

7

A Pessoa Humana e o Direito Internacional

O direito internacional dos direitos humanos, nascido no fechamento da Segunda Guerra Mundial, tem como propósito proteger os direitos de qualquer cidadão, independentemente de sua raça, sexo, cor, língua, religião ou quaisquer outras características suas não alcançáveis, senão pelo próprio íntimo. A maioria das normas internacionais contemporâneas diz respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, havendo uma pluralidade de tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. Mesmo com sua diversidade de instrumentos, cumpre ressaltar que todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer outra condição. Assim, basta ser pessoa humana para que qualquer um possa reivindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional.

7.1 O indivíduo como sujeito de direito internacional

O processo de desenvolvimento dos chamados direitos humanos assevera-se longo e gradual. Assim, as alterações intrínsecas da estrutura da sociedade no decorrer dos séculos, aliadas às revoluções e lutas operadas pela população, formataram o que hoje se considera como direitos básicos e inerentes a qualquer ser humano.

7.1.1 Evolução histórica

Os direitos humanos acompanham o indivíduo desde muito tempo, apesar do alcance e conteúdo muito restrito em períodos antigos. Alguns autores indicam a presença de uma semente dos direitos individuais na Grécia, pela participação do cidadão nas funções do governo, associando tais direitos aos de **cunho político**, enquanto em Roma viu-se o estabelecimento de um mecanismo para a **proteção dos direitos individuais**. Todavia, esse período era marcado pelas invasões e colonizações – seguida, assim, do fenômeno da **escravidão**.

Cumprido recordar que nos mil anos da Idade Média o direito subjetivo era atrelado a um privilégio, com a sociedade europeia organizada em ordens. Com as Revoluções Francesa e Protestante, o direito defluiu dos estamentos para o homem. Ademais, nas Revoluções Burguesas surgiram as primeiras **limitações ao poder real**, com a formulação das inéditas Declarações de Direitos, como o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, na Grã-Bretanha.

Em seguida, a **Declaração de Virgínia** de 1776, nos Estados Unidos, reconhece a igualdade entre os indivíduos pela sua própria natureza e o direito à propriedade, enquanto na França, a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** de 1789 vem consagrar princípios iluministas, inspirados no direito natural da igualdade, liberdade e propriedade. Os homens são dotados de direitos inatos, equivalendo aos chamados **direitos humanos da primeira geração**. A Declaração em questão serviu como fundamento e embasamento aos direitos do homem, constituindo a maior prova do consenso universal sobre determinado tema jurídico. Não podemos olvidar o preclaro José Afonso da Silva, que indica:

“O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legitimidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas Declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecia, firmado que estava em uma rigorosa concepção individualista.”

O enorme desenvolvimento humano adquirido com o passar do tempo tornou insuficientes aqueles direitos adquiridos na primeira geração. Após a Revolução Industrial se desenvolve a **segunda geração** de Direitos do Homem – aqueles relacionados com os Direitos Sociais. Condições de trabalho, direitos da família, liberdade religiosa, direito das crianças, são exemplos desta categoria e transportam direitos do indivíduo para toda a humanidade. Lembrando a lição de nosso grande mestre Cançado Trindade, os direitos não se sucedem, mas acumulam-se e se fortalecem, sendo, assim, indivisíveis.

Nos casos de **conflitos armados**, a preocupação com a proteção da vida humana ganha relevância quando os combatentes se diversificam, envolvendo várias frentes de batalha, aumentando a violência e o desrespeito às populações civis e aos beligerantes. Sempre que novas técnicas de guerra surgem, novas formas de proteção se mostram necessárias.

Aliás, um ramo autônomo surge: os direitos humanos aplicados em situação de conflito armado denominam-se **direito humanitário** – o *jus in bello* – cuja tradução literal é direito da guerra, o direito aplicável na guerra, ou seja, a norma que regula as relações entre beligerantes e as relações entre beligerantes e não beligerantes. Este se distingue do *jus ad bellum*, que é o direito ao recurso à força, ou direito à guerra.

Com efeito, a proteção dos direitos fundamentais do ser humano não **cessa em tempos de guerra**. Essa relação do *jus in bello* com os direitos humanos já fora longamente discutida na doutrina, e a Corte Internacional de Justiça recorda esta proximidade no parecer de 1996 sobre a licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares,¹ declarando que “em princípio, o direito de não ser arbitrariamente privado à vida vale também durante as hostilidades”. Tal posição nos indicaria a existência de uma **complementaridade** entre os direitos humanos e o direito humanitário para melhoria da proteção às vítimas de conflitos armados. Assim, os direitos humanos e o direito humanitário são as duas muletas nas quais os indivíduos podem se apoiar para escapar – tanto que possível – das consequências desastrosas de conflitos armados.

