da III CG até que o seu estatuto seja determinado por um tribunal competente (segunda parte do art. 5º da III CG). Haverá lugar a dúvidas quando não se tem a certeza se a pessoa capturada<sup>18</sup> pertence a alguma das categorias previstas no art. 4º-A<sup>19</sup>.

O art. 45º, n.º 1 do I PA estabelece algumas presunções relacionadas com esta questão. Assim, refere que “[aquele que tomar parte em hostilidades e cair em poder de uma Parte será considerado prisioneiro de guerra] quando reivindicar o estatuto de prisioneiro de guerra”, “ou pareça que tem direito ao estatuto de prisioneiro de guerra” ou “quando a Parte de que depende reivindicar por ele tal estatuto, por notificação à Potência que a detém ou à potência protectora”. Se ainda assim a dúvida

---

<sup>15</sup> Cf. art. 50º do I PA.

<sup>16</sup> Cf. Segunda parte do art. 50º do I PA.

<sup>17</sup> Cf. Frits KALSHOVEN e Liesbeth ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War...*, op. cit, pp. 98 e 99.

<sup>18</sup> Que tiver praticado atos beligerantes.

<sup>19</sup> De acordo com a segunda parte do art. 5º da III CG, “[se] existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente”.

persistir, a questão tem que ser tratada por um tribunal competente (art. 45º, n.º 1 *in fine*<sup>20</sup>).

No entanto, nenhum dos mencionados diplomas traça quais as características a preencher por esse “tribunal competente” nem especifica quais os direitos processuais que a pessoa em questão terá<sup>21</sup>. De qualquer forma, “[...] aquele que, tendo tomado parte em hostilidades, não tiver direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e não beneficiar de um tratamento mais favorável, em conformidade com a Convenção IV, terá em qualquer momento direito à proteção do artigo 75.º [...]” do I PA (garantias fundamentais), isto é, o “tribunal competente” deve seguir estas regras.

Se a questão da determinação deste estatuto não for submetida à apreciação de um tribunal competente e, ao invés, for decidida por qualquer outra autoridade, está-se a violar tanto a III CG como o I PA. Esta determinação é, para os Estados, não só uma obrigação ao abrigo do DIH, mas também revela o compromisso que têm para com os Direitos Humanos e o Estado de Direito<sup>22</sup>.

Há, ainda, certas categorias de pessoas que não podem ser consideradas como combatentes legítimos, como é, por exemplo, o caso dos espões e dos mercenários.

A questão dos espões, além de estar regulada no I PA, também está prevista nos arts. 29º, 30º e 31º dos Regulamentos da Haia.

O art. 29º refere que o espião é “o indivíduo que, agindo clandestinamente ou sob falsos pretextos, recolhe ou procura recolher informações na zona das operações de um beligerante, com a intenção de as transmitir à Parte adversária”, pelo que, ao contrário, “os militares não disfarçados que penetrarem na zona de operações do exército inimigo para recolher informações não são considerados espões”. Esta definição inclui, assim, os combatentes que vestem trajes civis ou que usam o uniforme do inimigo e exclui os combatentes que recolhem informações envergando o seu próprio uniforme, conforme se pode ler no art. 46º, n.º 2 do I PA.

Além disso, tanto o art. 30º dos Regulamentos da Haia como o art. 46º do I PA, referem que o espião só pode ser julgado pelos seus actos de espionagem se for apanhado em flagrante e não lhe é reconhecido o estatuto de prisioneiro de guerra se

---

<sup>20</sup> “[...] Se existir alguma dúvida sobre o seu direito ao estatuto de prisioneiro de guerra, continuará a beneficiar desse estatuto e, conseqüentemente, da proteção da Convenção III e do presente Protocolo, enquanto espera que o seu estatuto seja determinado por um tribunal competente”.

<sup>21</sup> Cf. Yasmin NAQVI, “Doubtful Prisoner-of-War Status”, in *IRRC*, vol. 84, n.º 847, 2002, p. 571.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. 594.

cair em poder do inimigo. Nesse caso, é uma pessoa civil, devendo, por isso, beneficiar da proteção conferida pela IV CG, salvaguardadas, em território ocupado, as garantias previstas no art. 75º do I PA e no art. 5º do II PA, se for aplicável. No entanto, o espião não pode ser condenado sem julgamento prévio – regra que já vem desde os tempos do *Lieber Code* e da Declaração de Bruxelas.

Se o espião for civil a princípio, é lógico que em caso de captura, não lhe será concedido o estatuto de prisioneiro de guerra, podendo ser detido, processado e julgado, desde que se respeite o art. 75º do I PA. Se for combatente e se envergar uniforme deve beneficiar do estatuto de prisioneiro de guerra, caso não envergue, poderá ser tratado como espião.

O mercenário é a pessoa que participa voluntariamente nos conflitos em troca de uma elevada remuneração pecuniária ao serviço de um Estado do qual não é nacional nem pertence às suas forças armadas – questão esta que é tratada no art. 47º do I PA<sup>23</sup>. A definição oferecida por este preceito parece ser demasiado precisa, pois para que uma pessoa seja qualificada como mercenário, terá que preencher *cumulativamente* as condições lá previstas, que podem ser facilmente contornadas, levando a que verdadeiros mercenários possam escapar a tal qualificação<sup>24</sup>.

Como decorre do n.º 1 do art. 47º, o mercenário “não tem direito ao estatuto de combatente ou de prisioneiro de guerra”. Porém, se a Parte detentora não quiser aplicar esta regra, não há nada que a obrigue a aplicá-la, isto é, é-lhe permitido recusar o estatuto de prisioneiro de guerra ao mercenário, mas essa recusa não lhe é imposta. Não obstante, devem beneficiar sempre das garantias fundamentais do art. 75º do I PA ou, no mínimo, dos princípios de Direito das gentes tal como resulta da aplicação da cláusula Martens<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> “1 - Um mercenário não tem direito ao estatuto de combatente ou de prisioneiro de guerra. 2 - O termo «mercenário» designa todo aquele que: a) seja especialmente recrutado no país ou no estrangeiro para combater num conflito armado; b) de fato participe directamente nas hostilidades; c) tome parte nas hostilidades essencialmente com o objectivo de obter uma vantagem pessoal e a quem foi efetivamente prometido, por uma Parte no conflito ou em seu nome, uma remuneração material claramente superior à que foi prometida ou paga aos combatentes com um posto e função análogos nas forças armadas dessa Parte; d) não é nacional de uma Parte no conflito, nem residente do território controlado por uma Parte no conflito; e) não é membro das forças armadas de uma Parte no conflito; e f) não foi enviado por um Estado que não é Parte no conflito, em missão oficial, na qualidade de membro das forças armadas desse Estado”.

<sup>24</sup> Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, op. cit., p. 50.

<sup>25</sup> Cf. Benoît CUVÉLIER, “Le Régime Juridique des Prisonniers de Guerre”, op. cit., p. 783.

Um outro aspecto importante a considerar é o fato de a aplicação do estatuto de prisioneiro de guerra estar condicionada à natureza do conflito (só existe em conflitos internacionais) e à situação da pessoa capturada pelo inimigo (tem de ser um combatente). O art. 2º comum as CG expõe, como já referimos, que “a presente Convenção será aplicada em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes”.

No caso dos conflitos não internacionais, não há um estatuto específico para os que integram uma das facções em luta e são capturados pelo inimigo, pelo que beneficiam apenas da proteção que consta do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra (aplicável aos conflitos armados não internacionais), a que se junta a decorrente do II PA (relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais), nomeadamente o seu art. 5º, relativo às *Pessoas Privadas de Liberdade*. Segundo Michel Deyra, “[...] a ausência de disposições relativas ao estatuto dos combatentes capturados no decorrer de um conflito armado não internacional é uma das mais gritantes lacunas do DIH”<sup>26</sup>. No entanto, nada obsta a que seja conferido o estatuto de prisioneiro de guerra – ou algum dos seus privilégios – a membros de grupos rebeldes que sejam capturados no contexto destes conflitos. Em todo o caso, estas pessoas devem ser tratadas com humanidade em todas as circunstâncias, estando ainda protegidas contra a morte, tortura e tratamentos humilhantes ou degradantes.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- CUVÉLIER, Benoît, «Le Régime Juridique des Prisonniers de Guerre», *Revue Études Internationales*, vol. 23, n.º 4, 1992, pp. 773-796.
- DEYRA, Michel, *Direito Internacional Humanitário*, Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos – Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, 2001.
- ENGELAND, Anicée Van, *Civilian or Combatant? A Challenge for the Twenty-First Century*, Terrorism and Global Justice Series, Oxford, Oxford University Press, 2011.

---

<sup>26</sup> DEYRA, Michel, *Direito Internacional Humanitário*, op. cit., p. 103.



- KALSHOVEN, Frits e ZEGVELD, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Genebra, Comité Internacional da Cruz Vermelha, 2001.
- NAQVI, Yasmin, «Doubtful Prisoner-of-War Status», *IRRC*, vol. 84, n.º 847, 2002, pp. 571-595.
- PEREIRA, Maria de Assunção do Vale, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Parte III, Braga, AEDUM, 2012.
- PEREIRA, Maria de Assunção do Vale, «O princípio da Distinção como Princípio Fundamental do Direito Internacional Humanitário», *RFDUP*, ano VI, 2009, pp. 413-442.

## UMA ANÁLISE CRÍTICA DO RELATÓRIO DE FRANK DE LA RUE SOBRE A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO DIREITO A OPINIÃO LIVRE E EXPRESSÃO NO ESPAÇO CIBERNÉTICO

GABRIELA ARAUJO SANDRONI<sup>1</sup>  
[gabrielasandroni@yahoo.com](mailto:gabrielasandroni@yahoo.com)

### RESUMO

Realizaremos neste artigo uma análise crítica do relatório sobre a promoção e proteção do direito a opinião livre e expressão no espaço cibernético de Frank La Rue, responsável pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Como a Internet é um espaço social, o aspecto da sua governança é um dos temas mais debatidos no âmbito internacional. Ao analisar a história da origem da Internet, vemos que ela iniciou-se como um espaço anárquico e gradativamente tornou-se num espaço de relativo controle pelo Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direitos Humanos, Internet, liberdade de expressão*

### INTRODUÇÃO

Os discursos ideológicos dos Direitos Humanos transcendem a ótica jurídica e perpassam diferentes áreas das Ciências. O Homem como crítico da sua própria realidade preconizou durante a sua História movimentos de mudança da ordem imposta. Foi através da busca pelos câmbios no seu espaço social que os Direitos Humanos surgiram.

Ao observar o espaço social da Internet, poderíamos transpor o mito da Aldeia Global de Milton Santos. Seria evidente que a contração do tempo e do espaço na construção da Internet promoveria um simulacro da unicidade do mundo, refletindo uma “humanidade desterritorializada” onde as culturas libertária e dos hackers seriam semi-imperativas. Vemos, portanto, a Internet não somente como um simulacro do espaço temporal e social do Homem, mas também como um *alter ego* cambiante reflexo

---

<sup>1</sup> Pesquisadora Jr GEPC–UNESP / Mestranda de Estudos Internacionais UPV-EHU).

da própria teoria da relatividade de Einstein, na qual a materialização do espaço temporal depende da ótica do observador, neste caso, do usuário da Internet.

Como a Internet é um espaço social, o aspecto da sua governança é um dos temas mais debatidos no âmbito internacional. Já foram diversas as tentativas de criar um órgão único e internacional de controle investido de ideais democráticos. Depois da dispersão de alguns direitos informáticos pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), as Nações Unidas vêm tomando a dianteira na regulação dos direitos do espaço cibernético, mesmo havendo uma grande divergência do caminho a ser tomado pelas principais potências mundiais. Este fato é evidenciado nas conferências promovidas pelo Fórum Mundial da Internet<sup>2</sup>, o qual tem a própria ONU como seu patrocinador principal.

Como espaço gerador de poder, a Internet foi desenhada durante a Guerra Fria como um instrumento tecnológico do poder estatal. Sabe-se que a Internet foi um instrumento relevante na construção do poder dos Estados Unidos da América (EUA) e da antiga União Soviética. Nas palavras do sociólogo Manuel Castells, a Internet surgiu num esquema audaz similar às táticas de guerrilhas em que os guerreiros tecnológicos da Agência do Projeto de Investigação Avançada do Departamento de Defesa dos EUA criaram um projeto para evitar que os sistemas de comunicação estadunidense fossem destruídos pelos soviéticos<sup>3</sup>.

Como atualmente a Internet reflete um “poder difuso”, ou seja, um poder em que vários atores estatais e não estatais fazem parte da sua dinâmica, seria evidente que acabaria por englobar as temáticas de Direitos Humanos, pois, a Internet é vista como uma extensão do espaço real. Com esta perceptiva, a Organização das Nações Unidas publicou recentemente um relatório, o qual sugere o acesso à Internet como um direito humano.

Considerando o panorama supracitado, realizaremos neste artigo uma análise crítica do relatório sobre a promoção e proteção do direito a opinião livre e expressão no espaço cibernético de Frank La Rue, responsável pela Comissão de

---

<sup>2</sup> Do inglês *Internet Governance Forum* (IGF), é um desmembramento da Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação, ocorrida em Túnis (capital da Tunísia) em 2005, teve sua primeira reunião em outubro de 2006 na cidade de Atenas (Grécia), ocorrendo após este encontro mais cinco: Rio de Janeiro (Brasil) em 2007, Hyderabad (Índia) em 2008, Sharm El Sheikh (Egito) em 2009, Vilnius (Lituânia) em 2010 e Nairobi (Kenia) em 2011.

<sup>3</sup> CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol. I, 8.ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 43.

Direitos Humanos das Nações Unidas. A nossa pesquisa tem como base a teoria do poder no espaço cibernético do internacionalista Joseph Nye Jr. para explicar a posição adotada pelas Nações Unidas. Ademais, serão considerados aportes teóricos de outras áreas das Ciências Humanas, tal como a Geografia de Milton Santos. Para uma melhor compreensão, dividiremos o artigo em três partes: a primeira analisará brevemente a história da Internet; a segunda parte focará os Direitos Humanos no espaço cibernético; e por fim, a última será uma análise do relatório sob a perspectiva das Relações Internacionais.

## 1. A INTERNET NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Considerada um importante exemplo de ativismo online, a primavera árabe caracterizou-se pelo uso da Internet como um instrumento utilizado pelos cidadãos para garantirem o seu direito à liberdade de expressão<sup>4</sup>. Mesmo com a limitação imposta pelos governos aos servidores locais de Internet, os militantes usaram técnicas avançadas de computação para quebrar as barreiras impostas e enviar informações para os demais países sobre a situação caótica que vivenciavam.

A Internet como um espaço gerador de manifestações sociais teve uma maior relevância na mídia internacional a partir da midiatização do Wikileaks e dos Anonymous. São diversos os artigos que expõem as ações de ambas as organizações, sendo que o maior destaque é observado nas acusações contra Julian Assange, fundador do Wikileaks. Ao analisar a história da origem da Internet, vemos que ela iniciou-se como um espaço anárquico e gradativamente tornou-se num espaço de relativo controle pelo Estado.

De forma a melhor compreendermos alguns aspectos do relatório sobre a promoção e proteção do direito a opinião livre e expressão de Frank La Rue publicado pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, iremos, na primeira parte, expor neste capítulo um breve panorama sobre a História da origem da Internet com base precipuamente nas experiências descritas pelos seus fundadores Vincent Cerf e

---

<sup>4</sup> G.L. “The internet in the Middle East: The Arab Spring,'s online backlash”, In, *The Economist*, 2012. Disponível em <[www.economist.com/node/21551501](http://www.economist.com/node/21551501)>. Acesso em 6 de outubro de 2012.

Kenneth King em suas palestras proferidas na Universidade de Stanford<sup>5</sup> e Cornell<sup>6</sup>, e posteriormente uma análise da Internet como um espaço social.

## 1.1. A ORIGEM E HISTÓRIA DA INTERNET

Na sua exposição intitulada de “A Origem e História da Internet”, Kenneth King, considerado um dos “pais” da Internet, explica-nos através de suas experiências pessoais o papel da universidade e de alguns políticos no surgimento deste novo espaço da informação e acaba por descrever importantes momentos do desenvolvimento da Internet.

Seu início dá-se nos anos 1960, quando os terminais de Networking começaram a substituir os *keypunches*<sup>7</sup>, possibilitando distribuir em tempo real os dados e alguns programas de edição online mesmo com a dificuldade inicial do projeto pelo fato de toda a rede ser de propriedade de empresas de telefonia. Foi nesta mesma época que surgiu o correio eletrônico como forma de substituir as secretárias eletrônicas.

Outro fato lembrado pelo professor King é o desenvolvimento de um dos primeiros softwares de comunicação social, no qual estudantes do campus podiam se conhecer através da utilização de uma senha, além de também encriptar arquivos online. Diante deste novo panorama, era evidente que a linguagem da informática se tornava cada vez mais importante e tinha como característica a junção de várias Ciências, dentre elas a Matemática e a Física, a fim de analisar os sistemas de computadores e que futuramente seria necessário criar uma disciplina específica para ensinar esta nova linguagem: a Ciência da Computação.

Assim, esta fase inicial do desenvolvimento da Internet caracteriza-se pela sua dificuldade não somente quanto a sua linguagem própria empregada nos sistemas, mas também pelo próprio ceticismo da comunidade acadêmica, e teve como consequência a busca de investimentos fora da universidade pelos professores a cargo do projeto.

---

<sup>5</sup> CERF, Vicent, *Re-thinking the internet*, Conferencia de Stanford University, Stanford University, 2011, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VjGuQIGJkYc>. Acesso em 7 de setembro de 2012

<sup>6</sup> KING, Kenneth, *The origin and history of the internet*, Conferência da Cornell University, Cornell University, 2011, disponível em: <[youtu.be/SDryuP0jqxw](https://youtu.be/SDryuP0jqxw)>. Acesso em 7 de outubro de 2012.

<sup>7</sup> O termo *networking* na década de 1960 referia-se a redes, no campo da informática especificamente a redes de computadores, atualmente seu uso mais comum refere-se a rede de contatos, rede entre pessoas. *Keypunches* foi um mecanismo utilizado até a década de 1970 que consistia em inserir informações em cartões perfurados utilizado para o processamento de dados.