O holocausto e o pós-Segunda Guerra Mundial constituem verdadeiro divisor de águas para os direitos humanos. As severas violações a direitos básicos do ser humano contribuíram para que se reformulasse o incipiente corpo de regras de direitos humanos então existente, criando-se, pois, uma nova concepção que originou o atual Direito Internacional dos Direitos Humanos.

7.1.2 O posicionamento do indivíduo enquanto verdadeiro sujeito de direito

A situação específica do indivíduo na sociedade internacional ganha novos contornos com a afirmação dos direitos humanos no plano internacional. Com efeito, os indivíduos são equiparados aos Estados, até então únicos detentores da personalidade jurídica em Direito Internacional, e as organizações internacionais, recém-instituídas.

¹ *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil CIJ 1996. Avis consultatif du 8 juillet 1996.

A imputação da **personalidade internacional** do ser humano confere ao indivíduo a titularidade de direitos e obrigações internacionais, surgindo, mais modernamente, sua capacidade de fazer prevalecer seus direitos e requerer reparações a violações de seus direitos, através de reclamação internacional.

A elevação do indivíduo a sujeito de direito internacional foi capitaneada por Bobbio, que colocava o ser humano, com valor em si mesmo, em primeiro lugar na estrutura da sociedade internacional, e o Estado, em segundo lugar. Em apertada síntese, o Estado seria feito pelo indivíduo, e não o contrário.

Dessa forma, o ser humano passa a se acomodar entre os Estados soberanos e as organizações internacionais, até então únicos sujeitos de direitos. Para Bobbio, seria impossível afirmar a inviolabilidade dos direitos humanos se o indivíduo não for superior à sociedade de que ele faça parte.

A aceitação dos direitos internacionais da pessoa humana contribuiu para uma democratização internacional, pois, além dos Estados, os indivíduos passam a integrar a arena internacional, como novos sujeitos de direitos, com **capacidade de agir**, de forma direta e autônoma, os mecanismos internacionais de proteção através de petição ou comunicação individual, denúncias de violação de direitos contidos nos tratados internacionais.

Porém, a democratização internacional ainda não atingiu alguns instrumentos e instituições internacionais a fim de permitir maior atuação dos sujeitos de direitos, como na Convenção Americana, que não reconhece a legitimidade do indivíduo para encaminhar um caso à apreciação da Corte, tal como ocorre com o sistema europeu de proteção aos direitos humanos.

7.2 Direito internacional dos direitos humanos

Após a Segunda Guerra, verificamos uma verdadeira **universalização** dos direitos dos homens, dada a sua consagração em uma série de instrumentos convencionais multilaterais. Ademais, verifica-se um fenômeno de pluralização dos ramos afetos aos direitos humanos. Não há dúvidas de que o estabelecimento da ONU, com a consagração pela Carta das Nações Unidas, outorga *status* internacional aos direitos humanos, com reconhecimento global de sua existência e necessidade de proteção em plano mundial.

7.2.1 A Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem

A Carta da ONU promove, na sociedade internacional, os direitos humanos, indicando um reconhecimento de seus membros de que a proteção aos direitos

humanos necessitava ser assegurada também fora dos limites estatais. Assim, os Estados reconhecem que a matéria extrapola a jurisdição doméstica dos Estados.

Empregando pouco rigor metodológico, a Carta de São Francisco não os definia, embora tenha enfatizado a urgência da proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, além de estabelecer que esta tutela é uma finalidade da própria organização.

As **disposições preambulares** do texto convencional maior indica a existência de direitos humanos de igualdade, a dignidade da pessoa humana, a busca do progresso social e melhores condições de vida. Em artigos ulteriores, lemos que a ONU busca a promoção ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Recordamos ainda os princípios da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, também objetivos da organização.

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,² os direitos humanos são apresentados de forma universal, esvaziando dos destinatários como nacionais de determinado ente estatal, porém os indica como pessoa humana. Ademais, não se deve mais apenas reconhecer a existência de direitos, mas notadamente protegê-los contra qualquer Estado.

Com efeito, este texto concentra um **emaranhado de direitos inerentes** a quaisquer seres humanos, sem os quais estes não se encontrariam aptos e habilitados a plenamente desenvolver suas potencialidades pessoais – quer física, moral ou intelectual – sendo, por conseguinte, aplicável a todas as pessoas que habitem o globo, independentemente de local, nacionalidade, credo, raça, sexo, opção sexual. Tais **direitos subjetivos** englobam direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Houve por bem a sociedade internacional abandonar a teoria das gerações de direitos, constituindo, portanto, núcleo duro de humanidade, uma unidade interdependente e indivisível.

Apesar de sua importância histórica, muito se discutiu sobre sua força obrigatória, por constituir norma pertencente à **soft law**: o instrumento que codificou tais regras não é um tratado internacional, mas uma Resolução da Assembleia Geral. Não obstante, tal alegação não merece prosperar: a Declaração nada mais é que a interpretação operada pelos Estados daquilo que constituía, naquele momento específico, um verdadeiro **costume internacional**. Assim, não há como se negar valor jurídico obrigatório à sociedade internacional em seu conjunto para suas disposições. Em definitivo, neste estágio a problemática permanece não no reconhecimento, mas na implementação de sua proteção.

² Em 10 de dezembro de 1948.

7.2.2 Os Pactos Internacionais de 1966

Para garantir maior eficácia dos direitos civis e políticos dos seres humanos, foram estabelecidos dois pactos internacionais sobre o tema. Primeiramente, temos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,³ outorgando ainda mais direitos que os já previstos na própria Declaração.

Em seus 47 artigos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos consagra **normas autoaplicáveis**, tal com indica seu preâmbulo, com a obrigação imediata de os Estados-membros

“de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, compreendendo que o indivíduo por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto”.

Defendia os direitos humanos, de forma universal e indivisível, como decorrentes da dignidade inerente à pessoa humana. Na época de sua confecção, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, desejou-se um instrumento que reunisse todos os direitos da pessoa humana, prevalecendo a ideologia ocidental da autoaplicabilidade desses direitos, diversamente daqueles sociais, econômicos e culturais, ditos **programáticos**, que necessitariam, por conseguinte, de uma implementação progressiva.

Adotado no auge da Guerra Fria, o Pacto reafirma o **direito à autodeterminação dos povos**, que implica na definição de seu estatuto político e de desenvolvimento econômico, social e cultural, principalmente no que concerne às suas riquezas e recursos naturais. Ele impõe aos Estados-partes, outrossim, a adoção de medidas legislativas ou administrativas visando à introdução em seus ordenamentos jurídicos internos dos direitos e garantias fundamentais previstos neste instrumento. Com efeito, é importante ressaltar a imperatividade do direito ao livre acesso à Justiça para processar e julgar suas eventuais violações, além de garantir o cumprimento das decorrentes decisões judiciais.

Em 16 de dezembro de 1966, foi promulgado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Seu primordial aporte ao sistema de proteção promovido pelo Pacto é o estabelecimento do **mecanismo das petições individuais** enviadas pelas próprias vítimas das eventuais violações de direitos humanos.

³ Adotado pela Resolução A/RES 2.200-A (XXI), em 19 de dezembro de 1966. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴ ampliou os direitos econômicos, sociais e culturais inscritos na Declaração Universal. Seu escopo era incorporar os dispositivos da Declaração de 1948, indicando normas obrigatórias e vinculantes para todos os Estados-partes, indicando sua respectiva responsabilidade internacional no caso de eventuais violações.

Diversamente do que acontece com o Pacto de Direitos Civis e Políticos, este arrola **deveres para os Estados**, deslocando seu destinatário dos indivíduos, constituído de direitos condicionados a uma atuação efetiva do Estado. A obrigação de progressividade na implementação desses direitos decorre da **cláusula de proibição do retrocesso social**. Entretanto, a eficácia das normas do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela sua natureza programática, não é *self executing*. Muitos doutrinadores entendem que são meras aspirações.

A codificação da Declaração, iniciada com os trabalhos do Comitê em 1949, e concluído em 1966 com a elaboração destes dois pactos internacionais, teve como objetivo primordial a incorporação, dotada de detalhamento e precisão, do rol de direitos humanos, de origem costumeira, que foi declarado pela Declaração Universal.

7.2.3 A comissão e o conselho de direitos humanos da ONU

Criada em 1946 pelo Ecosoc, a Comissão de Direitos Humanos é órgão de proteção não convencional de direitos humanos, se compõe de 53 Estados que detêm competência para atuar nas matérias relativas aos Direitos Humanos e não possui caráter deliberativo, por isso examina propostas de resoluções que eram submetidas ao Ecosoc para futura aprovação.

Além da elaboração dos textos que posteriormente serão incorporados a convenções internacionais, aprecia casos de violações aos direitos humanos. Em casos de urgência humanitária, a Comissão pode se reunir, estudando a situação de crise de algum Estado em flagrante desrespeito aos direitos humanos, a fim de que o Conselho de Segurança venha a estabelecer a ação necessária para restabelecer a paz e a dignidade.

Em 2006, foi transformado em um Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, após proposição do então Secretário-Geral da ONU Kofi Annan, composto por 47 membros, **eleitos a título pessoal**, com mandato de três anos. Seu trabalho é pautado notadamente por ações preventivas, evitando crises, podendo ser convocado para tratar de situações urgentes e realizar sessões extraordinárias.

⁴ Resolução A/RES 2.200 (XXI), em 16 de dezembro de 1966. Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

7.3 Sistemas regionais de proteção aos direitos humanos

Há hoje com variados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como o africano, o europeu e o interamericano. Esta seção interessa-nos apresentar, antes do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o sistema europeu.