Ainda nos anos 1960, o projeto ARPAnet<sup>8</sup> inicia-se conectando quatro universidades estadunidenses com o ideal de criar um sistema de comunicação militar e de distribuição de ciclos de computadores em rede, utilizando a tecnologia de protocolo TCP/IP. Ressalta-se ainda que mesmo com os frequentes cortes nos investimentos pelo governo federal, ainda foi possível a criação do Center for Advanced Technology (centro de pesquisa em tecnologia) na Universidade da Cidade de Nova Iorque (CUNY) em 1971.

O papel do governo de Nova Iorque também foi essencial para captar dinheiro nas investigações. As ajudas dos governos locais possibilitaram o avanço da Internet até chegar o sistema operativo UNIX. Com o novo sistema baseado no UNIX, o PhoneNet<sup>9</sup> e o protocolo TCP/IP possibilitou o crescimento de 84 departamentos de Ciência da Computação, incluindo um em Israel; e o desenvolvimento da tecnologia de networking NSFnet<sup>10</sup>. Posteriormente, a tecnologia BITNET inova e permite a expansão da estrutura do CUNY em 500 instituições internacionais, sendo considerada essencial no sistema de networking das universidades.

A década de 1980 é conhecida como a era dos micro computadores, quando se destaca a criação da emulação de terminal, do email e do software de texto. Outro ator importante que contribuiu na evolução da Internet para além do universidades foi o próprio governo dos EUA. Em 1984, o Congresso fez um enorme investimento numa competição nacional para construir quatro grandes centros de super computadores. Em 1984, o projeto foi lançado com investimento da IBM na Cornell University. Esses novos investimentos proporcionaram a existência de um departamento com cabos próprios conectando toda a estrutura da universidade, não necessitando mais da telefonia. Investimentos da IBM continuaram em 1985 e foram essenciais no desenvolvimento da Internet. Por isso, consideramos também o setor privado de tecnologia (mais especificamente, as multinacionais) como o terceiro ator que mas contribui na criação da Internet.

Não obstante, o professor Kenneth King cita que um dos principais problemas que os pesquisadores vivenciaram no desenvolvimento da Internet foi relativo à sua velocidade de conexão, pois, era considerada inicialmente infinita. Contudo, quando verificaram que a velocidade seria finita, a solução do problema foi

---

<sup>8</sup> Advanced Research Projects Agency Network.

<sup>9</sup> Conector que permite a ligação de computadores e linhas telefónicas.

<sup>10</sup> National Science Foundation Network foi um programa criado para promover uma rede de pesquisa nos Estados Unidos sendo um dos pilares para a criação da internet.

possível com a formulação de diversas equações físicas, originando a "computação massivamente paralela". Na visão de King, a computação massivamente paralela é a melhor maneira de resolver problemas complexos uma vez que os supercomputadores foram construídos pelas estruturas da IBM. Posteriormente, foram definidos os protocolos dos super computadores e das redes sendo que o protocolo TCP / IP foi eleito com o apoio das universidades.

Com a criação da NSFNET, as universidades procuraram uma representação política em Washington DC para defender seus os interesses, o que foi mostrado mais tarde com o surgimento do NTTF<sup>11</sup>. Segundo o professor King, o NTTF foi o primeiro grupo a representar os interesses das universidades no governo. Seus principais objetivos como organização foram: conectar todos os pesquisadores em todo o mundo com o propósito de ter parcerias entre os centros de pesquisa, colocando informações acadêmicas na rede; construir um sistema de gestão do conhecimento de maneira simples e fácil de utilizar, para além de ser uma plataforma dinâmica.

King também cita os objetivos da capacidade de instruir os alunos em qualquer espaço e tempo: acreditava-se que a Internet mudaria as condições do sistema de ensino. Quando falamos do Estado como um ator que ajudou no processo de desenvolvimento da Internet, também consideramos o papel de alguns políticos que tiveram uma visão a longo prazo da Internet e apoiaram os projetos das universidades. Kenneth King cita várias vezes a importância, por exemplo, de Al Gore no incentivo as leis da Internet.

Uma outra questão importante citada pelo professor King foi o papel dos estudantes no processo de democratização da Internet. Muitos deles tiveram contato com a Internet na universidade e sentiam falta desta nova tecnologia. Como a maioria dos antigos alunos já estavam trabalhando nas indústrias de tecnologia, sentiam que seria interessante investir na democratização deste tipo de ferramenta. Neste contexto, apenas em 1995 com a privatização da NSFNET, a internet passa a ser comercializada por particulares.

Mesmo observando o importante papel das universidades, multinacionais, estudantes e políticos, não podemos deixar de mencionar o viés militar do desenvolvimento da Internet que foi influenciado pelos EUA e pela URSS durante a Guerra Fria, principalmente após o lançamento do primeiro satélite soviético. Deste

---

<sup>11</sup> Nettur Technical Training Foundation localizado na Índia.

modo, a fundação pelos EUA da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa (DARPA), inovou a tecnologia de rede com a criação do ARPAnet em 1966 e ajudou na criação da RAND Corporation, do National Physical Laboratory, do Institut de Recherche et d'Informatique d'Automatique, conectando também o Pentágono às universidades.

Sem embargo, vemos que a Internet também foi um projeto político de defesa com base na criação do MILNET<sup>12</sup> dentro do ARPAnet, especializado em assuntos da rede militar. Posteriormente, na década de 1990, surgiu a rede de protocolo IP de Internet conhecido como NIPRNet<sup>13</sup>. Considerado um dos maiores prestadores privados de Internet, ele é responsável por conectar os usuários do Pentágono com o escopo de oferecer a troca de informações confidenciais na Internet.

Durante o processo de criação da Internet, Vint Cerf relembra da preocupação em garantir que a rede não tivesse um único centro de gestão e sim vários, de modo que em caso de qualquer tipo de ataque (inclusive nuclear), o sistema não seria totalmente desligado<sup>14</sup>. Na verdade, criou-se a estrutura de nuvens, refletindo na origem do nome da Internet "inter" + "rede", ou seja, a rede feita de computadores ligados por cabos.

Como o advento da tecnologia DNS<sup>15</sup>, houve uma melhora na codificação dos números numa linguagem mais simples, para que o indivíduo leigo soubesse lidar mais facilmente com a Internet, refletindo, portando, nos objetivos da sua democratização. Logo, neste período de democratização ocorreu uma inovação constante da Internet e coincidiu com a criação de diversas empresas de tecnologia tais como a Microsoft e a Apple. Daí a necessidade por parte dos Estados em regular juridicamente diversos aspectos da sua dinâmica. Em suma, ao analisar a perspectiva histórica da Internet, observamos que ela caracteriza-se por sua constante inovação.

## **1.2. A INTERNET COMO ESPAÇO SOCIAL**

A tecnologia sempre revolucionou a interação humana no espaço, a Internet tem a capacidade de criar novas ferramentas para controlar melhor o nosso ambiente de percepção social, incluindo o nosso próprio espaço. A orientação espacial e temporal de

---

<sup>12</sup> Military Network.

<sup>13</sup> Nonsecure Internet Protocol (IP) Router Network.

<sup>14</sup> CERF, Vicent, *supra cit.*

<sup>15</sup> Domain Name System.



uma sociedade é de tamanha importância, pois que a sua regulação é geralmente atribuída ao governo. No final, qual calendário escolher? Quais são os limites das nossas fronteiras? Como definir o nosso espaço? Como seria o controle pelos Estados no espaço da Internet?

O espaço “real” controlado pelos Estados mudou na Era da Internet. Notamos que, na história do mundo, os seres humanos sempre tiveram a curiosidade de conhecer o início do universo. As indagações filosóficas sobre a origem do universo levou muitos filósofos, e posteriormente, cientistas a escreverem teorias sobre o tempo e o espaço. Para Santo Agostinho, por exemplo, o tempo era uma propriedade que Deus havia criado e a sua existência havia sido dado com o início do universo. Anos mais tarde, Galileu fez experiências com o movimento dos corpos e demonstrou que na realidade o tempo é uma construção de qualquer corpo e não necessariamente tem um começo. Newton, por sua vez, teoriza o tempo como um elemento absoluto separado do espaço e por sua vez, o espaço não foi considerado absoluto. Somente anos mais tarde, com os estudos de Einstein e a sua teoria da relatividade que há uma quebra da presunção do tempo ser absoluto porque a realidade é que ambos dependem da visão independente de um observador. Sua teoria também explica que o tempo e o espaço são combinados resultando o que chamamos de espaço-tempo<sup>16</sup>.

Na verdade, o tempo é uma entidade abstrata que engloba não só a realidade individual, mas também todo o universo. O tempo real dos físicos e a curiosidade em definir seu *arche* e talvez seu término são perguntas que não fazem parte da realidade do tempo e espaço cibernético. O tempo cibernético começa com a construção da rede. Seu espaço também se trata de uma criação simbólica que dinamiza todas as interações na Internet. Neste capítulo, não vamos analisar a realidade física do espaço-tempo da Internet, mas a realidade abstrata que é de interesse no campo das Ciências Humanas.

A nossa sociedade tem experimentado nos últimos anos uma intensa mudança na concepção de espaço e tempo, superando a forma tradicional de pensar sobre eles. A criação da Internet e a sua total disponibilidade para proporcionar aos cidadãos uma nova interação espaço-tempo no "ciberespaço" simbolizam o termo cunhado pelo autor da obra de ficção científica William Gibson<sup>17</sup>. Neil Postman define

---

<sup>16</sup> HAWKING, Stephen, *A Brief History of Time*, Versão Audio, Disponível em <youtu.be/IGpfuKpuLw>. Acesso em 7 de outubro de 2012.

<sup>17</sup> THILL, Scott, “1984: William Gibson, Father of Cyberspace”, in *Wired*, March 17 Disponível em: <[www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech\\_0317](http://www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech_0317)>, Acesso em 12 de setembro de 2012.

o ciberespaço como uma ideia metafórica que a consciência humana se interage com o tecnologia<sup>18</sup>. Na sua definição, é uma criação do espaço e do tempo através da Internet quando o computador torna-se uma ponte entre a consciência individual e o mundo virtual. O espaço, no entanto, não é limitado ao espaço físico, mas a consciência humana que reflete a sua forma através da linguagem. Seria, portanto, muito além de uma referência independente da estrutura física da informação.

Para o geógrafo brasileiro Milton Santos, a unicidade deste tempo não está no relógio porque se o tempo é o mesmo, existe uma interação de momentos que, do ponto de vista físico, é conhecido como tempo real e do ponto de vista histórico será chamado de interdependência e solidariedade do acontecer<sup>19</sup>, isto nos permite, na visão do autor ser testemunha do acontecimento do outro, ou seja, temos o conhecimento no mesmo momento de fatos ocorridos em múltiplos lugares. Assim, o autor ressalta que os horários do mundo não são o mesmo, mas nós podemos controlar o seu uso.

Considerando a evolução da tecnologia e, principalmente, o papel das empresas de informação, o ser humano tem conseguido revolucionar a técnica da "unidade de tempo", que tem como uma das suas principais consequências a instantaneidade. Ainda assim, Santos argumenta que, embora o controle de tempo ideal seja uma "herança" do homem, está longe de ser uma realidade devido às ideologias que estão inerentes à sociedade humana<sup>20</sup>.

O controle do tempo e do espaço, na visão de Milton Santos, faz parte de uma lógica da ideologia capitalista que apenas um grupo tem o privilégio de obter, tendo ainda a possibilidade de distorcer informações. Desta maneira, ele define como um mito a questão de espaço e tempo contraídos com a velocidade do espaço. De fato, a velocidade somente está ao alcance de um número limitado de pessoas, de modo que, dependendo das possibilidades de cada um, as distâncias têm significados diferentes<sup>21</sup>. Esta visão explica a exclusão digital, pois, para participar no espaço cibernético, é necessário que os usuários também tenham um aparelho e um serviço de Internet. Neste caso, o cidadão que é privado de recursos financeiros suficientes para comprar todo o suporte de exploração deste espaço é automaticamente excluído. A Internet, de certa

---

<sup>18</sup> POSTMAN, Neil, *On Cyberspace*, Entrevista na The MacNeil/Lehrer News Hour, PBS: 2005, disponível em <youtu.be/49rcVQ1vFAY>. Acesso em 7 de outubro de 2012

<sup>19</sup> SANTOS, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal*, São Paulo: Editora Record, 2005, p.13

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

forma, é um espaço elitista onde somente uma parte da sociedade tem acesso a esta “ferramenta”.

Ao observar o espaço cultural da Internet, poderíamos transpor o mito da Aldeia Global de Milton Santos para o espaço-tempo virtual. É evidente que a contração do tempo e do espaço numa plataforma única e de construção como a Internet nos faz pensar que há uma unidade do mundo e um reflexo do que Milton Santos havia definido como "humanidade desterritorializada", isto é, o mundo sem fronteiras. Seu argumento é baseado no fato de que as fronteiras irão se desfalecer com o imperativo da globalização. Ao mesmo tempo, esta globalização territorial pode ser considerada um outro mito, pois, o tempo-espaço e o ciberespaço são controlados por diferentes atores: os Estados, as empresas multinacionais e os usuários. Os instrumentos tecnológicos acabam por ser uma ponte entre o mundo real e virtual.

As teorias miltonianas acabam por transmitir uma determinada parte do espaço-tempo da realidade do ciberespaço. Mesmo que haja uma certa liberdade de cada usuário em controlar desde o seu computador para se adentrar no ciberespaço como um construtor e expectador de realidades, atualmente, as principais inovações neste espaço dependem do setor privado. No entanto, é notório a rivalidade entre o setor privado das multinacionais e o governo, visto que o último acaba por limitar a atuação no ciberespaço com a criação de leis baseadas na defesa da segurança deste espaço.

No campo da psicologia humana, o inconsciente gera a união entre o tempo e o espaço. A localização do corpo físico está em interação com as outras espacialidades e tempos. Podemos usar um computador nos Estados Unidos para falar com um amigo que está no Japão através do programa que permite a comunicação conhecido por Skype; isto ocorre devido à interação virtual entre o espaço-tempo estadunidense e do Japão na visão miltoniana do conhecimento do acontecimento do outro. No entanto, há intensas relações sociais neste espaço, já que podemos efetuar transações financeira, comercializar produtos em lojas virtuais, organizar protestos, jogar video-games, cometer ilícitos.

Vê-se, portanto, que a noção de realidade espaço-tempo virtual equivale ao tempo e espaço físico. Contudo, partimos da concepção que o tempo de criação do espaço-tempo depende da ótica do observador, assim, o espaço virtual será absoluto. A temporalidade e a espacialidade estariam mais relacionados com a consciência humana do que com a realidade física.

A partir do momento em que o ciberespaço é usado pelos governos como uma extensão das práticas de cidadania para facilitar a interação entre o Estado e o cidadão, o espaço da Internet torna-se um simulacro da realidade dos seus atores, e neste caso do próprio Estado. Em outras palavras, o simulacro da Internet é o próprio simulacro do ser humano o que se torna mais evidente quando criamos um perfil online. Para Harvey, com técnicas modernas, a produção de imagens como simulacros é relativamente simples. Na medida em que a identidade depende cada vez mais das imagens, as réplicas seriais e repetitivas de identidade (individual, corporativo, institucional e política) tornam-se uma possibilidade e um problema real<sup>22</sup>.

O impacto da Internet na sociedade também se reflete em todas as áreas das Ciências. Atualmente, não é incomum para um médico fazer consultas na Internet. Na área de armazenamento de informações, a Internet caracteriza-se por ser um grande repertório de memórias armazenadas, permitindo que qualquer um esteja num ambiente onde várias "histórias" são contadas. Histórias oficiais, histórias orais e protestos compartilham o mesmo espaço. Além disso, a sua própria língua se funde com as demais línguas existentes, inclusive com os idiomas menos utilizados, como o Esperanto. Portanto, o espaço cibernético acaba por imortalizar informações, levando a questão de discutirmos o direito de esquecimento, ou seja, de apagá-las.

Outra característica que figura a Internet como espaço pauta-se na sua esfera econômica. Ao analisá-la, primeiramente vemos a transposição do sistema financeiro no mundo virtual: é possível realizar serviços bancários, investimentos, compra de bens e serviços na Internet. A segunda etapa do processo econômico foi a criação da sua própria moeda: os Bitcoins<sup>23</sup>. O dinheiro virtual pode ser considerado o resultado da rebelião e da busca de maior liberdade nas transações econômicas no espaço virtual para questionar o papel físico de dinheiro na Internet. Comprar ou investir em ações utilizando Bitcoins seria, portanto, uma forma de competir com o Estado no controle do sistema financeiro internacional.

Na Geopolítica da Internet, os EUA iniciaram um movimento de securitização do ciberespaço ao reconhecê-lo como parte da sua infra-estrutura, juntamente com a terra, o mar, ar e espaço. Eles, inclusive, criaram divisões específicas do ciberespaço no exército para proteger tal infra-estrutura e investem atualmente na

---

<sup>22</sup> HARVEY, David, *Condição pós-moderna*, vol. 2, São Paulo: Editora Loyola, 1998, p 261.

<sup>23</sup> J.P. "Virtual currency: Bits and Bob", in *The Economist*, 13 de Junho de 2011. Disponível em: <[www.economist.com/blog/babbage/2011/06/virtual-currency](http://www.economist.com/blog/babbage/2011/06/virtual-currency)>, Acesso em 13 de setembro de 2012.

criação de armas cibernéticas para “monitorar” outros países. Acredita-se que o país que tiver a melhor tecnologia de hackeamento para impor seus interesses no ciberespaço será capaz de gerir o seu poder em outras áreas visto que poderá sempre combinar o poder do espaço real e do virtual. Um exemplo deste fato foi o caso do Stuxnet, um malware que foi introduzido no sistema central nuclear iraniano e pela primeira vez resultou numa interrupção física.