7.3.1 O sistema europeu

O Estatuto do Conselho da Europa e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, intitulada Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁵ expressam os compromissos europeus de defesa e proteção dos direitos humanos no precursor sistema europeu.

Pelo Estatuto, os Estados-membros signatários, em conformidade ao seu art. 3º, devem reconhecer o princípio da primazia do direito e o princípio segundo o qual qualquer pessoa sob sua jurisdição deve gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. O mesmo comando normativo é reforçado pela Convenção Europeia, que ainda é o primeiro tratado regional sob a égide do Conselho da Europa.

O sistema europeu nasceu com o estabelecimento de uma Comissão e uma Corte, e, pela emenda promovida pelo Protocolo nº 11, de 11 de maio de 1994, em vigor desde 1º de novembro de 1998, foi reestruturada para contar apenas com uma Corte. Tal protocolo cria uma **verdadeira jurisdição neste sistema regional**, permitindo o **ingresso direto das vítimas à Corte**. Com a consagração da personalidade da pessoa humana no plano internacional, o sistema europeu outorga ao indivíduo capacidade processual plena, podendo demandar diretamente contra qualquer Estado-membro perante sua Corte de Direitos Humanos. Com efeito, nenhum sistema de filtragem de petições é possível neste sistema.

Com o protocolo, nenhuma cláusula facultativa de aceitação do recurso individual e da jurisdição da Corte é possível aos Estados europeus, estando o ser humano habilitado a figurar como autor de ação em sua ferramenta judiciária de solução de controvérsias ligadas às violações dos mais básicos direitos do indivíduo.

As **Câmaras** exercem o controle de admissibilidade das ações, indicam os fatos aplicáveis ao caso, tentam a conciliação e, se for o caso, julgam o mérito. Esta **sentença** não faz coisa julgada, pois há o recurso para decisão, porém, não é definitiva, pois as partes podem pedir revisão da mesma em situações de relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção.

⁵ Concluída em Roma, em 4 de novembro de 1950, em vigor desde 3 de setembro de 1953.

7.3.2 O sistema interamericano

No que concerne aos órgãos jurisdicionais interamericanos, tal sistema regional é ainda formado pelo **bicameralismo** da Convenção Americana, que tem origem no sistema europeu, no qual participam, primeiramente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta com sede em San José da Costa Rica. Ambos os órgãos são compostos por sete membros, eleitos a título pessoal, não representando, assim, seus Estados nacionais.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, adotada em Bogotá em 30 de abril de 1948, estabelece que

“o verdadeiro sentido da solidariedade americana e de boa vizinhança não se pode conceber senão consolidando, no continente e no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social baseado no respeito aos direitos fundamentais do homem”.

Com efeito, este texto é complementado pela Convenção Americana relativa aos Direitos do Homem,⁶ que reflete a mesma inspiração ideológica da Convenção Europeia, quando afirma, em seu preâmbulo, que os direitos fundamentais do homem são de caráter universal.

A **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, como dispõe a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é órgão autônomo da OEA, que tem como objetivo principal promover a observância, a defesa e a promoção dos Direitos Humanos, além de constituir órgão consultivo sobre o tema. Sua função é semi-jurisdicional, pois recebe as denúncias de que lhe são apresentadas pelas vítimas ou terceiros que conhecem os atos violadores de tais direitos fundamentais pelos Estados, ou, ainda, dos Estados que não tenham acordado a devida proteção aos indivíduos. Compete à Comissão o processamento das ações, que, após seu exame, faz recomendações aos Estados e **decide pela apresentação ou não de um caso concreto à Corte**.

Ademais, os Estados que não aceitem a **cláusula de jurisdição obrigatória** da Corte Interamericana, a Comissão é o único órgão de solução de litígios, pois sua competência decorre da Carta da OEA. A decisão da Comissão, diante de um caso concreto de violação de direitos humanos, pode levar ao **arquivamento** do caso, a um **acordo** com o Estado violador, ou o **reconhecimento da violação**, com a subsequente publicação de um relatório e propositura da ação perante a Corte.

⁶ Adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, em vigor desde 18 de julho de 1978. Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Seguindo o esquema bicameral, a Comissão recebe a denúncia e somente em uma segunda etapa esta apresenta o caso à Corte. Assim, **no sistema interamericano, o indivíduo é desprovido de um real direito de ação autônomo**, como ocorre no sistema europeu. A Corte Interamericana tem competência **contenciosa e consultiva**. Suas regras de processo estão delineadas em seu Regulamento, que se inicia pela fase de **conciliação**. Caso malogre, segue-se para a **colheita de provas**, para então seguir concluso para **sentença**. Importante salientar que é desnecessária a apresentação do caso perante à Comissão por intermédio de advogado.