Com o medo de ataques cibernéticos e uma possível "guerra cibernética", observa-se uma corrida armamentista de “armas virtuais” pelas potências mundiais, fato que se intensificou depois de ataques cibernéticos que ocorreram na Estônia em 2007, o qual causou uma enorme deterioração de seu sistema financeiro e de comunicação devido ao alto grau de dependência da Estônia à Internet. De um modo geral, a propaganda de guerra cibernética tem sido alimentada erroneamente pela mídia internacional e acaba por refletir diretamente na importância de se discutir a governança da Internet. De acordo com as “guerras cibernéticas” já em curso, na visão da maioria dos estrategistas, seria o Estado, através do seu Departamento de Defesa, que teria a obrigação em proteger a infra-estrutura virtual.

Destarte, vemos que a interação da sociedade no espaço virtual e seu intenso network criaram uma nova “sociedade” virtual. Este novo espaço tem sua própria cultura, língua, economia e regras que muitas vezes excedem até mesmo a realidade física do espaço. Por conseguinte, este espaço faz com que as suas particularidades o caracterizem como um espaço da geografia humana.

## **2. DIREITOS HUMANOS E INTERNET**

De acordo com diversas convenções e tratados sobre direitos humanos, todos os indivíduos são livres e sujeitos aos direitos e deveres. Observa-se que o auge da criação dos Direitos Humanos coincidiu com o fim de guerras e conflitos armados. Dentre os tratados podemos citar a Carta de Direitos de 1791 nos EUA, Carta de Direitos do Homem e dos Cidadãos da França e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Como seriam tais direitos no espaço virtual?

Atualmente, vemos que há um confronto de discursos sobre os Direitos Humanos vindo de diversos atores: Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, indivíduos. Observa-se que no espaço cibernético, os Direitos Humanos acabam por ser um reflexo das ações dos atores deste espaço. Usualmente são

apontados os seguintes atores no espaço virtual: o Estado, as multinacionais, as ONGs, as Organizações Internacionais, os criminosos cibernéticos, os ativistas cibernéticos, os hackers, os terroristas cibernéticos e o cidadão. Cada um se diferencia pelo fim que utiliza a Internet.

Nota-se que um dos Direitos Humanos mais controversos no espaço virtual é a garantia da liberdade de expressão e a privacidade. São inúmeros os casos de desrespeito por parte de todos os atores cibernéticos. Na Internet, estamos num contexto de troca de informações, portanto, justifica-se uma maior atenção os direitos humanos supracitados.

É o discurso através da linguagem que propicia a luta de poder entre os diferentes sujeitos do espaço cibernético, pois a Internet resume-se na troca de informações. O discurso em geral, mesmo livre, acaba não tendo um estado puro, pois sempre reflete uma linguagem deturpada e de interesses. Desta forma, poderíamos concluir que todo discurso é marcado pelo interesse daquele que o produz.

A classe dominante tende a conferir ao signo ideológico um caráter intangível e acima das diferenças de classe, a fim de abafar ou ocultar a luta dos índices sociais de valor que aí se trava, a fim de tornar o signo monovalente [...] Nas condições habituais da vida social, esta contradição oculta em todo signo ideológico não se mostra à descoberta<sup>24</sup>.

Assim, vê-se que a manutenção da liberdade de expressão muitas vezes é dificultada em países onde impera o autoritarismo. Os líderes autoritários traduzem o discurso livre como uma arma e muitas vezes punem aqueles que se manifestam contra o seu governo. Em nossa opinião, eles temem que outros discursos sejam mais imperantes que os seus, por isso, o uso da censura é uma medida comum em governos ditatoriais, mas também está em outras formas de governos, tal como o democrático. Destarte, a censura acaba por se tornar uma quebra no processamento de construção dos discursos na sociedade.

Embora haja diversos instrumentos internacionais garantindo a liberdade de expressão, vê-se que inclusive países democráticos estão a limitar o seu alcance no âmbito da Internet. Por fim, vale ressaltar que os diplomas que consagram os Direitos Humanos podem e devem ser aplicados nas ações dos atores cibernéticos no espaço

---

<sup>24</sup> BAKHTIN, Mikhail, “Os gêneros do discurso”, in *Estética da Criação Verbal*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

virtual, pois, como vimos no capítulo anterior, o espaço virtual é uma extensão do espaço real.

### **3. ACESSO À INTERNET COMO DIREITO HUMANO: UMA BREVE ANÁLISE DO RELATÓRIO DE FRANK DE LA RUE**

No dia 16 de maio de 2011, o Conselho de Direitos Humanos publicou um relatório especial de promoção e proteção do direito de liberdade de opinião e expressão na Internet, escrito por Frank La Rue. Neste capítulo, iremos analisar o relatório de La Rue e justificaremos a sua importância através da teoria do poder difuso de Joseph Nye Jr. Com efeito, iniciaremos o nosso capítulo com uma opinião contrária àquela que defende o acesso a Internet como um Direito Humano, teoria defendida no relatório de De La Rue. Para melhor ilustrarmos esta vertente, iniciaremos com a crítica realizada por um dos fundadores da Internet ao relatório de De La Rue: Vint Cerf.

Em seu artigo publicado no jornal *The New York Times* intitulado de "Internet Access is not a Human Right", o visionário da Google, Vinton Cerf, inicia o seu argumento lembrando os movimentos sociais que ocorreram durante a Primavera Árabe, os quais foram descritos pela mídia internacional como um fruto da mobilização instantânea na Internet. Além dos protestos árabes, também lembra o fato de algumas cortes judiciais, tais como a da França e da Estônia, terem reconhecido o acesso a Internet como um direito humano. Partindo destes exemplos, o seu argumento parte da concepção que a tecnologia é um capacitor de Direitos Humanos e não um direito humano *per se*. Acredita-se, portanto, que seja errônea a defesa de que uma determinada tecnologia seria um direito humano, como podemos ver no trecho do seu artigo abaixo:

But that argument, however well meaning, misses a larger point: technology is an enabler of rights, not a right itself. There is a high bar for something to be considered a human right. Loosely put, it must be among the things we as humans need in order to lead healthy, meaningful lives, like freedom from torture or freedom of conscience. It is a mistake to place any particular technology in this exalted category, since over time we will end up valuing the wrong things. For example, at one time if you didn't have a horse it was hard to make a living. But the important right in that case was the right to make a living, not the right to a horse. Today, if I were granted a right to have a horse, I'm not sure where I would put it <sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> CERF, Vint, "Internet Access is Not a Human Right", in *The New York Times*. 2012, Disponível em <<http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>>. Acesso em 21 de setembro de 2012

Vint Cerf ressalta que a melhor maneira de identificar os Direitos Humanos seja através dos seus resultados e defende que o direito à liberdade de expressão e ao acesso à informação não estão acompanhados de nenhuma tecnologia específica. O papel do acesso à Internet seria apenas uma ferramenta para alcançar algo. Afinal, nenhum país até agora declarou o telefone como um direito humano:

While the United States has never decreed that everyone has a “right” to a telephone, we have come close to this with the notion of “universal service” — the idea that telephone service (and electricity, and now broadband Internet) must be available even in the most remote regions of the country. When we accept this idea, we are edging into the idea of Internet access as a civil right, because ensuring access is a policy made by the government<sup>26</sup>.

Ainda mais, a Internet introduziu um enorme acesso igualitário na plataforma de criação, obtenção e compartilhamento de informação em escala global, produto do trabalho dos engenheiros que foram capazes de melhorar a condição humana. Analisemos, então, o relatório das Nações Unidas tanto criticado por Vint Cerf. Observa-se que o relatório para a promoção e proteção dos direitos de expressão e opinião foi submetido ao Conselho de Direitos Humanos pelo Rapporteur Especial, Frank De La Rue, com base na resolução 7/36 da Comissão de Direitos Humanos. Assim como Cerf, La Rue inicia o seu argumento citando o papel da Internet na Primavera Árabe para justificar o seu poder no contexto internacional atual:

Indeed, the recent wave of demonstrations in countries across the Middle East and North African region has shown the key role that the Internet can play in mobilizing the population to call for justice, equality, accountability and better respect for human rights. As such, facilitating access to the Internet for all individuals, with as little restriction to online content as possible, should be a priority for all States.<sup>27</sup>

A força que a sociedade civil demonstrou utilizando a Internet como instrumento de poder faz com que muitos Estados criassem leis que limitasse o acesso à rede de Internet, o que por consequência foi entendido como uma restrição à liberdade de expressão e informação, como por exemplo o caso egípcio na primavera árabe. É neste contexto de medo de difusão do poder da informação que Joseph Nye Jr. formula

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> LA RUE, Frank, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Human Rights Council. A/HRC/17/27, Disponível em <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)>. Acesso em setembro de 2012.



o poder cibernético. Na concepção de Nye, o poder é a capacidade de chegar a um resultado qualquer, e, se necessário, mudar o comportamento dos outros para atingir seus objetivos. E no espaço virtual ele classifica o poder como “poder de difusão”, pois, questiona a evolução da informação e da tecnológica ao proporcionarem ferramentas para que atores não estatais as utilizassem como forma de exercerem o seu poder. Assim, grupos sociais que agem no espaço cibernético para difundir e promover seus ideais, como no caso do Wikileaks, é um exemplo de ator que utiliza o poder de difusão.

Ressalta-se ainda que Nye Jr. parte da concepção de que o grande problema da Era da Informação é a falta do controle por parte dos Estados da comunicação, pois a Internet é uma arma de poder e sua principal consequência faz com que haja um declínio abstrato do Estado-Nação da Paz de Vestefália.<sup>28</sup> Consideramos esta visão um pouco fatalista, pois, a livre informação seria um direito de todo cidadão num Estado democrático. As restrições impostas pelos governos para perpetuar os poderes são contrárias à democracia ao serem utilizadas de maneira arbitrária em nome da segurança nacional ou internacional. Nye faz um resumo das transformações na Era da Informação na seguinte frase:

Such cyber transformations are still fanciful, but a new information revolution is changing the nature of power and increasing its diffusion. States will remain the dominant actor on the world stage, but they will find the stage far more crowded and difficult to control. A much larger part of the population both within and among countries has access to the power that comes from information<sup>29</sup>.

Se a definição de poder já é algo complexo de se conceber e as suas mais variadas concepções são contestadas no âmbito acadêmico, Nye acredita que, para especificar a relação de poder, é necessário ter em conta os atores envolvidos nesta relação, os objetivos e os tópicos relacionados. Ademais, ressalta que no contexto atual o poder no espaço cibernético é algo novo:

Power based on information resources is not new; cyber power is. There are dozens of definitions of cyberspace but generally “cyber” is a prefix standing for electronic and computer related activities. By one definition: “cyberspace is an operational domain framed by use of electronics to exploit information via interconnected systems and their associated infra structure”. Power depends on context, and cyber power depends on the resources that characterize the domain of cyberspace.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Ibid

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

Sua definição de poder cibernético baseia-se na característica única da essência híbrida e física das características do espaço socio-temporal da Internet. Deste modo, o comportamento dos atores no espaço cibernético, oficialmente, não sofre nenhum tipo de barreira, pois caracteriza-se por ser um espaço anárquico, mesmo tendo a sua raiz controlada pela ICANN<sup>31</sup>, ou seja, pelo governo estadunidense. Em outras palavras, há um entendimento que o um espaço virtual é “anárquico”, tal como o Sistema Internacional, devido à falta de um governo central para exercer o controle de poder. Assim sendo, é a própria natureza anárquica que facilita a entrada dos mais diversos atores cibernéticos, sendo que o grau de poder de cada ator varia conforme o conhecimento da “linguagem” da Internet, mais especificamente, das técnicas de hackeamento.

A argumentação defendida pelo relator Frank de La Rue abrange a ideia de poder de Nye, pois ele justifica que o princípio da liberdade de expressão substancia-se no fato da Internet ser um dos mais importantes instrumentos da história humana e diferencia-se das demais tecnologias, pois, pela primeira vez, o indivíduo não é somente um sujeito passivo da linguagem, mas também ativo. Por isso, vemos o crescente aumento do número de blogs capacitados para divulgar informações.

A Internet, portanto, é reconhecida como um dos instrumentos mais poderosos de acesso à informação e é visto como um meio que facilita os cidadãos a participarem do processo democrático. O relator da Comissão de Direitos Humanos argumenta que o acesso à internet tem duas dimensões: a primeira baseia-se no acesso do conteúdo sem restrições, com exceção de alguns casos em que a restrição é necessária, pois pauta-se na observação dos Direitos Humanos; já a segunda dimensão seria garantir a disponibilidade adequada de infraestrutura e tecnologia de informação para possibilitar o acesso democrático da Internet pelos usuários; o Estado deveria realizar políticas para garantir computadores, modems, cabos e etc.

Vemos, portanto, que a Internet é um meio interativo de comunicação, pois trata-se de uma plataforma que possibilita a interação de outras formas de comunicação: TV, rádio, revistas, jornais, telefone. Além disso, permite ao próprio usuário interagir com a informação ao publicá-la em blogs, redes sociais, como o Twitter ou Facebook.

---

<sup>31</sup> Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

Outro fator apontado pelo relator é a possibilidade que a Internet oferece em permitir um acesso à informação de forma barata.

Sem embargo, é observado que o atual enquadramento dos Direitos Humanos garante a qualquer indivíduo a liberdade de expressão em qualquer tipo de mídia e que tal ordenamento jurídico acompanha a evolução tecnológica, portanto, é eficaz no caso da Internet. Sem contar que o direito de livre expressão e opinião é mais que um Direito Humano, pois é um facilitador de criação de outros direitos humanos, tais como o direito a cultura, o direito a educação, a liberdade de reunião e outros direitos inerentes ao espaço cibernético.

Com efeito, a importância de regular o acesso a internet também pauta-se no seu poder em disseminar informação em tempo real agregando elementos de velocidade, espacialidade e anonimato. Estas características podem criar um atrito com certos Estados, os quais acabam por criar mecanismos ilegais de bloqueio e controle de conteúdos publicados justificando tal ação no combate ao terrorismo e na proteção da segurança nacional. Este tipo de conduta é ilegal, pois, a restrição feita na Internet apenas será justificada se tiver base nos Direitos Humanos. Um exemplo ilustrativo é o caso da China, pois, seus mecanismos de bloqueio de conteúdo são considerados um dos mais avançados.

Uma questão apontada no relatório que é interessante ressaltar é o poder das empresas intermediárias que fornecem estruturas na internet. Há casos em que alguns Estados estão impondo restrições ilegais a elas para não filtrarem, remover ou até mesmo bloquear conteúdos gerados por usuários, portanto, estão censurando algumas informações.

Ressalta-se ainda que a monitorização de empresas e de Estados para identificar um usuário é ilegal e desrespeita o direito do cidadão à privacidade. Desta forma, não é justificável que os Estados monitorem seus usuários em nome da segurança nacional ou do combate ao terrorismo. Acreditamos que seja necessário a criação de leis que reforcem a proteção à informação. Neste mesmo contexto, não é permitido ao Estado ou qualquer empresa invadir os e-mails dos usuários, pois deve-se respeitar a privacidade deste tipo de comunicação que se assemelha ao serviço convencional de correio.

No âmbito dos ataques cibernéticos, o relator não se aprofundou muito nesta questão, mas ressaltou a obrigação dos Estados em proteger os cidadãos vulneráveis a tais ataques e do dever de investigação caso ataques desta magnitude ocorram. Contudo

ele salienta uma preocupação a sites de Direitos Humanos e outras organizações que atacam moralmente alguns Estados. Acreditamos que as ações destes grupos não podem ser consideradas como ataques cibernéticos, mas ativismo online e em alguns casos, «hacktivismo».

Como a Internet também está diretamente ligada ao aspecto econômico do usuário, visto que este deve garantir os meios necessários para obter o acesso tais como celular ou computador, serviço de acesso, acredita-se que o Estado tem o dever de promover políticas para que não haja uma «divisão digital» e para os casos mais extremos, uma exclusão digital na sociedade. Desta forma, o Estado deverá criar iniciativas que contribuam para promover a disponibilidade, acessibilidade e preços justos para que qualquer cidadão independente da sua classe social tenha a oportunidade de participar do espaço cibernético.

De fato, vemos que o relatório das Nações Unidas tenta aplicar o enquadramento legal de Direitos Humanos existentes devido a sua flexibilidade ao surgimento de novas tecnologias. Diferentemente do que sugere Frank De La Rue, acreditamos que a criação de uma Corte internacional específica para tratar de assuntos relacionados à Internet seria desnecessária. Criar uma nova burocracia num sistema internacional onde há um conflito de poder no âmbito da governança seria gastar recursos desnecessários.

De um modo geral, acreditamos que o relatório poderá orientar de maneira positiva a dinâmica do espaço virtual ao reforçar os Direitos Humanos já existentes. Diante de um ambiente de luta constante de poder entre os mais diversos atores, ao sugerir o acesso a Internet como um Direito Humano reforçaria os aspectos jurídicos que surgem no espaço cibernético, os quais, na maior parte dos casos, já estão regulados em outros espaços sociais e mesmo assim são desrespeitadas pelos Estados. Ademais, o fato de o relatório tentar garantir o “direito de acesso” à Internet ajudaria a diminuir a exclusão digital, e, por conseguinte, promoveria um equilíbrio de poder entre os atores cibernéticos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da década de noventa, a Internet passou por um processo de democratização e internacionalização contínuo e tornou-se um símbolo da comunicação do século XXI devido à possibilidade de interagir com outros instrumentos de

comunicação: TV, rádio, jornais, revistas. Contudo, sua característica única é o fato de que o usuário não é apenas um espectador, mas também pode interagir na troca de informações e fazer parte do processo de publicar informações.

Com a crescente preocupação dos Estados com o poder dado aos cidadãos, estamos vivenciando uma propagação de leis injustas e contrárias aos direitos humanos, pois não respeitam à privacidade, liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Considerando tal contexto, cremos que o relatório das Nações Unidas é um documento importante para reforçar os Direitos Humanos já garantidos, sendo válido para lembrar aos Estados que relutam em reconhecer a transposição dos Direitos Humanos existentes nos outros espaços ao ambiente virtual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Derechos, 1993.
- BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso in *Estética da Criação Verbal*. Sao Paulo: Martins Fontes: 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. I, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CERF, Vint. Re-Thinking the Internet. *Conferencia de Standford University*, Standford University, 2011. Disponível em: <<http://youtu.be/VjGuQ1GJkYc>>. Acesso em 21 de maio de 2012.
- \_\_\_\_\_. Internet access is not a Human Right. *The New York Times*. 2012. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- CLARKE, Richard A. KNAKE, Robert. *Cyber war: the next threat to national security and what to do about it*. Kindle Edition. Ecco: 2012.
- COLEMAN, Gabriella. Origins of Anonymous from trolling to political activism. *Conference New York*, University, New York University, 2011. Disponível em: <<http://youtu.be/-tB4onhtAmQ>>. Acesso em 21 de maio de 2012.
- \_\_\_\_\_. Geek politics and Anonymous. *Re:Publica XI Archiv* (Conferência), 2011. Disponível em: <<http://youtu.be/twYILZfYlp8>> Acesso em

- 12 de dezembro de 2012.
- G. L. The internet in the Middle East: The Arab Spring's online backlash. *The Economist*. 29 de Março de 2012. Disponível em <[www.economist.com/node/21551501](http://www.economist.com/node/21551501)> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
  - HARVEY, David, *Condição pós-moderna*, vol. 2, São Paulo: Editora Loyola, 1998.
  - HAWKING, Stephen, *A Brief History of Time*, Versão Audio, Disponível em <[youtu.be/IGpfu-KpuLw](http://youtu.be/IGpfu-KpuLw)>. Acesso em 7 de outubro de 2012
  - IBSA *Multistakeholder meeting on Global Internet Governance. Recommendations*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <[http://www.culturalivre.org.br/artigos/IBSA\\_recommendations\\_Internet\\_Governance.pdf](http://www.culturalivre.org.br/artigos/IBSA_recommendations_Internet_Governance.pdf)> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
  - J.P. Virtual currency: Bits and Bob. *The Economist*. 13 de Junho de 2011. Disponível em <<http://www.economist.com/blogs/babbage/2011/06/virtual-currency>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
  - KING, Kenneth. The origin and history of the Internet. *Conferência da Cornell University*, Cornell University, 2011. Disponível em <<http://youtu.be/SDryuP0jqxw>>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
  - LA RUE, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. Human Rights Council. A/HRC/17/27. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)>. Acesso 12 de dezembro de 2012.
  - MC CULLAGH, Declan. *Vint Cerf: SOPA means "unprecedented censorship" of the Web*. CBNET News: 2011. Disponível em <[http://news.cnet.com/8301-31921\\_3-57344028-281/vint-cerf-sopa-means-unprecedented-censorship-of-the-web/](http://news.cnet.com/8301-31921_3-57344028-281/vint-cerf-sopa-means-unprecedented-censorship-of-the-web/)>. Acesso 12 de dezembro de 2012.
  - NYE, Joseph S. *Cyber Power* (Paper). Belfer Center for Science and International Affairs. Harvard University: 2010. Disponível em <[http://belfercenter.ksg.harvard.edu/publication/20162/cyber\\_power.html](http://belfercenter.ksg.harvard.edu/publication/20162/cyber_power.html)> Acesso 12 em de dezembro de 2012.
  - POSTMAN, Neil. On Cyberspace. Interview at The MacNeil/Lehrer. *PBS News Hour*, 2005. Disponível em <<http://youtu.be/49rcVQ1vFAY>>. Acesso em 21 de

maio de 2012.

- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal*. São Paulo: Editora Record, 2005.
- S/A. The International Engagement in *Cyberspace Conference*. Georgetown University: 2011. Disponível em: <<http://youtu.be/R11FNgtui00>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- S/A. Na Primavera Árabe internet é faca de dois gumes. *Veja*, 13 de Maio de 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/na-primavera-arabe-internet-e-faca-de-dois-gumes>>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- S/A. War in the fifth domain: Are the mouse and keyboard the new weapons of conflict? *The Economist*. 1 de Julho de 2010. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/16478792>>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- S/A. The threat from the Internet: Cyberware. *The Economist*. 1 de Julho de 2010. Disponível em <<http://www.economist.com/node/16481504>>. Acesso em 21 de maio de 2012.
- THILL, Scott. 1948: William Gibson, Father of Cyberspace. *Wired*. March 17. Disponível em: <[http://www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech\\_0317](http://www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech_0317)> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- WYLD, Adrian. Facebook. The New York Times apud *Canadian Press*. 13 de Dezembro de 2011. Disponível em: <[http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/facebook\\_inc/index.html](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/facebook_inc/index.html)> Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- ZITTRAIN, Jonathan. *Hactivism: Anonymous, lulzsec and Cybercrime in 2012 and Beyond*. CodeX. Standfor Center for Legal Informatics: 2012. Disponível em <<http://youtu.be/CZWjfxY8nmU>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.

## PODE O DISCURSO DE INCITAMENTO AO ÓDIO CONSTITUIR UM LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

MARTA MACHADO<sup>1</sup>

[marta.pinheiro.machado@gmail.com](mailto:marta.pinheiro.machado@gmail.com)

### RESUMO

Impõe-se desde logo procurar definir o que é discurso de incitamento ao ódio, sendo que uma das principais dificuldades é a limitação do conteúdo deste discurso, de modo a perceber-se que tipos de discurso, de manifestação poderão ser entendidos desta forma. Em linhas muito gerais o discurso de incitamento ao ódio (*Hate Speech*), entende-se como um discurso que visa promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade, género ou opção sexual. Discurso que atenta, à partida, contra a pedra basilar de qualquer democracia, o princípio da dignidade humana. E quando atos de violência atroz são motivados por discursos deste cariz, haverá culpabilização assente no discurso ou no crime de ódio?

Uma série de questões surgem nesta matéria, sendo a questão central saber se o discurso de incitamento ao ódio deverá ser considerado exercício legítimo da liberdade de expressão, ou se por outro lado poderá ser considerado um limite a esta liberdade fundamental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão; discurso de incitamento ao ódio; direitos fundamentais; princípio da proporcionalidade; princípio da dignidade da pessoa humana.

O discurso de incitamento ao ódio, *hate speech*, apresenta-se como uma questão atual e peremptória, no plano dos direitos fundamentais, nomeadamente no que concerne à liberdade de expressão. Assim, apesar de se apresentar a nível doutrinal

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Universidade do Minho, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, encontrando-se atualmente a escrever a Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direitos Humanos, também na Universidade do Minho. Inscrita na Ordem dos Advogados como Advogada-Estagiária desde dezembro de 2011, encontrando-se também a estagiar num escritório de advogados em Braga.



como pacífico que os direitos fundamentais não apresentam um carácter ilimitado, há lugar a limites. Contudo, os limites impostos têm de ser criteriosamente analisados. Afinal, tal como sentenciado pelo Tribunal Constitucional,

a liberdade de expressão, como os demais direitos fundamentais, não é um direito absoluto ou ilimitado, pois conhece limites imanentes, e, onde o seu exercício entra em conflito com direitos fundamentais de outrem, não pode deixar de sofrer ainda as limitações exigidas pela necessidade da realização destes<sup>2</sup>.

O artigo 37º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra a liberdade de expressão, direito fundamental que encabeça o leque dos direitos fundamentais de comunicação social.

Sob a epígrafe de *liberdade de expressão e informação*, no nº 1 deste artigo estabelece-se que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, como o direito de informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

Perante a impossibilidade de impedimentos ou limitações por qualquer forma de tortura, patente no nº 2 do artigo supra mencionado, compreende-se facilmente a carga histórica associada e o acervo no combate à censura e fortalecimento destes direitos outrora tão negligenciados.

É fundamental falar em direitos pois a liberdade de expressão, embora possua uma ligação muito estreita com o direito de informação, é um direito distinto. Englobam-se portanto neste mesmo âmbito dois artigos fundamentais, havendo um vasto número de questões associadas ao direito de informação e um possível reconhecimento de direito de acesso aos diversos meios de comunicação<sup>3</sup>.

Contudo, apesar de não se afigurar como possível qualquer tipo de discriminação ou censura à liberdade de expressão, aquela pode dar lugar à presunção de que não são estabelecidos limites a esta liberdade. Assim, o nº3 do artigo supra referido estipula que este direito não é inviolável, prevendo mecanismos de reação para essas mesmas possíveis violações, portanto que, “as infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos

---

<sup>2</sup> Cf. Acórdão do TC de 11.05.1989

<sup>3</sup> Nesse sentido se pronunciam Jorge Miranda e Rui Medeiros, salientando a ideia de que a possibilidade dada pela Constituição no sentido de poder haver exercício da liberdade de pensamento por qualquer meio não poderá implicar uma incondicionada e ilimitada utilização dos meios, carecendo portanto de distinções a este nível, nomeadamente através dos critérios da disponibilidade do acesso, contexto em que surgem e regime constitucional. Cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010, p. 874

tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei”. Este número não introduz por princípio, um carácter de novidade ao já estipulado anteriormente em matéria constitucional.

Conforme anteriormente referido, o nº3 do artigo 37º da CRP, confere legítimos limites ao exercício da liberdade de expressão. Afinal, o exercício de um direito fundamental tem de assegurar a responsabilidade do mesmo. Deverá salientar-se a ideia de que o uso de um direito tem de ser feito de forma legítima, havendo lugar a responsabilização no caso de uso ilegítimo ou abusivo do mesmo. Assim, para além dos limites previstos do ponto de vista criminal<sup>4</sup>, há também lugar à responsabilidade civil.

Desenvolvendo a ideia dos limites impostos aos direitos fundamentais, Vieira de Andrade reconhece três formas de limitação destes direitos, desde logo, os limites imanes, sendo o próprio âmbito de proteção constitucional a excluir algumas formas de exercício destes direitos<sup>5</sup>.

Também as colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito constituem uma forma de limitação, na medida em que, se vários valores fundamentais concorrem entre si, facilmente haverá ou poderá haver lugar a uma restrição entre estes. Constitui-se como exemplo, o caso da liberdade de expressão que concorre no mesmo âmbito da aplicação ao direito ao bom nome e à reputação, na impossibilidade de ambos se poderem fazer valer exatamente na mesma medida e com o mesmo campo de aplicação. Neste caso, recusa-se a hierarquização dos valores fundamentais, devendo haver lugar a uma restrição, apenas no sentido de ambos poderem subsistir, pois “[um] critério de hierarquia não é sustentável e acabaria. De qualquer modo, por suscitar uma série de problemas sem solução racional”<sup>6</sup>. A ideia a prosseguir será sempre de que não deverá haver afetação do núcleo fundamental de cada um dos direitos, sempre que tal seja

---

<sup>4</sup> Artigo 180º, nº 1 do Código Penal: “[q]uem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”.

Artigo 181º, nº 1 do Código Penal: “[q]uem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias”.

Artigo 185º do Código Penal: “[q]uem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”.

<sup>5</sup> “[o]s direitos fundamentais têm os seus limites imanes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria (mesmo quando os recebe)” .Cf. Vital MOREIRA, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p.273.

<sup>6</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 276.

possível o núcleo fundamental deve manter-se intacto, de modo a conseguir salvaguarda-lo.

Contudo, também as leis restritivas propriamente ditas constituem um limite, previstas constitucionalmente no artigo 18º, nº 2 e 3 da CRP, preceito que deverá ser interpretado tendo em conta o princípio da proporcionalidade<sup>7</sup>.

Assim impõe-se saber se o discurso de incitamento ao ódio poderá constituir um limite à liberdade de expressão. Contudo, impõe-se definir desde logo o que é discurso de incitamento ao ódio. Uma das principais dificuldades é a limitação do conteúdo deste discurso, de modo a perceber-se que tipos de discurso, de manifestação poderão ser entendidos de facto como verdadeiros discursos de incitamento ao ódio.

Em linhas gerais o discurso de incitamento ao ódio (*Hate Speech*), segundo Rosenfeld, entende-se como um discurso que tem em vista promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade, género ou opção sexual. Assim, temos desde logo, à partida, um discurso que poderá atentar contra a pedra basilar de qualquer democracia, de qualquer Estado de Direito Democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, podemos ter por um lado um discurso que incute nos seus ouvintes um sentimento de ódio contra um grupo de indivíduos apresentando um conteúdo puramente discriminatório, visto que assenta numa primeira análise em motivos discriminatórios; por outro lado, temos também os discursos que visam manifestar a discordância relativamente à organização social ou a políticas económicas. Neste segundo âmbito, entende-se facilmente que o espírito crítico de um indivíduo nesta matéria não se deverá confinar a uma opinião positiva das políticas adotadas no momento. A liberdade de expressão dá e tem de dar lugar a opiniões discordantes. Por conseguinte, estas são claramente opiniões legítimas e encontram-se protegidas constitucionalmente.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Artigo 18º da Constituição da República Portuguesa: “1 - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2 - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3- As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

<sup>8</sup> Assim entende Miguel Salgueiro Meira, consagrando de forma clara esta distinção. “Há que ter em conta que, sendo a liberdade de expressão uma liberdade de conteúdos, aí se incluem não apenas aquelas manifestações de opinião que manifestem simpatia pela ordem legal e democrática implementada na Constituição, mas também aquelas opiniões contrárias a essa mesma ordem”. Cf. Miguel Sagueiro MEIRA, Os limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio, in *Verbo Jurídico*,

O advogado Miguel Salgueiro Meira apresenta um muito bem conseguido exemplo, referindo que se um indivíduo se insurgir contra a política de imigração do seu país, e por consequência, contra a presença de um elevado número de imigrantes por entender que os empregos destinados a cidadãos nacionais estão a ser preteridos para imigrantes, estará a fazer um uso legítimo da liberdade de expressão<sup>9</sup>. Isto porque este tipo de manifestação não entende unicamente a ofensa dos cidadãos imigrantes, e como tal, por muito infundada e discriminatória que seja, terá de ser legítima.

Contudo, muitas vezes optam-se por discursos mascarados de legalidade, de convicções políticas legítimas, de forma a conferir-se legalidade a discursos que em última análise visam somente uma total discriminação e minoração de determinado grupo. Todavia, esta análise, aparentemente fácil a um nível teórico, revela-se particularmente complicada quando aplicada diretamente a casos reais. Não só pela avaliação em si do discurso, fundamental e quase unicamente discriminatório, mas pela própria dissimulação feita ao mesmo discurso, conferindo-lhe um carácter de legalidade. Poderá contudo esta dissimulação ser válida à luz do Direito?

De um modo geral, parece não haver uma clara previsão ou proibição do discurso de incitamento ao ódio, parecendo haver quase uma lacuna nesta matéria.

Excetuando-se os limites imanentes ao exercício da liberdade de expressão, e as sanções penais para a prática de crimes como injúria ou difamação, não há qualquer disposição constitucional que disponha concretamente sobre os discursos de incitamento ao ódio. Isto porque o nosso leque de direitos e deveres constitucionais não se encontra esgotado à partida.

Contudo, mesmo que o discurso em si incite ao ódio, e mesmo que esta questão se torne de alguma forma pacífica, temos sempre de ter em conta que não há lugar a um ato de ódio, permanecemos no domínio das ideias, ideias que mesmo sendo exteriorizadas, não culminam num ato físico.

Como anteriormente referido, parecem ter sido deixadas algumas áreas cinzentas, quanto à previsão ou proibição deste tipo de discursos, contudo, há dois casos onde se dispõe de forma incisiva sobre esta matéria, sendo o caso alemão e americano.

Tomando como ponto de referência o Código Penal federal alemão que, no seu artigo 130º, consagra que “ [quem], de forma capaz de perturbar a paz pública, (1)

---

2011 Disponível em <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira\\_limitesliberdadeexpressao.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf)>, [10.01.2012], p.11.

<sup>9</sup> Cf. Miguel Sagueiro MEIRA, *Os limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio*, op. cit., p.12.

incitar ódio contra segmentos da população ou (2) atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...]”. Winfried Brugger, explica mesmo que “[o] §2º desse preceito contém uma proibição similar quanto a publicações e define expressamente o discurso do ódio contra ‘grupos determinados por nacionalidade, raça, religião ou origem técnica [...]’”<sup>10</sup>.

Estas disposições presentes no Código Penal federal alemão têm sido acatadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, na medida em que têm considerado que a liberdade de expressão não se poderá sobrepor a outros valores constitucionais contrapostos, sendo necessária uma adequada ponderação, respeitando o princípio da proporcionalidade.

Forma diferente de vista é entendida pela Constituição americana, “ [está] claro que o texto da Constituição alemã confere à dignidade, personalidade e honra maior prevalência contra o discurso do ódio do que o faz a Constituição americana, que, por sua vez, silencia sobre todos esses valores”<sup>11</sup>.

Assim, a Constituição americana confere à liberdade de expressão uma dimensão quase absoluta, conferindo muitas vezes proteção às mais graves formas de expressão. A própria jurisprudência americana vai no sentido de defesa absoluta da liberdade de expressão. Contudo, mesmo protegendo o discurso de incitamento ao ódio, o Estado Americano faz a ressalva do exercício da liberdade de expressão como forma de incitar a atos violentos<sup>12</sup>, ou seja cumpre-se uma exigência de que este discurso deverá de facto culminar num ato físico de violência.

Um dos casos mais paradigmáticos respeitantes a esta matéria em Portugal foi a acusação de indivíduos pertencentes à secção portuguesa de *Hammeskin Nation*, organização originária dos Estados Unidos, particularmente violenta e de extrema-direita, que se orgulha de possuir um exemplar sentido de dever, disciplina, honra e nobreza de luta pela causa nacionalista. Estes indivíduos enfrentaram acusações pela prática de discriminação racial reiterada e infrações conexas aliadas à difusão de

---

<sup>10</sup> Cf. Winfried BRUGGER, Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e Americano, in *Direito Público*, vol. 1, nº 15, Jan-Fev-Mar, 2007, Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/521>, [12.01.2012], p. 121.

<sup>11</sup> Cf. Winfried BRUGGER, Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e Americano, *op. cit.*, p.123.

<sup>12</sup> Caso *Bradenburg vs. Ohio*, 1969.

mensagens racistas, xenofobia, antissemitismo, aliados a um constante incitamento ao ódio e à violência<sup>13</sup>.