7.4 Direitos Humanos, Direito Humanitário e a ingerência humanitária

A noção de ingerência é uma noção ambígua que, no direito internacional, é empregada antes de tudo para enunciar o princípio tradicional de não interferência nos assuntos internos dos Estados. Cada entidade estatal é, com efeito, protegida contra a imissão dos terceiros em seus assuntos internos por esse princípio, que foi afirmado inúmeras vezes,⁷ chegando a adquirir um valor costumeiro no acórdão da Corte Internacional de Justiça para o caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua. Tal princípio aparece como corolário da igualdade soberana dos Estados, que permite a cada um de tomar livremente as decisões que lhe incumbem, notadamente para determinação de seu sistema econômico, político e social. A Corte Internacional de Justiça afirmou há tempos esta ideia na decisão do caso Estreito de Corfu, condenando o “**pretenso direito de intervenção**”.

É essencialmente nos anos 80, diante das **reivindicações humanitárias**, que a noção de ingerência suscitou mais reflexões. A ideia tradicional de não ingerência parece ser contestada pelas imissões que se pretendem justificar pelos motivos de uma **boa causa** que repousa na emergência de novas finalidades e valores éticos no seio da ordem jurídica internacional, ilustrados pelo direito do desenvolvimento, direito ambiental e os direitos humanos. Tal seria o caso das imissões a fim de assistir às vítimas de crises humanitárias em território estrangeiro, e denominadas, pois, **ingerência humanitária**. Lançada pelas ONGs cujas iniciativas *in loco* eram freadas pela administração local, o conceito de ingerência humanitária tem por finalidade o acesso direto às vítimas nas situações de emergência, contornando o consentimento do Estado territorial. Ao termo de conotação negativa se conjuga uma finalidade justa, que legitimaria a ilicitude da intervenção.

⁷ Resoluções A/RES 2625 de 1970, A/RES 2131 de 1965, e o art. 2º, § 7º, da Carta da ONU.

7.4.1 Ausência de estatuto jurídico internacional claro do direito de ingerência humanitária

Segundo os partidários da ingerência humanitária, a soberania não pode ser um obstáculo permitindo ao Estado de perpetrar em seu território violações graves de direitos humanos. Aqui temos um problema de **equilíbrio** entre a soberania dos Estados e o respeito aos direitos fundamentais do homem, acarretando na responsabilidade coletiva dos Estados, ao qual vamos nesse artigo nos confrontar.

Frente ao obstáculo da soberania do Estado que o direito internacional respeita, os promotores dos direitos de intervenção buscaram ultrapassar as exigências jurídicas existentes para sua ação. O conceito de ingerência permite dar suporte jurídico a uma intervenção no interior de um Estado para fins humanitários. Eles tentam contornar as determinações do direito internacional humanitário clássico (corporificado pelas Convenções de Genebra), que impõe a requisição do consentimento do Estado territorial antes de quaisquer ações, passando pelo mecanismo dos direitos humanos.

Uma primeira dificuldade vem do termo *ingerência*. Qual seria a diferença entre **ingerência e intervenção**? Primeiramente, deve-se distinguir da intervenção entendida em sentido estrito, ou seja, a realização de **operações materiais** – a incursão física em território estrangeiro. Esse tipo de intervenção é proibido pela aplicação da competência exclusiva do Estado em seu território. Tradicionalmente, a intervenção física de ONG ou indivíduos no território do Estado é ilícita e releva ao direito interno do Estado. Se tal intervenção se produz, ela é, pois, geralmente entendida como uma **ingerência ilícita**, como a agressão do caso Estreito de Corfu. Entretanto, há situações que admitem a **licitude de tal intervenção**, como a legítima defesa em resposta à violação da legalidade internacional.

Divergentemente da intervenção, que é apenas material, a ingerência pode ser qualificada de **imaterial**, isto é, uma interferência na esfera de ação do Estado sem autorização deste. Ela pode consistir em uma tomada de posição, um convite a agir em determinado sentido; às vezes advindo de uma pressão. Assim, enquanto a intervenção se acompanha sempre de uma ingerência, a recíproca não é verdadeira.

Segundo a Corte Internacional de Justiça, na decisão sobre as Atividades militares e paramilitares na Nicarágua de 1986, a ingerência é:

“A intervenção nos assuntos internos ou externos do Estado, direta ou indireta, e trata de matérias nas quais a soberania dos Estados lhes permite de se decidir livremente. Não pode se considerar uma ingerência a partir do momento no qual o estado aceitou restringir sua competência (participando, por exemplo, de uma Organização Internacional ou uma convenção internacional).”

Se resumirmos os contornos da noção, observa-se que a noção de ingerência pode ser compreendida de duas maneiras: ou qualquer ato do Estado nos assuntos internos do outro é necessário, em seguida, distinguir as lícitas das ilícitas. Segundo esse raciocínio, o comportamento de ingerência é tomado entre duas realidades: limitação da liberdade dos Estados, mas para a aplicação do direito internacional.

Assim, considera-se que a ingerência é apenas qualificada como ilícita quando a imissão de um Estado nos assuntos de outros é contrária ao direito internacional. Apenas no caso em que a imissão chega a privar um Estado de um direito e não de um favor, ela é constitutiva de uma ingerência. Essa visão é que parece ter sido adotada pelos doutos componentes da Alta Jurisdição em sua decisão.

Ademais, a noção de **direito de ingerência** não tem conteúdo jurídico *de per se* e não adquire tal conteúdo quando lhe acrescentamos o termo *humanitário*, que permite cobrir a ilicitude da ingerência. A questão referente à ingerência humanitária é, portanto, saber em qual medida certos direitos fundamentais permitem cobrir a ilicitude da ingerência.

A conexão entre o direito de assistência humanitária e a ingerência pode ser feita graças à noção de humanidade que funda uma comunidade solidária de cada um perante todos, ideia implicitamente mencionada no art. 1º das Convenções de Genebra e a obrigação que decorre dos **Princípios Gerais do Direito do Internacional Humanitário** após o caso Nicarágua. Deste conceito decorreria, pois, a obrigação de respeitar, mas também a de fazer respeitar essas regras por todos.

Inúmeros direitos ou deveres foram invocados para sustentar a existência do pretense direito de ingerência: direito de assistência humanitária: tratar-se-ia de um direito cujos titulares são as vítimas, o direito de ser socorrido; dever de assistência humanitária, obrigação correlata para os Estados ou entidades privadas de socorrer as vítimas; dever de ingerência humanitária: obrigação de ajudar as vítimas, porém levando em consideração a ação civil e a coercitiva (intervenção humanitária); direito de ingerência humanitária: direito para os Estados ou entidades privadas de socorrer as vítimas por meio civil ou coercitivo.

Entretanto, resta que o fundamento da ingerência é **objetivo humanitário** que é a origem, e, normalmente, para serem lícitas, devem ser aprovadas pelo Estado que as receba. Na prática, a assistência humanitária realizada pelos Estados é indireta: eles oferecem um apoio logístico e militar para garantir a segurança de comboios humanitários organizados pelas ONGs ou Organizações Internacionais, que fazem, então, a assistência humanitária, autorizados pelo consentimento do Estado. Além de indiretas, a assistência outorgada pelos Estados tem conotações militares.

O verdadeiro problema ocorre quando há oposição entre o Estado que escolhe aportar uma assistência humanitária e o Estado territorial que **recusa tal as-**

sistência. Em tal hipótese, temos a reivindicação de **direito de intervenção humanitário**, que permitiria tais Estados intervirem nos assuntos internos de outro Estado a fim de proceder a uma assistência humanitária.

A primeira brecha foi aberta pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua em 1986. No caso em tela, a Nicarágua reclamava que os Estados Unidos armavam e sustentavam financeiramente os *contras*, forças paramilitares que entravam batalha contra forças do governo sandinista. A Corte Internacional de Justiça precisou diversos pontos.

Mesmo reconhecendo que os Estados Unidos se admitiram culpados no caso pela violação do princípio de não intervenção nos assuntos internos da Nicarágua, ela admitiu que

“não há dúvidas de que o fornecimento de ajuda estritamente humanitária a pessoas ou a forças se encontrando em outro Estado, qualquer que seja sua afiliação política ou seus objetivos, não poderia ser considerada como uma intervenção ilícita ou qualquer outro ponto de vista contrário ao direito internacional”.

Isso tudo, desde que esta ajuda vise restabelecer a aplicação em um país dos princípios gerais do direito, especialmente dos direitos humanos. O art. 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos precisa, aliás, a existência pacífica dos povos fundada no respeito das liberdades individuais e coletivas. Ela submete essa ajuda humanitária a um princípio de não discriminação.

7.4.2 As decisões da ONU e a prática dos Estados

O desenvolvimento de uma possibilidade de assistência humanitária foi perseguido sob a impulsão de Bernard Kouchner e a adoção pela **Assembleia Geral** das Nações Unidas de variadas resoluções cuja primeira é intitulada assistência humanitária às vítimas de catástrofes naturais e situações de urgência de mesma ordem.⁸ Essa resolução prevê um princípio de **subsidiariedade** à finalidade humanitária: papel das ONGs e caráter indispensável do acesso às vítimas.