A divulgação das mensagens de cariz racista e altamente discriminatório eram feitas sobretudo através de “[...] meios de comunicação tradicionais e eletrónicos, bem como concertos musicais, encontros, concentrações e manifestações [...]”<sup>14</sup>.

A 3 de outubro de 2008, no Tribunal de Monsanto, há então lugar a esta histórica decisão judicial, havendo lugar a 18 condenações a pena de prisão por discriminação racial dos 36 indivíduos acusados.

Não poderão restar quaisquer dúvidas do relevo da liberdade de expressão, do seu papel na nossa história e nos nossos preceitos constitucionais. Aliás é especialmente perigoso separar a liberdade de expressão e destrinça-la da ideia de Estado de Direito Democrático. Também não poderá haver dúvida que no domínio dos direitos fundamentais não há lugar à consagração de um carácter absoluto e ilimitado.

Assim, também a liberdade de expressão não poderá ter um carácter ilimitado, sendo o discurso de incitamento ao ódio um dos principais limites a este direito fundamental. Afinal, não teria sentido entender-se de outra forma, não quando este discurso atenta de forma tão direta contra a dignidade humana, contra a igualdade; quando se utiliza a expressão do pensamento para unicamente minorar e discriminar grupos de indivíduos, que aos olhos dos discursantes são despidos de igualdade e mesmo de humanidade.

Este atentado aos direitos humanos vai ainda mais longe quando se assistem a atos de violência atroz, motivados por discursos deste cariz. A partir deste momento, passa-se então para o domínio da violência física, por parte de indivíduos que foram instigados, dominados pelo ódio, por razões de sexo, raça, língua, religião, orientação sexual, convicções políticas, condição social ou orientação sexual. Ou seja, o mero discurso, a mera expressão, exteriorização do pensamento poderá de facto culminar num ato de violência físico.

Assim, o discurso de incitamento ao ódio não poderá ser considerado um exercício legítimo da liberdade de expressão, não quando atenta contra a essencialidade deste direito fundamental. Num contexto onde facilmente se podem adotar posições

---

<sup>13</sup> Cfr. Bruno PEIXE, et all. *O Racismo e a Xenofobia em Portugal (2001-2007)*, Oeiras, NUMENA – Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2008, p. 18.

<sup>14</sup> Enric VIVES-RUBIO. Elemento de extrema-direita acusados de crimes raciais e posse de armas vão a julgamento. *Público*, 29.11.2007 Disponível em <<http://www.publico.pt/Sociedade/elementos-de-extremadireita-acusados-de-crimes-raciais-e-posse-de-armas-vao-a-julgamento-1312289>> [10.10.2012].

extremistas, terá de ressaltar-se o respeito pela liberdade de expressão, pelo uso deste direito fundamental, mas também por todo o nosso leque de direitos fundamentais previstos constitucionalmente e, com base num critério de proporcionalidade, procurar que o respeito sobressaia.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- ALVAREZ, Antonio Prieto, NOVAES FILHO, Wladimir, *A Constituição dos EUA: anotada*, São Paulo: LTr, 2001.
- BRUGGER, Winfried, “Proibição ou Proteção do Discurso ao Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano”, *Direito Público*, vol. 1, nº 15, Jan-Fev-Mar, 2007 Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/521>>. [12.01.2012].
- CASALTA NABAIS, José, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- COHEN, G.A., *Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- DWORKIN, R, “Two concepts of liberty” in Edna and Avishai Margalit (Eds.), *Isaiah Berlin: a Celebration*, Hogarth Press, London, 1991.
- EIBL-EIBESFELD, Irenäus, *Amor e Ódio – História Natural dos Padrões Elementares do Comportamento*, Bertrand Editora, 2ª Edição, 1986.
- GOODALL, Kay, “Challenging hate speech: incitement to hatred on grounds of sexual orientation in England, Wales and Northern Ireland”, *The International Journal of Human Rights*, 13:2, 211 – 232.
- HARE, Haven, “Legislating Against Hate—the Legal Response to Bial Crimes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 17, nº 3, Autumn, 1997, pp. 415 – 439. Disponível em <<http://www.jstor.org/pss/764535>> [10.10.2012]
- HORNSBY, Jennifer, “Free Speech and Hate Speech: Language and Rights” in Egidi, R., and dell’Utri, M. and de Caro, M. (eds.) *Normativit Fatti Valori*. Macerata, Italy: Quodlibet, pp. 297 – 310. Disponível em <<http://eprints.bbk.ac.uk/158/1/hornsby7.pdf>> [09.10.2012]

- JACOBSON, D., “Freedom of speech acts? A response to Langton”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24, nº. 1, Winter, 1995 pp. 64-79.
- JERÓNIMO, Patrícia, “Direito Público e Ciências Sociais – O contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, *Scientia Iurídica*, Tomo LVI, Nº326, 2011, pp. 343 – 383.
- MACHADO, Jónatas E. M., “Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social” *Studia Iuridica* 65, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Setembro de 2002.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *Código Penal Português - Anotado e Comentado*, 18º ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- MEIRA, Miguel Salgueiro, “Os Limites à Liberdade de Expressão nos Discursos de Incitamento ao Ódio”, in *Verbo Jurídico*, 2011. Disponível em <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira\\_limitesliberdadeexpressao.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf)> [10.01.2012].
- MEKLEJOHN, A., “Free speech and its relation to self-government”, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2009.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV- Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.
- PEIXE, Bruno, et all. *O Racismo e a Xenofobia em Portugal (2001-2007)*, Oeiras, NUMENA – Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2008.
- REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- SILVA, Mariana Duarte, “A Economia de Um Direito Humano: Análise Económica do Direito à Liberdade de Expressão Garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem” *Direito Público*, vol 1, nº 1, 200, pp. 25 – 55. Disponível em



- < <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/501/502>> [10.10.2012].
- SLAGLE, Mark, “An Ethical Exploration of Free Expression and the Problem of Hate Speech”, *Journal of Mass Media Ethics*, 24:4, 238 – 250.
  - VIEIRA, Marcus Vinicius R., *A Alemanha Nazista e a Formação do Consenso*, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, NEC Núcleo de Estudos Contemporâneos, 2009. Disponível em <<http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/alemanha-nazista-e-forma%C3%A7%C3%A3o-do-consenso>> [10.10.2012].
  - VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.
  - SOUSA, Marcelo Rebelo de, ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, 30.ed., Lisboa: Lex Editora, 2000.
  - VIVES-RUBIO, Enric. Elemento de extrema-direita acusados de crimes raciais e posse de armas vão a julgamento. *Público*, 29.11.2007 Disponível em <<http://www.publico.pt/Sociedade/elementos-de-extremadireita-acusados-de-crimes-raciais-e-posse-de-armas-va-a-julgamento-1312289>> [10.10.2012].
  - ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e suas limitações. Os limites dos limites*, Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.
  - ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988 e suas limitações*. São Paulo: Paulista Editora, 2003.

## DIREITOS HUMANOS NA IDADE MÍDIA

*RIBAMAR FONSECA JÚNIOR*<sup>1</sup>  
[fonsecajuniorbr@gmail.com](mailto:fonsecajuniorbr@gmail.com)

### RESUMO

Esta comunicação faz um recorte temático sobre a importância das mídias na consolidação dos Direitos Humanos e realiza um breve relato sobre o significado e o processo histórico de construção desses direitos. Debate-se que as Mídias, mais precisamente a Internet, assumiram um papel relevante na disseminação, entre os povos, do conhecimento desses direitos, na fiscalização do seu cumprimento, especialmente em países de regimes totalitários, e principalmente na sua consolidação como uma conquista da Humanidade. O principal objetivo desta comunicação é justamente demonstrar a consolidação dos Direitos Humanos através das mídias, especialmente da Internet, destacando a ação não apenas de organismos oficiais nacionais e mundiais como, também, de organizações não governamentais, todos empenhados em assegurar a observância desses direitos. Desse modo, esta comunicação oferece um panorama da situação dos Direitos Humanos no Brasil e no mundo, evidenciando tudo o que vem sendo feito com vistas a efetiva consolidação desses direitos, de modo especial o uso da Internet como fator de disseminação do conhecimento e fiscalização em todo o Globo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos, Mídias, Internet

### INTRODUÇÃO

A questão dos Direitos Humanos era, em tempo recente, um assunto discutido quase que exclusivamente apenas pelos juristas e estudiosos do assunto. Eventualmente historiadores, cientistas políticos e cientistas sociais se ocupavam do tema quando algum acontecimento, arrancado da obscuridade, catapultava a questão

---

<sup>1</sup> RIBAMAR FONSECA JÚNIOR é Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho e investigador do CIIDH-UMINHO, Bolseiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES

para o palco das discussões. Nos últimos 10 anos, porém, como consequência sobretudo do avanço dos meios de comunicação, particularmente da Internet, este panorama mudou, e o tema “Direitos Humanos” explodiu, no cenário mundial, como questão de grande relevância moral para a Humanidade e assunto obrigatório nas discussões em todos os quadrantes do globo.

Esta comunicação faz um recorte temático sobre a importância das mídias na consolidação dos Direitos Humanos e realiza um breve relato sobre o significado e o processo histórico de construção desses direitos. Debate-se que as Mídias, mais precisamente a Internet, assumiram um papel relevante na disseminação, entre os povos, do conhecimento desses direitos, na fiscalização do seu cumprimento, especialmente em países de regimes totalitários, e principalmente na sua consolidação como uma conquista da Humanidade. A importância da Internet, quanto a aspectos como a liberdade de expressão, acesso a informação, ativismo político e social, ficou claramente definida nesse trabalho que, no entanto, não deixou de retratar os graves efeitos do seu mau uso.

O principal objetivo desta comunicação é justamente demonstrar a consolidação dos Direitos Humanos através das mídias, especialmente da Internet, destacando a ação não apenas de organismos oficiais nacionais e mundiais como, também, de organizações não governamentais, todos empenhados em assegurar a observância desses direitos. Desse modo, pretendemos oferecer um panorama da situação dos Direitos Humanos no Brasil e no mundo, evidenciando tudo o que vem sendo feito com vistas a efetiva consolidação desses direitos, de modo especial o uso da Internet como fator de disseminação do conhecimento e fiscalização em todo o planeta.

## **OS DIREITOS HUMANOS COMO CONSENSO HISTÓRICO**

Com o decorrer dos tempos os Direitos Humanos foram adquirindo relevância e, conseqüentemente, obtendo o seu devido valor. Todavia, foi só ao final da Segunda Grande Guerra Mundial que a sociedade internacional deu a devida atenção ao tema, principalmente quanto à proteção desses direitos em âmbito internacional. Isso se deu em virtude da constatação do uso da violência perpetrados contra inocentes e o profundo desprezo às vítimas, as quais foi negada a humanidade. Dentro desse contexto surge a preocupação pela comunidade internacional em estabelecer mecanismos de proteção, a fim de evitar a repetição do que foi o Holocausto (Fonseca Júnior, 2010a).

Foi com a criação da Organização das Nações Unidas e posteriormente com sua iniciativa de compor um documento que fundamentasse a proteção das liberdades individuais de todo ser humano num mundo pós-guerra, assustado com os horrores do Holocausto, destruído por desigualdades e dividido pelo colonialismo que surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem configura-se, como um instrumento que estabelece os Direitos Humanos como uma categoria de direitos inerentes às pessoas. Nesse sentido, pavimenta o caminho do direito cosmopolita imaginado por Kant, ao universalizar que "a violação de um direito ocorrido num ponto da Terra é sentida por todos".

## **O ESTADO DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO**

Nas últimas seis décadas, a linguagem dos Direitos Humanos passou a fazer parte da agenda política diária e, nesse mister, a Declaração dos Direitos Humanos conseguiu estabelecer e codificar um enorme espectro de direitos políticos, econômicos e sociais, deixando para o século XXI a tarefa de aplicar efetivamente o que a declaração prescreve. Com efeito, os múltiplos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos têm partido da premissa de que os direitos protegidos são inerentes a todos os seres humanos (Trindade, 1998).

Atualmente, os instrumentos de proteção são organizados e têm seus funcionamentos efetivados através dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos Universais, Regionais e Estaduais. Além desses instrumentos, outros fatores contribuem no mundo atual a favor da proteção dos Direitos Humanos, como a revolução tecnológica das comunicações, com a televisão via satélite, com a fibra ótica e, principalmente, com a internet, que além de propiciar acesso à informação destrói o monopólio do Estado e dos grandes grupos de comunicação e de entretenimento sobre a mesma. Tão importante quanto à revolução tecnológica das comunicações, o surgimento de grupos de defesas dos Direitos Humanos, como a Anistia Internacional, a Human Rights Watch e outros, fazem com que as práticas de um país em Direitos Humanos se convertam em assunto de domínio público, dando a publicidade necessária.

Com efeito, devido à atuação dessas organizações não governamentais (ONGS) têm surgido alianças informais com Estados para a defesa de assuntos como: a proibição das minas antipessoais, o fim da utilização de crianças como soldado e a criação de corte penal internacional, propiciando um crescimento de um movimento mundial em prol dos Direitos Humanos. Apesar dos avanços, em termos de proteção

dos Direitos Humanos, são constantes as selvagens guerras civis, a repressão brutal policial, a escravidão de milhões de crianças no mundo e a morte, por doenças e de fome, de milhões de pessoas de todas as idades. Além disso, vários governos ainda adotam a tortura para silenciar os que fazem oposição política, tornando em mera promessa de papel os direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos-DUDH.

## **DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

A história mostra que os princípios de Direitos Humanos foram implementados no Brasil de forma lenta e gradual, alternando momentos de grandes avanços, com períodos de enormes retrocessos. Para Vasconcelos (2009) o reconhecimento dos direitos políticos e, principalmente, dos direitos civis se dá de maneira fragmentada e descontínua no Brasil ao longo do século.

Nos anos sessenta e setenta a violência arbitrária do Estado e o desrespeito às garantias fundamentais fizeram com que os indivíduos e grupos se voltassem contra o regime autoritário em nome da defesa dos Direitos Humanos (Pinheiro & Neto, 1998). Nos anos 80, mais precisamente em 1985, em discurso proferido na abertura da Assembléia Geral das Nações Unidas, o Brasil, anunciava, solenemente, à comunidade internacional a sua intenção de promover e consolidar os Direitos Humanos. Todavia, só a partir da Constituição de 1988, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, passou-se a vislumbrar a consolidação dos Direitos Humanos no Brasil (Brandão e Perez, 1998). Com efeito, a Constituição Federal de 1988 não só garantiu que os Direitos Humanos nela expressos fossem fixados como cláusulas pétreas, ou seja, insusceptíveis de emendas restritivas, como também, previu que a estes direitos se somassem todos aqueles decorrentes dos tratados internacionais celebrados e ratificados pelo Brasil (Artigo 5º., LXXVII, parágrafo 2º). Para além dos direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, o Brasil avançou muito com relação a sua legislação interna, como a Lei nº. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Portanto, para Trindade (2001) não há como negar que a proteção jurisdicional é a forma mais evoluída de salvaguarda dos Direitos Humanos e a que melhor atende aos imperativos do direito e da justiça. Com efeito, as ações de promoção e consolidação dos Direitos Humanos no Brasil não ficam só nos dispositivos Constitucionais de proteção, ou nas leis infra-constitucionais, passam também, pela

implementação de vários programas, como o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNHD) e outros. Todavia, apesar dos dispositivos constitucionais de proteção dos Direitos Humanos, das leis infra-constitucionais, dos programas governamentais, o Brasil tem demonstrado que o esteio da sua política interna e externa de Direitos Humanos é a Democracia (Brandão e Perez, 1998). Por outro lado, podemos constatar no Brasil a existência de grande abismo entre a legislação avançada e a efetivação das leis, ressaltando a incongruência entre o discurso e a prática. Com base no conjunto das situações e na realidade de agora, pode-se dizer que os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros (Dallari, 2003). Entretanto, embora não se consiga sopesar o grau de respeito aos Direitos Humanos no Brasil, podemos perceber uma mudança, ainda que tímida com relação à diminuição da tolerância em relação à impunidade e às violações de Direitos Humanos, por parte do povo.

Esta mudança só foi possível porque o Brasil vive uma democracia. E democracia, hoje, só pode ser entendida como regime da participação institucional do povo no governo, combinado com o respeito crescente aos Direitos Humanos (Comparato, 1999). Nesse sentido, Correia (2005), Lopes & Chehab (2008) e Pinheiro & Neto (1998) asseveram a necessidade da divulgação não só dos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos como, também, de todas as formas de violação dos Direitos Humanos, como forma de mobilizar a sociedade. Nesse aspecto, as mídias e principalmente a internet, tem dado importante contribuição, não só na veiculação dos Direitos Humanos, mas principalmente na sua consolidação. Portanto, o reconhecimento das Mídias, em especial da Internet, como fator preponderante para a consolidação dos Direitos Humanos, nos coloca perante um debate sobre a questão da relação entre Mídias, Direitos Humanos e Internet.

### **MÍDIAS, DIREITOS HUMANOS E INTERNET**

Concomitante com a evolução e consolidação dos Direitos Humanos, as Mídias também se modernizaram, transformando-se num importante aliado nesse processo em que vive o mundo de hoje, onde os Direitos Humanos passaram a ser, obrigatoriamente, incluídos na pauta dos grandes debates. Essa mudança vem acontecendo devido à velocidade com que as notícias são veiculadas e, principalmente, em função dos efeitos obtidos como resposta pelo acesso à informação em tempo real.

McLuhan foi o primeiro filósofo das transformações sociais provocadas pela revolução tecnológica do computador e das telecomunicações. Como paradigma da aldeia global, ele elegeu a televisão, um meio de comunicação de massa em nível internacional, que começava a ser integrado via satélite. Esqueceu, no entanto, que as formas de comunicação da aldeia são essencialmente bidirecionais e entre dois indivíduos. Somente agora, com o celular e a internet, é que o conceito começa de fato a se concretizar (Wikipédia, 2010). Com efeito, este conceito é presidido pelo princípio do mundo interligado. Essa interligação entre todas as regiões do Globo criaria uma poderosa teia de dependências mútuas e, desse modo, promoveria a solidariedade e a luta pelos mesmos ideais, ao nível, por exemplo, dos Direitos Humanos. De modo que a percepção estabelecida pelas tecnologias de informação e comunicação tem ligação estreita com a forma de um meio social. Portanto, resta claro a importância que todas as mídias tiveram e tem na evolução e afirmação dos Direitos Humanos. No entanto, é na veiculação dos Direitos Humanos nas mais variadas mídias que reside sua grande importância, seja através do Jornal, da Televisão, do Rádio ou da Internet, justamente por produzir novos valores e práticas sociais.

### **JORNAL IMPRESSO E OS DIREITOS HUMANOS**

No século XV, com a invenção da prensa de tipos móveis, pelo alemão Johannes Gutenberg, tem início a história do jornal impresso. Todavia, há quem afirme que os verdadeiros criadores da imprensa foram os chineses. No Brasil, o primeiro material tipográfico surgiu em 1808 com a chegada da família real portuguesa, conforme preconiza Bertol & Frosi (2004). A imprensa daquela época tinha o caráter doutrinário, diferente do caráter noticioso de hoje, e suas notícias eram veiculadas apenas com intuito de moldar a opinião pública a favor dos interesses da corte.

Com o surgimento da imprensa no Brasil, a linguagem dos Direitos Humanos passou a fazer parte do cotidiano dos jornais, contribuindo na construção da cidadania e possibilitando ao cidadão tomar conhecimento e buscar solução para os graves problemas que o afligia. Nesse sentido, o jornal tem se tornado um instrumento em prol da cidadania, da justiça social e principalmente dos Direitos Humanos, ao tratar diariamente de assuntos relacionados à violação desses direitos, como também de vários direitos específicos como, por exemplo, os direitos das crianças, dos negros, das mulheres e de muitos outros.

### **O RÁDIO E OS DIREITOS HUMANOS**

Criado há mais de 100 anos, o rádio resistiu ao tempo e consolidou-se como um eficiente veículo de comunicação (Fonseca Junior & Teixeira, 2010b). Historicamente figura como o instrumento que acionou o caráter verdadeiramente massivo dos meios de comunicação (Bianchi, 2010). Com efeito, consegue chegar a uma grande quantidade de pessoas, proporcionando o acesso a um número cada vez maior de informações, no menor espaço de tempo possível. Nesse momento contribui de forma efetiva para os Direitos Humanos ao possibilitar à sociedade, através da radiodifusão, exercer sua plena cidadania, sua liberdade de expressão e informação e seu desenvolvimento econômico e cultural. Exemplo da contribuição do rádio para a consolidação dos Direitos Humanos é o que acontece no interior da Amazônia, onde os trabalhadores rurais escravizados, muitos dos quais analfabetos e sem meios para expressar as condições de exploração em que vivem, encontram no Rádio as notícias que podem incentivá-los a denunciar o patrão que lhes retirou a liberdade, conforme constata Salvo (2005) em sua pesquisa monográfica.

Desde os idos de 1940 foram instaladas no Brasil um número considerável de rádios. Já nos anos setenta e oitenta, as rádios comunitárias, contribuíram para a consolidação dos Direitos Humanos, pois seu principal objetivo é exercer a comunicação livre, verdadeiramente democrática, de modo a oportunizar a difusão de idéias, de cultura, de promover a integração e o convívio social e, ainda, servir ao interesse e desenvolvimento da própria comunidade (Carlet, 2005).

## **A TELEVISÃO E OS DIREITOS HUMANOS**

Assim como os jornais impressos e o rádio, a televisão também tem dado sua contribuição para a consolidação dos Direitos Humanos. O aparecimento da televisão foi um marco decisivo na história das mídias. Desde seu advento, em 1939, até os dias atuais, continua a ter importante destaque entre os meios de comunicação. McLuhan, com a expressão “aldeia global”, nos fez perceber a importância da televisão, diante de suas potencialidades globais no sentido de eliminar as distâncias, ao mostrar os acontecimentos no momento em que eles ocorrem em qualquer parte do Globo. Essa importância aumenta não só devido à sua capacidade de geração e distribuição de informação, mas, sobretudo, diante do seu poder de influenciar a sociedade. A televisão para os Direitos Humanos tem sua importância dilatada à medida que utiliza sua potencialidade de transmissão em tempo real para denunciar todo e qualquer tipo de violação aos Direitos Humanos praticados sob a face do planeta. Quando a televisão



divulga a produção cultural da sociedade, em qualquer nível – nacional, regional ou local – e assegura a sua diversidade, contemplando etnia, gênero, opção sexual, política e religião, entre outras, está contribuindo para a consolidação dos Direitos Humanos e para a transformação da própria sociedade.

Para Sartori (2001), um dos críticos da televisão, até mesmo quando faz críticas a esse meio de comunicação ressalta a sua importância. Isso fica claro quando afirma que em países onde a televisão não entra por questões políticas e não se tem notícias do que acontece em seu território, principalmente com relação aos Direitos Humanos, para a grande maioria é como se nada tivesse acontecido. Da afirmação de Sartori (2001) pode-se perceber a importância da presença da televisão e de sua transmissão para a consolidação dos Direitos Humanos, embora em muitos casos esse veículo consiga fazer o caminho inverso. Neste sentido vaticina Barbosa & Brant (2005) “a capacidade da televisão de difundir estereótipos contrários às conquistas expressas na Declaração Universal é tão forte quanto seu potencial de transformar esta realidade”. Indubitavelmente as mídias tiveram e tem um papel importante na consolidação dos Direitos Humanos da atualidade, mas é na Internet e nas Novas Tecnologias de Comunicação e Informação (TICs) que esta contribuição atinge seu ápice, democratizando o consumo de conteúdos informativos, possibilitando maior liberdade de expressão e ativismo político, e garantindo maior controle social.

## **A INTERNET, AS TICs E OS DIREITOS HUMANOS**

A internet foi empregada primeiramente com fins acadêmicos, científicos e estratégicos e começou a se popularizar a partir da década de 90, com o advento do computador pessoal. Segundo dados da Internet World Stats<sup>2</sup> a internet conta atualmente com quase 2 bilhões e meio de usuários no mundo, distribuídos entre África 167 milhões, Ásia 1,070 bilhões, Europa 518 milhões, Oriente Médio com 90 milhões, América do Norte 273 milhões, América Latina/Caraíbas 254 milhões e Oceania/Austrália 24 milhões. O acesso a internet cresceu muito nos últimos 10 anos, saltou de 360 milhões de usuários até 31 de dezembro de 2000, para quase 2 bilhões e meio de usuários em 2012, registrando um crescimento de 566.4%, modificando a forma do relacionamento humano.

---

<sup>2</sup> Site de estatística sobre o uso da internet, com dados até 30 de junho de 2012. Disponível em <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

No Brasil a internet passou a existir de direito em 1995, com a criação do Comitê Gestor da Internet (CGI), entidade responsável por administrar os nomes e domínios locais e a interconexão de redes dentro e fora do país, além de representar a *web* em organismos internacionais no mundo (Prata, 2010). Com relação ao mundo as estatísticas mostram que nos últimos 10 anos o Brasil saltou de 5 milhões de usuários até dezembro de 2000, para 88 milhões de usuários em 2012, propiciando um novo estilo de vida e novas formas de relacionamento no país. Com efeito, estas mudanças podem ser sentidas em muitas atividades do cotidiano, pois é inegável que o uso da internet é cada vez mais crescente na vida das pessoas. A internet tornou simples muitas coisas que antes levavam tempo e custava dinheiro, desde uma simples compra sem sair de casa até a defesa de um trabalho monográfico, sem que esteja presencialmente na instituição educacional.

E foi justamente no ambiente educacional que a rede mundial de computadores revolucionou, pois possibilitou a milhões de pessoas o acesso à educação, através de uma nova modalidade de aprendizagem (educação à distância<sup>3</sup>), garantindo a instrução como um direito fundamental do ser humano, conforme preceitua a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26. Além da educação à distância, a internet proporcionou à humanidade o direito amplo, geral e irrestrito do acesso à informação. Nesse sentido, tornou a *web* numa grande biblioteca. Atualmente são tantos os livros e materiais educacionais disponíveis cujo seu excesso passou a ser um problema. Outros campos tiveram sua importância dilatada pela Internet, como é o caso da Comunicação. Para Levy (2000), Negroponte (1995) e Rosnay (1997), citado por Bragatto (2006), a Internet traz consigo a possibilidade de reorganização social e as novas tecnologias abrem as portas de um novo mundo, no qual o modelo de comunicação de massas é revisto, acentuando a democratização do acesso à informação. As novas tecnologias teriam, assim, um enorme potencial emancipatório e serviriam como fonte de criação de inteligentes coletivos e de resgate comunitário.

## **AS MÍDIAS ONLINE E OS DIREITOS HUMANOS**

Como visto anteriormente, se as Mídias se mostraram importantes para a consolidação dos Direitos Humanos em sua forma tradicional<sup>4</sup>, em sua versão online

---

<sup>3</sup> A educação à distância é a modalidade que mais cresce no ensino superior brasileiro, segundo dados do Ministério da Educação do Brasil.

<sup>4</sup> Entende-se como outro meio de difusão que não a internet

esta importância é aumentada muitas vezes, potencializando seu poder de influenciar diretamente a vida das pessoas.

O jornal, em sua versão *online*, por exemplo, é “um meio que tem a vantagem de conjugar texto, imagem e som numa só estrutura e que está ao alcance de todos, em qualquer lugar do mundo, à distância de um clique” além da interatividade entre quem escreve e quem lê a notícia (Barbosa, 2001). Portanto, a importância do jornal *online* para os Direitos Humanos, reside tanto na interatividade quanto no seu alcance, pois possibilita que as violações praticadas em qualquer lugar do planeta sejam conhecidas e rechaçadas quase no mesmo momento em que elas acontecem, transformando o local em global. Todavia, para Prata (2007) a verdadeira revolução nos veículos de comunicação de massas, aconteceu com o surgimento das emissoras de rádio com existência exclusiva na internet, as *Web rádios*<sup>5</sup>. Nesse aspecto, a rádio *online* potencializou a importância alcançada pela congênera em ondas hertzianas quanto à consolidação dos Direitos Humanos, primeiro por possibilitar a difusão simultânea através dos terminais móveis (*celular*), segundo por disponibilizar seu conteúdo radiofônico para ser ouvido no momento em que o ouvinte desejar, pelo RSS<sup>6</sup>.

Assim, como o rádio na internet, a Tv na *Web* proporciona ao utilizador, mesmo estando num lugar remoto (na China por exemplo), assistir o canal de televisão de seu país a qualquer momento. Nesse sentido a internet, apesar de nova comparada a outras mídias, já tem muita história para contar e se consolida como um meio de comunicação de massa eficiente e capaz de difundir informações rapidamente e mobilizar gigantescas multidões em torno de objetivos comuns (Mari Junior, 2003). Portanto, para a consolidação dos Direitos Humanos, as mídias (jornal, rádio e tv) na internet potencializam todas as suas vantagens *off line*, agregando na sua versão *online* interatividade, abrangência (global) e, principalmente, a oportunidade de proporcionar aos usuários, através de recursos tecnológicos, um papel pró-ativo quanto a comunicação de massa, onde todos possam transmitir para todos em tempo real, com atualização permanente, mantendo sob demanda a informação que constrói o contexto do fato (Cunha, 2010), propiciando a participação e o efetivo exercício da cidadania.

---

<sup>5</sup> Entende-se por webradio a emissora radiofônica que pode ser acessada através de uma URL (*Uniform Resource Locator*), um endereço na internet, e não por uma frequência sintonizada no dial de um aparelho receptor de ondas hertzianas

<sup>6</sup> Really Simple Syndication-RSS é um mecanismo para disponibilizar informações e notícias na forma de XML, podendo ser entendida pelos navegadores Web mais atuais. Com ele, é possível listar as notícias de um site sem precisar acessá-lo.

Dito isto, dissertar sobre Direitos Humanos já se configura um grande desafio diante de seu universo. E falar de internet, TICs e Direitos Humanos se torna ainda muito mais abrangente. Dessa forma, delimitaremos nossa comunicação à importância da internet e das novas tecnologias de informação e comunicação quanto aos seguintes aspectos: liberdade de expressão, acesso a informação, ativismo social e político, além do seu reverso e mau uso.

## **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET**

Para Souza Filho (2009) a liberdade de expressão consiste na faculdade de manifestar opiniões, idéias e pensamentos por qualquer meio escolhido. A internet e as novas tecnologias de informação e comunicação mudaram significativamente o processo de emissão e recepção de mensagens, justamente por serem um meio democrático de produção e recepção de conteúdos. É uma relação de muitos para muitos, ou seja, um sistema opositor do tradicional modelo com uma fonte e vários escoadouros de informação, onde os receptores podem ser emissores, e os emissores podem ser receptores de informações, utilizando *blogs*<sup>7</sup>, *fotologs* e *vlogs*<sup>8</sup> para a produção, edição e disseminação de textos, sons, imagens, vídeos, enfim, de idéias e informações. Nesse aspecto, a internet tornou-se nos últimos dez anos um importante instrumento para o exercício dos direitos de liberdade de expressão e informação, respaldada nos inúmeros documentos internacionais que tratam da liberdade de expressão, dentre os quais destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos ,em seu artigo XIX, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em seu artigo 13º . De forma idêntica aos documentos internacionais, a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX e no artigo 220 consagra a liberdade de expressão. O artigo 5º, inciso IV, da Constituição, no entanto, preceitua que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, ou seja, a identificação da autoria deve existir, mesmo que em forma de pseudônimo.

Contrariando o preceito constitucional, a internet possibilita a publicação de informações sem qualquer identificação, dificultando a responsabilização por possíveis danos a terceiros. Entretanto, não cabe a esta comunicação discutir o choque entre direitos (liberdade de expressão X reserva da intimidade e da vida privada), mas sim

---

<sup>7</sup> Ver item 2.4.4.4, pág. 95

<sup>8</sup> Fotologs: é um registo publicado na web com fotos colocadas em ordem cronológica, ou apenas inseridas pelo autor sem ordem, de forma parecida com um blog.

Vlog : é uma variante de weblogs que cujo conteúdo principal consiste de vídeos

mostrar a previsão constitucional do direito à liberdade de expressão sem, contudo, deixar de expor o reverso da internet e o seu mau uso, o que faremos mais adiante. Por outro lado, apesar de a internet propiciar a liberdade de expressão na sua forma mais plena, ainda assim sofre restrições em vários países, onde os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos não passam de letra morta numa folha de papel. Neste cenário, Cuba, China, Tunísia e Uzbequistão intensificaram a censura à internet. No Vietnã, o acesso a sites populares de redes sociais de repente desapareceu. Em 2010, no Egito, 30 blogueiros e ativistas foram detidos (Clinton, 2010). No Irã a censura é rigorosa, não há absolutamente liberdade de expressão. Depois das eleições presidenciais, os jornalistas Iranianos testemunharam restrições no uso da tecnologia de comunicações, inclusive de telecomunicações, transmissão via satélite e acesso à internet.<sup>9</sup> Para dar a volta a esta situação, mesmo com as restrições impostas, os iranianos fizeram pela Internet toda a cobertura que o governo impediu que a imprensa fizesse. Está tudo no Twitter,<sup>10</sup> no Flickr,<sup>11</sup> no YouTube<sup>12</sup>. Dessa forma, a partir do instante em que os usuários fazem o tema se tornar relevante na internet, a mídia de todo o mundo passa a considerar o assunto pauta.

No Brasil, esta ameaça se traduz em projetos de lei que tramitam, tanto no Senado como na Câmara dos Deputados, como projetos de Cibercrimes<sup>13</sup>. Todavia, à proporção em que a sociedade brasileira reage a projetos de lei que visam cercear a liberdade de expressão na internet, surgem outros na mesma intensidade. É o caso do projeto de lei (PL-7131/2010),<sup>14</sup> que dispõe sobre a responsabilidade dos proprietários e autores de blogues e mecanismos similares.

As novas tecnologias oferecem múltiplas oportunidades para a defesa dos Direitos Humanos, mas, também, colocam poderosos instrumentos de censura nas mãos de regimes fechados. Para Andrew Puddephatt,<sup>15</sup> a Internet, que oferece novas possibilidades de manifestação, "democratizou a liberdade de expressão, que deixou de ser uma prerrogativa das elites para se alargar a toda a população". No entanto,

---

<sup>9</sup> "Iran Post-Election Protests 2009," Amnesty International, <http://www.amnestyusa.org/all-countries/iran/iran-post-election-protests-2009/page.do?id=1641048>

<sup>10</sup> Disponível em : <http://twitter.com/search?q=%23iranelection>

<sup>11</sup> Disponível em : <http://www.flickr.com/search/?q=iranelection>

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.youtube.com/results?search\\_type=&search\\_query=iran+election&aq=f](http://www.youtube.com/results?search_type=&search_query=iran+election&aq=f)

<sup>13</sup> Violações criminais cometidas por meio de redes de comunicação eletrônica e sistemas de informações ou contra tais redes e sistemas.

<sup>14</sup> PL-7131/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/755059.pdf>

<sup>15</sup> Autor de um estudo sobre a matéria encomendado pela subcomissão parlamentar dos Direitos Humanos, do Parlamento Europeu.

complementa, a censura "sofisticada e por vezes escondida", exercida por alguns Estados, demonstra a sua falta de vontade de respeitar os Direitos Humanos<sup>16</sup>. Portanto, vê-se que o desrespeito à liberdade de expressão acontece em todas as regiões do planeta, da América à Oceania, passando pela África, Europa e Ásia. Apesar dos avanços importantes na liberdade de manifestação na última década, considerando o enorme potencial da internet como instrumento para o exercício dos direitos de liberdades de expressão e informação, ainda existem desafios e ameaças para a realização plena desse direito. Para Nunes (2009) a existência de liberdade de expressão é um pressuposto básico para a consolidação e o desenvolvimento da democracia, não como uma concessão do Estado, mais sim como um direito fundamental. Nesse aspecto, a internet possibilita o exercício da democracia, através da transparência das atividades governamentais, do controle social da gestão pública, do ativismo político e, principalmente, do acesso à informação.