Existiria, assim, um direito das vítimas a serem socorridas? Quais direitos seriam vilipendiados em caso de não socorro? Pode-se fazer referência aos direitos consagrados pelo pacto de direitos civis e políticos: direito à vida e à saúde. Mas o princípio de subsidiariedade aqui invocado oferece a primazia do Estado para agir. A intervenção se limita no caso no qual o Estado não estaria em capacidade de agir. Essa resolução não permite à ação humanitária de se isentar do respeito

⁸ A/RES 43/131, de 8 de dezembro de 1988.

da soberania territorial dos Estados, salvo se constituir um ato internacionalmente ilícito. Por outro lado, a resolução pretende defender também corredores de urgência humanitária, com a adesão do princípio de livre acesso e aplicação da liberdade de acesso.

Parece-nos impossível afirmar, na hora atual, que há em direito positivo um direito de ingerência humanitária e isso a começar pelo **fundamento puramente consensual e subsidiário desse princípio**. O consentimento do Estado é sempre requerido, como reafirmado pela Resolução A/RES 46/182, e o papel primordial pertence aos Estados afetados e a quem volta a iniciativa, a organização, a coordenação e a aplicação da assistência humanitária sobre seu território, como previsto na Resolução 43/131. Ademais, somente as recomendações da Assembleia Geral não permitem a criação de uma norma de valor obrigatório para os Estados-membros. Nenhuma força obrigatória de suas decisões é admitida, além de que tais resoluções foram criticadas pelos Estados mais reticentes, o que limita ainda mais seu alcance, por pertencerem ao rol de instrumentos da *soft law*. Vemos que a prática dos Estados também não permite revelar a existência de um direito humano a que correlativamente se imponha o respeito de uma obrigação de assistência humanitária.

O **Conselho de Segurança**, por sua vez, edita resoluções que têm sim o valor obrigatório e também criaram corredores humanitários. Considerada precursora da matéria, a Resolução 688⁹ dispõe que o Conselho “insista para que o Iraque permita um acesso imediato das organizações humanitárias internacionais a todos aqueles que necessitem [...]”. Ainda, seguiram o esquema as resoluções sobre a Somália,¹⁰ ou as primeiras sobre a Iugoslávia.¹¹ Trata-se, então, de uma primeira fase que obriga um Estado a consentir a **abertura de “corredores humanitários”** para permitir um acesso às vítimas e assim tentar minimizar as consequências humanitárias do conflito. Mas tais resoluções foram votadas sob a **égide do Capítulo VII** e com fundamento nas operações de manutenção da paz, e, como veremos, não permitem consagrar um direito de ingerência humanitária. Sua obrigatoriedade não decorre do conceito de ingerência, mas por ter sido veiculada por uma Resolução do Conselho adotada com a aplicação do Capítulo VII da Carta.

Não podemos negligenciar que o direito de ingerência se constrói hoje no reconhecimento de uma **obrigação moral**: o dever de ingerência por questão humanitária. As justificações a tal intervenção são a justa causa e o princípio de

⁹ S/RES 688, de 5 de abril de 1991.

¹⁰ S/RES 733, de 23 de janeiro de 1992.

¹¹ S/RES 752, de 15 de maio de 1992. Contudo, nas posteriores S/RES 758 de 8 de junho de 1992 e S/RES 770 e 771 de 13 de agosto de 1992 sobre a ex-Iugoslávia, será exigida a distribuição efetiva de material humanitário, bem como o acesso das ONGs aos campos e prisioneiros.

precaução. Trata-se de uma forma de moral de extrema urgência diante da necessidade de uma proteção mínima aos direitos da pessoa.

Mesmo se podemos falar do necessário respeito dos direitos fundamentais como parte inerente a uma **ordem pública internacional**, não é possível agora fundar a existência de um direito à assistência humanitária em bases morais. Se os Estados estão prontos a aceitar uma obrigação moral de assistência, não tentaram, em nenhum momento, fazer dela uma obrigação jurídica. A prática dos Estados não vai nessa direção.

7.4.3 *Campo de aplicação e aplicação do conceito de ingerência humanitária*

Os partidários da ingerência humanitária se apoiam na emergência de um direito humano de assistência humanitária para justificar a ingerência humanitária e exercer sua ajuda. Esse direito de assistência humanitária seria o **prolongamento natural do direito à vida**, contido em numerosos instrumentos internacionais convencionais e que seriam vilipendiados pela fome, falta de cuidados médicos e de saúde pública, as catástrofes naturais.

Esse direito é consagrado pelo art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”. Haveria, igualmente, a obrigação de respeito ao direito à dignidade da pessoa humana, consagrado também na Carta da ONU.

Seu **conteúdo** consistiria, além das Resoluções da Assembleia Geral, essencialmente no envio de alimentos e medicamentos, cuidados médicos às vítimas em situação de urgência. O objeto desse direito é assaz limitado. Essa reivindicação se inscreve na evolução da ordem jurídica internacional, que já conhece um fenômeno de proteção dos direitos humanos no plano normativo com o direito de assistência aos refugiados, às vítimas de conflitos armados, dentre outros.