### **ACESSO A INFORMAÇÃO NA INTERNET**

Desde os primórdios da história humana, a representação da informação evoluiu de gestos e grunhidos até a escrita. Nesse aspecto, o papel foi considerado o principal suporte para divulgação das informações e conhecimento humano, através do livro. Até o século XV, o livro servia exclusivamente a uma pequena minoria de sábios e estudiosos que constituíam os círculos intelectuais (confinados aos mosteiros durante o começo da Idade Média) e que tinham acesso às bibliotecas, cheias de manuscritos ricamente ilustrados. Dessa forma, com o livro, o conhecimento passou a ser uma conquista para o homem, que, segundo se acreditava, poderia ascender socialmente se lesse.

Com as novas tecnologias de informação e comunicação, a tendência é obter e armazenar informações eletronicamente. O advento da internet possibilitou que a informação chegasse a todas as pessoas que estão conectadas, através das inúmeras redes de informação. Com a disseminação dessas redes formou-se um novo sistema nervoso para o nosso planeta, onde a informação circula livremente. Para Levy (1999) a vida em rede, ao possibilitar contatos mais frequentes e ao aproximar os atores sociais, proporciona o acompanhamento das tendências mais positivas da evolução em curso e cria um projeto de civilização centrado sobre os coletivos inteligentes, através da

---

<sup>16</sup> Informativo do Parlamento Europeu sobre Novas Tecnologias e Direitos Humanos Disponível em [www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/.../20100630FCS77238\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/.../20100630FCS77238_pt.pdf)

recriação do vínculo social mediante trocas de saber, reconhecimento, escuta e valorização das singularidades, democracia mais direta, mais participativa, enriquecimento das vidas individuais, invenção de formas novas de cooperação aberta para resolver os terríveis problemas que a Humanidade deve enfrentar, disposição das infra-estruturas informáticas e culturais da inteligência coletiva.

De fato, as novas tecnologias da informação, sintetizadas no acesso à internet, constituem meios admiráveis para a disseminação da informação como condição *sine qua non* para o desenvolvimento da cidadania. As transformações que permitem são imensamente favoráveis aos indivíduos (Reinaldo Filho, 2009).<sup>17</sup> Essa intermediação das tecnologias, além de disseminar informação, tem contribuído, em muitos aspectos, com a vida do ser humano, desde a denúncia de violações aos Direitos Humanos à ajuda humanitária, até o salvar vidas, divulgação da verdade e exposição de injustiças.

É o caso, por exemplo, das imagens captadas pelo celular, do assassinato sangrento de uma jovem mulher no Irã, nas manifestações que se seguiram às eleições presidenciais de 2009, divulgadas pela Internet.<sup>18</sup> Ou o caso da ajuda humanitária ao Haiti, com doações às ONGs através da internet, com cartões de crédito ou com Paypal.<sup>19</sup> E ainda o caso de uma menina de sete anos e duas mulheres retiradas dos escombros de um supermercado que desabou no Haiti, graças a uma mensagem de texto pedindo ajuda. A internet tem favorecido bastante o acesso à cultura e ao entretenimento, tornando-se responsável pela amplitude do conhecimento e da informação. Para se ter um idéia, do fluxo de informações que percorre a internet, a transmissão de mensagens de texto, enviadas pelo celular através do Short Message Service (SMS) excede, em números, a população do planeta. Mais de três mil livros são publicados diariamente, estimando que o conhecimento técnico dobre a cada ano. (Rabaneda, 2010).

Para além disso, através dos motores de buscas, consegue-se todo tipo de informação, desde números de telefone, datas históricas, biografia de qualquer personalidade, as notícias de cinco minutos atrás – qualquer mistério ou desejo urgente pode ser resolvido em poucos minutos com a mais popular ferramenta de busca da internet, o *Google*. Com efeito, o problema não é mais achar o que você quer saber – é

<sup>17</sup> Reinaldo filho (2009), op. cit

<sup>18</sup> Disponível em [http://www.youtube.com/watch?v=d90bwM4No\\_M&feature=related](http://www.youtube.com/watch?v=d90bwM4No_M&feature=related)

<sup>19</sup> Um meio de transações financeiras via internet que intermedeia o contato entre clientes e empresas – no caso, doadores e organizações

saber o que você quer achar. Com a facilidade de acesso à informação proporcionada pela internet, houve uma mudança no relacionamento com várias áreas. Na medicina, ela revolucionou a relação entre médico e paciente, pois as pessoas passaram a discutir os diagnósticos depois de se informar sobre a doença na internet. No Direito, as pessoas, quando procuram o advogado, já sabem os artigos e as jurisprudências aplicadas ao seu caso, além do rito processual a ser escolhido, pois as informações antes encontradas só nos livros e nas bibliotecas, estão a disposição na internet. Na Educação, os alunos passam a ter informações diversificadas e atualizadas, o que exige uma melhor preparação dos professores.

Essa facilidade e quantidade de informação têm ajudado a vários profissionais no seu trabalho, na medida em que as ferramentas disponíveis na internet foram sendo aperfeiçoadas. Para os Direitos Humanos essa ferramenta tem ajudado muitas instituições sem fins lucrativos a divulgar suas causas, dando a conhecer seus objetivos, desafios, melhores práticas, bem como o impacto global da visualização de seu trabalho no que se chamou de *Google Earth Solidário*.<sup>20</sup> Além de potencializar a disseminação da informação, as interações estabelecidas pela rede mundial de computadores possibilitam o compartilhamento das informações, de maneira rápida e direcionada para determinado grupo específico, através das redes sociais, favorecendo o ativismo político e social.

## **ATIVISMO POLÍTICO E SOCIAL NA INTERNET**

Conforme visto anteriormente, a rede mundial de computadores, tanto em relação à liberdade de expressão quanto ao acesso à informação, tem contribuído de forma inequívoca para que esses direitos sejam universalmente consolidados como Direitos Humanos. Com base nesses dois pilares, a internet passou a ser um importante meio para a participação política e social.

Com o advento das TICs, principalmente da internet, surge a possibilidade de participação direta de todos que estiverem conectados e interessados em participar da política e ajudar a construir esta nova sociedade em rede,<sup>21</sup> num ambiente democrático e descentralizado. Nesse sentido, a internet permite resolver o problema da participação

---

<sup>20</sup> Ver [http://earth.google.com/intl/pt-BR/outreach/case\\_studies.html](http://earth.google.com/intl/pt-BR/outreach/case_studies.html)

<sup>21</sup> A expressão "sociedade em rede" ou "network society" foi cunhada por Manuel Castells a qual sintetiza a morfologia desta nova sociedade que estamos vivendo, onde tudo é sistêmico e interconectado.



do público na política, pois torna esta participação mais fácil, mais ágil e mais conveniente e confortável. Permite ainda uma relação sem intermediários entre a esfera civil e a esfera política, bloqueando as influências da esfera econômica e, sobretudo, das indústrias do entretenimento, da cultura e da informação de massa, que nesse momento controlam o fluxo da informação política. A internet permite, também, que a esfera civil não seja apenas o consumidor de informação política, mais sim, que seja produtor de informação política para o seu próprio consumo e para o provimento da sua decisão. E, por derradeiro, especula que uma comunicação política mediada pela internet deverá facilitar uma democracia de base e reunir os povos do mundo numa comunidade política sem fronteiras (Gomes, 2005).

Segundo Rothberg & Teresa (2008) os mecanismos de participação democrática proporcionados pelas novas tecnologias representam a possibilidade de alargamento do espaço público e a consequente inserção organizada de setores no processo de definição de políticas públicas. Entende-se por políticas públicas um conjunto de ações, programas, regras, benefícios e recursos direcionados para a promoção do bem-estar social e dos direitos do cidadão, em áreas como Saúde, Segurança e Educação. Nesse sentido, a Internet concede ao cidadão comum a oportunidade de participar das discussões e interações com os poderes políticos, fazendo chegar a sua voz, não apenas durante as campanhas eleitorais, mas, também, em todos os períodos da sua vida quotidiana (Fonseca Júnior, 2010c).

Desta forma a Internet tem potencialidades para envolver e responsabilizar os cidadãos informados e conscientes dos problemas existentes na sociedade, na construção de Estados mais democráticos, conduzindo a uma sociedade mais humana e menos voltada à desigualdade e à exclusão social. A Internet não é apenas uma tecnologia: “é o instrumento tecnológico e a forma organizativa que distribui o poder da informação, a geração de conhecimentos e a capacidade de ligar-se em rede em qualquer âmbito da atividade humana” (Castells, 2004). Portanto, esse ativismo político proporcionado pela internet tem nas redes sociais e nos blogues seus mais expressivos meios de exercício.

## **AS REDES SOCIAIS E OS DIREITOS HUMANOS**

Uma *rede social* é uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que partilham valores e objetivos comuns. Segundo Recuero (2005) as redes sociais funcionam com o primado

fundamental da *interação social*, ou seja, buscam conectar pessoas e proporcionar sua comunicação e que podem ser utilizados para forjar laços sociais. Elas podem ser redes de relacionamentos (*facebook, myspace, twitter*), redes profissionais (*linkedin*), redes comunitárias (redes sociais em bairros ou cidades), redes políticas, dentre outras.

Para Faria (2010) as redes sociais ganharam seu lugar de uma maneira vertiginosa, além de proporcionar um aumento significativo nas interações e conectividade de grupos sociais, tornando-se um meio promissor de divulgação de conteúdo e propagação de idéias, sendo esse seu principal diferencial, pois seu potencial está na sua capacidade de construir e facilitar o acesso rápido à informação. Nesse aspecto as redes sociais têm contribuído bastante para a consolidação dos Direitos Humanos, à medida que propicia o acesso à informação e a participação política ao cidadão, tornando a internet um importante instrumento de promoção de justiça social.

No Irã, na Moldávia e em outros países a organização *on-line* tem sido uma ferramenta crítica para o avanço da democracia e permitir que os cidadãos protestem contra resultados eleitorais suspeitos. E, mesmo em democracias estabelecidas, como os Estados Unidos, temos visto o poder dessas ferramentas para mudar a história.<sup>22</sup>

### **A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL NOS ESTADOS UNIDOS E A INTERNET<sup>23</sup>**

A eleição presidencial norte americana de 2008 mostrou que políticos e eleitores podem interagir de forma diferente. Pela primeira vez as mídias digitais foram usadas em massa, de diversas formas, na tentativa de conquistar o voto.

O multicultural senador democrata, de advogado formado em Havard e líder comunitário se tornou o 44º presidente dos Estados Unidos. Obama e sua equipe tiveram a percepção do alcance que a internet é capaz de obter. Para Antônio Graeff (2010), ele conseguiu trazer as pessoas do mundo online que estavam se mobilizando em blogues, no twitter e em redes sociais para que fossem efectivamente força de trabalho na campanha.

Em determinados momentos o meio de comunicação teve muita importância para o sucesso dos candidatos. John Kennedy, por exemplo, usou os artifícios da televisão. Para Franklin Delano Roosevelt, o rádio fez a diferença. Obama é o primeiro presidente digital bem-sucedido. As redes sociais digitais ultrapassaram a barreira do mundo offline e online. Isso modificou as formas de relacionamento de pessoas e

---

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Cfm. Documentário “Obama digital e as Mídias Sociais”. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=BkGPDs9Qf50>

informações. Por ter sido atípica, alguns fatos e números merecem destaque na eleição americana:

- Obama anunciou seu vice, Joe Biden via SMS, para eleitores previamente cadastrados;
- 750 milhões de dólares foram arrecadados por Obama, sendo que 67% proveniente da Internet;
- Foram mais de 500 grupos no Facebook, com quase 7 milhões de amigos;
- Ao todo Obama estava presente em mais de 16 redes sociais na *web*;
- Mais de 2 milhões de perfis criados no Mybarackobama.com e,
- 200 mil eventos organizados pelos colaboradores.
- Obama tem 2. 260.689 seguidores no Twitter;

Para Antônio Graeff, a grande diferença da eleição de Obama está em adotar as ferramentas e a filosofia de comunicação em duas mãos, ou seja, dar o retorno, dar satisfação. Para Sergio Amadeu,<sup>24</sup> Obama adotou uma estratégia inovadora, que pegou a grande imprensa (a mass mídia), desprevenida. Ele usou o twitter como um dos carros chefe de sua campanha, fazendo com que as pessoas tivessem informações sobre o que ele faz no Twitter, ao invés de esperar por um release na imprensa.

Após a vitória de Obama, ficou muito clara a necessidade de integrar a TV mundial com os outros veículos de comunicação. Uma campanha política completa é feita com sincronia de mídias. Não é apenas uma presença digital que faz um candidato vitorioso. Barack Obama não se elegeu por causa das mídias sociais, mas se não fosse as mídias sociais ele não teria sido eleito dessa forma decisiva nas eleições americanas.

## **OS BLOGUES E OS DIREITOS HUMANOS**

O termo *Blog* é uma abreviação de *weblog*, que significa um diário no formato eletrônico, onde se registra frequentemente informações na rede mundial de computadores.<sup>25</sup> A blogosfera é um espaço onde a liberdade de escrita e a troca de opiniões parece ser total, onde tudo pode ser dito e publicado (Rodrigues, 2004). Esta dita blogosfera é fruto do empenho de pessoas desvinculadas dos grandes grupos de mídia, que arriscaram produzir uma comunicação colaborativa, democrática e independente. Nesse sentido, a produção de *blogs* possibilita o ativismo e, consequentemente, o exercício da cidadania. Muitos são os exemplos do uso dos *blogs*

---

<sup>24</sup> Sergio Amadeu, pesquisador de Comunicação Digital e Sociólogo em depoimento ao documentário "Obama Digital e as Mídias Sociais". Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=BkGPDs9QfSO>

<sup>25</sup> Cfr. [http://www.acessasp.sp.gov.br/cadernos/caderno\\_07\\_glossario.php](http://www.acessasp.sp.gov.br/cadernos/caderno_07_glossario.php)

para a consolidação dos Direitos Humanos, seja em termos de promoção, informação, de ativismo político ou social. Somados a esses blogues, existem um universo de outros, onde o cidadão pode diariamente intervir, seja com um relato, uma opinião, uma informação ou mesmo um testemunho.

Portanto, os *blogs* para os Direitos Humanos, possibilitam que todos tenham voz, mesmo que às vezes não tenham a audiência dos grandes portais. Todavia, o fato de repercutir as falas e idéias uns dos outros produzem efeitos importantíssimos para a participação e controle da administração pública pelo cidadão.

## **O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O E-GOV**

O uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no âmbito das administrações públicas tem o intuito de melhorar a prestação de serviços para a sociedade, o que se convencionou chamar de e-governo, ou governo eletrônico (Pereira et al, 2008). Dessa forma, o chamado governo eletrônico<sup>26</sup> torna mais próximo a relação entre o governo e o cidadão, além de fortalecer o exercício da cidadania e o processo democrático. Nesse sentido, o “Portal da Transparência”, lançado em 2004 no Brasil, abriu a possibilidade de controle dos atos da administração pública pela sociedade, a partir do momento em que disponibiliza na Internet, diretamente ao cidadão, informações sobre os recursos públicos federais transferidos pelo Governo Federal a Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como dados sobre gastos realizados pelo próprio Governo Federal em compras ou contratação de obras e serviços. Exemplos como esses fazem da internet e das novas tecnologias de informação e comunicação um divisor de águas quanto a consolidação dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a internet é um instrumento extraordinário do exercício de Direitos Humanos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, à informação e ao ativismo político e social.

No estudo em tela, a internet proporciona meios inestimáveis de divulgação de informação sobre os mecanismos de tutela de Direitos Humanos e de denúncia das agressões a esses direitos. Esse e muitos outros exemplos mostram o lado bom da Internet e das novas tecnologias da informação e comunicação. Entretanto, devemos reconhecer, parafraseando Hillary Clinton,<sup>27</sup> que essas tecnologias não são uma bênção

---

<sup>26</sup> A otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração pública pela transformação das relações internas e externas através da tecnologia, da Internet e dos novos meios de comunicação (Ferguson, 2002)

<sup>27</sup> CLITON, 2010, op.cit

absoluta, elas podem ser usadas em sentido oposto, revelando assim, o seu reverso e consequentemente, o mau uso.

## **O REVERSO DA INTERNET E O SEU MAU USO**

A simplificação do acesso aos computadores e a redução dos preços de software e hardware tornaram a internet um instrumento tecnológico cada vez mais popular, ao ponto de facilitar a prática de crimes, como a manutenção de sites de conteúdo racista, xenófobo ou homofóbico, valendo-se da impunidade favorecida pelo mundo virtual, devido à falta de legislação específica. Para Magalhães (1999), a estrutura descentralizada das aldeias eletrônicas interligadas a escala mundial desafia as regras básicas que até hoje presidiram à elaboração de leis. Nesse sentido, ao analisar a internet como um novo espaço antropológico, Silva (2005) sinaliza a necessidade de um novo *modus operandi* para a elaboração de leis, no que tange à vida no ciberespaço, segundo ela “pluralista” e “aberta às diferenças”. Para Rose (2007), a internet, além de propiciar crimes de informática pela informática, propicia, também, outros crimes. Com efeito, as mesmas redes que organizam os movimentos de liberdade também permitem a organizações e grupos criminosos destilar ódio e incitar à violência contra inocentes. Do mesmo modo que essa tecnologia possibilita o acesso ao governo e a promover a transparência também pode ser desviada pelos governos para esmagar a dissidência e a negar os Direitos Humanos, além de punir o discurso pacífico e perseguir minorias religiosas.

Diante desse quadro, surgiram tentativas de controle da rede de todos os lados, das grandes empresas até governos pressionados por interesses econômicos, políticos e sociais. Todavia, todas essas nuances da internet não podem ser usadas como desculpa por governos para que violem os direitos de quem usa a rede para fins pacíficos, comprometendo o progresso dos Direitos Humanos. Afinal, assim como o aço pode ser usado para construir hospitais ou metralhadoras, ou a energia nuclear pode energizar uma cidade ou destruí-la, a Internet e as redes modernas de informação com as tecnologias que a suportam podem ser aproveitadas para o bem ou para o mal (Clinton, 2010).

## **EXCLUSÃO DIGITAL**

Dentre as dificuldades do século XXI, a exclusão digital surge como um de seus maiores desafios, não só por negar ao cidadão a possibilidade de participação mais

efetiva na vida política e social da comunidade, mas, principalmente, pela ameaça de aumentar ainda mais a desigualdade social. Nesse sentido, a ausência dos excluídos, que são a maioria no mundo, surge como argumento contra a participação política *online*, no momento em que não assegura a participação de todos, condição legitimadora de um Estado Democrático de Direito. Todavia, segundo Ramos Júnior & José Rover (2007) além do domínio no uso das novas tecnologias, é necessário ao cidadão consciência do grau de poder que a sociedade em rede lhe confere, de tal forma que garanta o exercício pleno da cidadania. Esse movimento de expandir acesso às novas tecnologias de informação e comunicação e à Internet para todos os cidadãos é um caminho no qual não há retorno e que em pouco tempo mudará a relação entre o cidadão e o Estado (Gomes, 2002). A Inclusão digital, portanto, deve ser vista como elemento primordial da política de todos os governos, para que possa configurar-se como política universal, deixando de ser usada como obstáculo para frear as possibilidades oferecidas pela internet e pelas TICs, pois dentro dessa visão, a inclusão digital passa a ser um Direito Humano fundamental e, portanto, objeto de políticas públicas para sua promoção, efetivação e consolidação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A comunicação levada a cabo, longe de ser um ponto de chegada, apresenta-se como um caminho de partida não só para a literatura dos Direitos Humanos, mas, principalmente, para a sua promoção, efetivação e consolidação.

Sócrates já dizia que da discussão nasce à luz. Esta comunicação buscou trazer novas luzes para o debate acerca dos Direitos Humanos, procurando demonstrar que são muitos os avanços obtidos através das Mídias, especialmente da internet, na consolidação desses direitos. Apesar de ser o texto mais traduzido da história da humanidade, em 370 idiomas, superando a própria Bíblia Sagrada, os direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, se ainda hoje são pouco respeitados, muito menos são conhecidos pela grande maioria dos seres humanos. Daí a importância das mídias na tarefa de levar a informação aos mais longínquos rincões do planeta, desde o uso do papel, em sua forma mais rudimentar, até o meio de comunicação mais avançado do nosso século, a internet e as TICs.

Assim, ressalta-se que a Internet, devido a sua ubiquidade, consegue dar resposta no menor tempo possível aos casos de violações. Prova disso são as

manifestações em redes sociais como o Twitter, ou através de vídeos virais<sup>28</sup>. Convém ressaltar, também, como importante contribuição da internet, a oportunidade de conceder aos usuários um papel ativo quanto à sua participação e o efetivo exercício da cidadania. Nesse aspecto, a liberdade de expressão teve na Internet e nas TICs, respaldada pelos inúmeros documentos internacionais que tratam desse direito, seu mais importante instrumento. Quanto ao acesso ao conhecimento, resta claro que após a Internet a dificuldade deixou de ser a falta de informação e sim o excesso, pois a rede mundial de computadores permitiu que as notícias chegassem aos borbotões a todas as pessoas conectadas, através de inúmeras redes sociais. Quanto à participação política e social, a Internet também passou a ser um importante meio para esse fim. Com efeito, possibilita debates consideravelmente abertos e leais onde circulam, em quantidade e velocidade vertiginosas, mensagens políticas de todo alcance. Nesse sentido, permite resolver o problema da participação política, que ficou mais fácil, mais ágil e mais conveniente e confortável, concedendo ao cidadão comum a oportunidade de participar das discussões e interações com os poderes políticos, fazendo chegar sua voz, não apenas durante o período eleitoral, mas, também, em todos os períodos de sua vida.

Esse ativismo político proporcionado pela Internet tem nas redes sociais e nos blogues seus mais expressivos meios de exercício. Prova disso foi à eleição presidencial nos Estados Unidos em 2008, que demonstrou que as mídias digitais podem ser usadas de diversas formas na tentativa de conquista do voto, quando foi possível ter a percepção do alcance e do poder da Internet. Além do que foi descrito, a Internet possibilita o controle da administração pública através do governo eletrônico, tornando mais próxima a relação entre o poder público e o cidadão, fortalecendo desse modo o exercício da democracia. Quanto a mobilização, esta comunicação mostra que a Internet, com relação à mobilização da sociedade, possui uma força muito maior do que qualquer outro meio de comunicação. Todavia, dependendo do seu uso, a Internet também pode ser um meio violador dos Direitos Humanos. Claro que isso não é um privilégio da Internet, pois outros meios de comunicação, como o jornal, o rádio e a televisão, usados de forma errada podem produzir o mesmo efeito. Afinal, o que vai determinar se a Internet é um bem ou um mal para os Direitos Humanos é o seu uso.

---

<sup>28</sup> Os vídeos virais são vídeos que adquirem um alto poder de circulação na internet, alcançando grande popularidade, configurando-se como um fenômeno de Internet típico da Web 2.0. (Wikipédia, 2010) Disponível em : [http://pt.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADdeo\\_viral](http://pt.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADdeo_viral)

A exclusão digital surge nesta Comunicação como um obstáculo à participação política *online*, como argumento para a falta de legitimidade, pois não garante a participação de todos, condição esta legitimadora do estado democrático de direito. Todavia, assim como o livro no seu início era privilégio de poucos, e hoje está universalizado, assim será com o acesso a Internet, pois a inclusão digital deve ser vista como um direito humano fundamental.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- BARBOSA, Bia; BRANT, João (2005) *Direitos Humanos e comunicação democrática: o que vem antes?* p. 01-04. Disponível em: [http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/direitos\\_humanos\\_comunicacao.pdf](http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/direitos_humanos_comunicacao.pdf) (Acedido em: 28 de setembro de 2009)
- BARBOSA, Elisabete (2001) *Interactividade: A grande promessa do Jornalismo Online*, p.1-10. Disponível em: <http://www.bocc.uff.br/pag/barbosa-elisabete-interactividade.pdf>. (Acedido em: 23 maio 2010)
- BERTOL, Sônia, FROSI, Fabíola (2004) *O Surgimento da mídia impressa no município de Passo Fundo/RS - os primeiros 50 anos*, p. 01-18 Disponível em :<http://www2.metodista.br/unesco/gcsb/necessidade.pdf> (Acedido em: 10 de Janeiro de 2010).
- BIANCHI, Graziela Soares (2010) *Memória radiofônica – a trajetória da escuta passada e presente de ouvintes idosos*. INE o rádio? :novos horizontes midiáticos [recurso eletrônico] / org. Luiz Artur Ferraretto, Luciano Klöckner. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Edipucrs, p. 11-27
- BRAGATTO, Rachel Callai (2006) *Participação Democrática E Novas Tecnologias De Comunicação: Mapeando Diretrizes Políticas E O Uso Da Internet Pelos Governos Do Brasil E Da Argentina*, p. 3-23. Disponível em [http://www.compolitica.org/home/wpcontent/uploads/2010/11/Bragatto\\_2006.pdf](http://www.compolitica.org/home/wpcontent/uploads/2010/11/Bragatto_2006.pdf) (Acedido em: 15 de novembro de 2009)
- BRANDÃO, Marco Antônio; D. & PEREZ, Ana Candida (1998) *A Política Externa de Direitos Humanos*, p. 01-06 [http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista\\_6-mat4.pdf](http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista_6-mat4.pdf) (acedido em 05 de Novembro de 2009).



- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição de República Federativa do Brasil*. Brasília, Df: Senado
- CARLET, Flávia (2005) *As Rádios Comunitárias como Concretizadoras dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. p. 01-17. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32508/31721> (Acedido em: 28 de setembro de 2009).
- CLINTON, Hillary (2010). Remarks on Internet Freedom. Disponível em: <http://www.state.gov/secretary/rm/2010/01/135519.htm>. (Acedido em 2 de março de 2010).
- COMPARATO, Fábio konder (1999). Direitos Humanos no Brasil: o Passado e o Futuro, p.09-11 <http://www.espdh.hpg.com.br/texto17.pdf> (acedido em 08 de janeiro de 2010)
- CORREIA, Theresa Raquel C. (2005) *Considerações iniciais sobre o conceito de Direitos Humanos*, p. 98-105 [http://www.unifor.br/joomla/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs\\_notitia/1671.pdf](http://www.unifor.br/joomla/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1671.pdf) (acedido em 05 de Novembro de 2009).
- CUNHA Márgda Rodrigues da (2010) *Os jovens e o consumo de mídias Surge um novo ouvinte* INE o rádio? : novos horizontes midiáticos [recurso eletrônico] / org. Luiz Artur Ferraretto, Luciano Klöckner. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Edipucrs, p. 171- 186
- DALLARI, Dalmo de Abreu(2003). *Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, n. 88, p 421-437
- FARIA, Fabíola (2010) *Redes Sociais: Divulgando Conteúdo*. Disponível em <http://www.brasilseo.com.br/social-media-marketing/redes-sociais-divulgando-conteudo>. (Acedido em 5 de Março de 2009)
- FONSECA JUNIOR, Jose de Ribamar Lima da (2010a). Os Direitos Humanos como Consenso Histórico. *Revista IN- Consulex*, Brasília, 24, n.02, p.08-09.
- FONSECA JUNIOR, Jose de Ribamar Lima da. TEIXEIRA, Marcelo Mendonça (2010b). *Radioweb: interface interativa e colaborativa nos Direitos Humanos*. *Revista Jus Vigilantibus*, Vitória, on line. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/43604>. Acedido em : 21 de Abril de 2010

- FONSECA JÚNIOR, José de Ribamar Lima da (2010c). *Governança e Democracia Eletrônica frente as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*. Seminário Internacional de la políticas educativas iberoamericanas. Tendencia, desafios y compromissos, Barcelona- Espanha, de 17 a 18 de Maio. p.195-204
- GOMES, Elisabeth. (2002) *Exclusão digital: um problema tecnológico ou social?* Disponível em: [http:// WWW .iets. org. br/ biblioteca / Exclusao\\_digital\\_ um\\_ problema\\_tecnologico\\_ou\\_social.pdf](http://WWW.iets.org.br/biblioteca/Exclusao_digital_um_problema_tecnologico_ou_social.pdf). (Acedido em : 05 de Junho 2009)
- GOMES, Wilson (2005). *A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política*. Disponível em [http://www.unisinos.br/publicacoes\\_cientificas/ images/stories/ Publicacoes/fronteirasv9n3/09\\_art07\\_gomes.pdf](http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/Publicacoes/fronteirasv9n3/09_art07_gomes.pdf) (Acedido em : 05 de Junho de 2009)
- GRAEFF, Antônio (2010) *CEO da Brancalione e autor do livro: Eleições 2.0 e a internet e as mídias sociais no processo eleitoral em depoimento ao documentário “Obama Digital e as Mídias Sociais”*. Disponível em [http://www.youtube.com /watch?v=BkGPDs9QfS0](http://www.youtube.com/watch?v=BkGPDs9QfS0) (Acedido em 17 de fevereiro de 2010)
- LÉVY, Pierre (1999) *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, p. 118
- LÉVY, Pierre (2000). *As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: Editora 34
- LOPES, Ana M.D´Ávila & CHEHAB, Isabelle Maria C. V. (2008) *A implementação do direito fundamental à alimentação adequada no estado democrático de direito brasileiro, p. 1916-1927* <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32426/31642> (acedido em 05 de Novembro de 2009).
- MAGALHÃES, José (1999). *Perplexidades Ciberlegislativas à beira do III Milênio*. In: ALVES, José Augusto. CAMPOS Pedro e Brito, Pedro Quelhas (coord.) (1999). *O Futuro da Internet – Estado da arte e tendências de evolução*. Lisboa: Centro Altântico, 43-48
- MARI JUNIOR, Sérgio (2003). *Internet e o seu Papel Midiático: as características sócio-culturais que levaram a internet a se tornar um ambiente midiático*, p. 01-12, Disponível em:

- [http://www.ump.edu.br/midialogos/ed\\_01/artigos/Internet%20-%20Sergio%20Mari%20Jr.pdf](http://www.ump.edu.br/midialogos/ed_01/artigos/Internet%20-%20Sergio%20Mari%20Jr.pdf) ( Acedido em 05 de novembro de 2009).
- NEGROPONTE, Nicholas (1995). *Vida Digital*. São Paulo: Companhia das Letras
  - NUNES, Claudio (2009) *Direitos Humanos e Imprensa*. Disponível [http:// www .infonet.com.br/clauidionunes/ler.asp?id=85525&titulo=clauidionunes](http://www.infonet.com.br/clauidionunes/ler.asp?id=85525&titulo=clauidionunes). (Acedido em 12 de dezembro de 2009)
  - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (artigo 1º), adaptado pela assembléia- geral com a resolução 217A (III) de 10 de dez. de 1948. [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) (Acedido em 15 de Novembro de 2009).
  - PEREIRA, Sidnei; LOCKS, Rosilene, et AL (2008). *Governança Eletrônica na Administração Pública: Estudo de caso sobre s Nota Fiscal Eletrônica – Nf-E*. Disponível em: [http://www.congressocfc.org.br/hotsite/trabalhos\\_1/421.pdf](http://www.congressocfc.org.br/hotsite/trabalhos_1/421.pdf) Acesso em : 05 de Jun 2009
  - PINHEIRO, Paulo Sergio & NETO, Paulo de Mesquita (1998). *Direitos Humanos no Brasil: perspectivas no final do século. Textos do Brasil*. Cinquenta anos Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2(6):p. 43-52
  - PRATA, Nair (2007) *Tecnologia, um divisor de águas na história do rádio*.p.01-14. Disponível <http://www.intercom.org.br/papers/outros/hmidia2007/resumos/R0138-1.pdf> (Acedido em: 23 de maio 2010)
  - PRATA, Nair (2010) *A webradio e geração digital* INE o rádio? : novos horizontes midiáticos [recurso eletrônico] / org. Luiz Artur Ferraretto, Luciano Klöckner. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Edipucrs, p. 611-631
  - RABANEDA, Fabiano (2010). *Os Princípios dos Direitos Humanos frente ao Direito Eletrônico: aas garantias constitucionais no mundo cibernético*. disponível em [http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-constitucional/os-principios-direitos-humanos-frente-ao-direito-eletronico-as-garantias-constitucionais -no-mundo-cibernetico](http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-constitucional/os-principios-direitos-humanos-frente-ao-direito-eletronico-as-garantias-constitucionais-no-mundo-cibernetico). Acedido em 29 de agosto de 2010

- RAMOS JÚNIOR, Helio Santiago; ROVER, Aires José. (2007) *Democracia eletrônica na sociedade da informação*. p. 09-13 Disponível em: [http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conpedi\\_democracia-helio-aires.pdf](http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conpedi_democracia-helio-aires.pdf) (Acedido em: 05 de Junho 2009).
- RECUERO, Rachel da cunha (2005) *Redes Sociais na Internet: considerações iniciais*, p. 1-15 Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/recuero-raquel-redes-sociais-na-internet.pdf>. (Acedido em 5 de Março de 2009)
- REINALDO FILHO, Demócrito (2009) *Dinamica Social das tecnologias da informação: processos de fragmentação e reaglutinação das identidades culturais*. p.01-18 Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13674> . (Acedido em: 23 de maio 2010)/
- RODRIGUES, Catarina (2004) *Blogs: Uma Ágora na Net*, p. 01- 48 Disponível em <http://www.labcom.ubi.pt/agoranet/04/rodrigues-catarina-blogs-agora-na-net.pdf> (Acedido em 05 de fevereiro de 2009)
- ROSE, Lilian (2007) *A Ética Aética da Internet: Anonimato e Impunidade, Liberdade e Censura*. XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, p. 01-13. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R0211-1.pdf>. (Acedido em 17 de fevereiro de 2010) /
- ROSNAY, Joel de (1997). *O Homem Simbiótico*. Petrópolis: Vozes
- ROTHBERG, Danilo. TERESA, M.T.M.Kerbaui (2008) *O avanço da democracia digital e a ampliação do espaço público: realizações e obstáculos*, p. 2-12. Disponível em: <http://www.cibersociedad.net/congres2009/es/coms/o-avanso-da-democracia-digital-e-a-ampliasao-do-espaso-publico-realizacoes-e-obstaculos/662/> (Acedido em 5 de Março de 2009)
- SALVO, Maria Paola Jaconde (2005). *Muito Além da Notícia: A influência e o papel da imprensa no combate ao trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. (Monografia de conclusão do curso de Jornalismo). São Paulo: Universidade de São Paulo
- SARTORI, Giovanni (2001). *Homo Videns: televisão e pós-pensamento*. São Paulo: EDUSC
- SILVA, Edna de Mello (2005). Retratos de mulher: a mulher negra nas revistas para o público negro - Estudo de caso. Disponível em:

- [http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id\\_articulo=316](http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=316)(Acedido em: 26 de Fevereiro de 2009).
- SOUZA FILHO, Gelson Amaro de (2009) *Liberdade de Expressão na Internet: Globalização e o Direito Internacional*, Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v.11 n. 21, Jan./Jun. p.146
  - TRINDADE , Antônio Augusto C. (1998). *Consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século*. Direitos Humanos no século XXI. IPRI, p. 19-48
  - TRINDADE , Antônio Augusto C. (2001). *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos Internacional e Nacional*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 2, vol. 2 nº 2 p. 16-220
  - VASCONCELOS, Daniela Mateus (2009). A globalização dos Direitos Humanos: impactos e desafios na ordem mundial contemporânea. Revista Eletrônica de direito internacional. pp. 286 - 314 [http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos\\_pdf/sumario/art\\_v4\\_X.pdf](http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_X.pdf) (Acedido em 05 de Novembro de 2009)
  - WIKIPÉDIA (2010). Aldeia Global. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Aldeia\\_global](http://pt.wikipedia.org/wiki/Aldeia_global) [(Acedido: em 10 de Janeiro de 2010).