A reivindicação de um direito humano à assistência humanitária **em favor das vítimas** de catástrofes humanitárias parece hoje possível com a inserção em direito internacional da proteção dos direitos humanos além das relações interestatais. Resta difícil a aplicação de tal direito, pois a aplicação de direitos fundamentais da pessoa humana é geralmente submetida a mecanismos convencionais complexos. Por outro lado, ainda urge determinar quais são os Estados **devedores de uma possível obrigação correlata**, além da questão de saber se existiria um direito das vítimas a serem socorridas. Quais direitos são vilipendiados em caso de não socorro? Pode-se fazer referência aos direitos consagrados pelo pacto sobre direitos civis e políticos: direito à vida e à saúde. O direito positivo não reconhece ainda um direito das vítimas a serem socorridas.

De maneira geral, parece pouco provável que os **Estados** aceitem uma obrigação geral de assistência das vítimas de crises humanitárias pelo mundo. Os membros da comunidade internacional não estariam prontos a aceitar que a proclamação de uma obrigação moral, sem alcance jurídico, retire-lhes a liberdade de ação quando for necessário decidir quando, e onde, intervir.

Poder-se-ia também prever limitar tal **obrigação de assistência** apenas ao Estado sobre o território do qual acontece a crise. Ele deveria então dar ele mesmo a assistência e deixar os socorros internacionais aceder às vítimas. Aqui, a questão se coloca em termos de responsabilidade do Estado territorial de proteger seus nacionais e em caso de falta de ação deste a possibilidade de ação internacional. Segundo uma visão tradicional da soberania do Estado, a ideia era a capacidade do Estado de tomar decisões autoritárias sobre recursos e as pessoas. Hoje, é admitido que os Estados têm limites em sua soberania com relação a seus nacionais. Uma **dupla responsabilidade** existiria, uma externa – respeito da soberania dos outros Estados – e interna – respeito dos direitos e da dignidade dos indivíduos em seu território. Essa responsabilidade dual existe nos pactos internacionais, na prática da ONU e na prática dos Estados.

Se esta responsabilidade de proteger não é reconhecida como **costume**, ela é aceita como uma norma em vias de criação. O Instituto de Direito Internacional o mencionou no art. 5º de sua Resolução de 1989, assim como a Corte Internacional de Justiça o menciona no caso Nicarágua. Essa responsabilidade implica na obrigação de reagir às situações nas quais há a necessidade de proteção humana. Quando as medidas preventivas são insuficientes ou quando o Estado territorial é incapaz de agir, a **intervenção de outros Estados deveria ser requisitada** com medidas coercitivas, políticas, econômicas, judiciárias e, em casos extremos, por uma intervenção militar. E é aqui que intervém o direito de ingerência humanitária de outros Estados, corroborado pela obrigação de assistência.

Os Estados preferem conservar o controle de suas fronteiras e a organização do socorro. Em nenhum caso na atualidade os Estados aceitam deixar o comando de seu território nas mãos de outros Estados. Ademais, poder-se-ia dizer que o Estado territorial e os Estados vizinhos são devedores da obrigação de facilitar a realização da assistência humanitária, tendo as resoluções da Assembleia Geral tratado o tema dessa forma. A assistência humanitária permanece, assim, sempre **submetida ao consentimento do Estado territorial da crise**.

Sumarizando, há três situações possíveis entre a posição do Estado territorial e a dos Estados desejosos de fornecer socorro: o Estado territorial solicita a ajuda externa, a operação será lícita e consistirá em uma cooperação e assistência internacionais; ou o Estado territorial dá seu consentimento para que o socorro intervenha sobre seu território, mas estes não respeitem suas ordens, então as entidades privadas cometerão infrações de direito interno do Estado, ou tratando-se

de representantes de um terceiro Estado, configura uma ingerência; enfim, se o Estado não consente ao acesso às vítimas, haverá ao mesmo tempo uma ingerência humanitária e uma violação da soberania do Estado. E é nessa última hipótese que se invocou a possibilidade de uma **ação coercitiva**, a intervenção humanitária, cuja finalidade é de permitir o exercício da assistência humanitária.

A Corte Internacional de Justiça afirmou essa ideia há tempos no caso do Estreito de Corfu, condenando o

“pretenso direito de intervenção que somente pode ser entendido por ela como a manifestação de uma política de força, política que, no passado, deu lugar ao abuso mais grave e que não poderia, quaisquer que sejam as deficiências presentes da organização internacional, encontrar lugar no direito internacional”.

Caso se admita o direito de ingerência humanitária dessa forma, há um risco de retorno à força dos Estados como únicos juízes do que exige a humanidade, o direito submetido à força, que permitiria aos Estados intervir de maneira lícita e, se necessário, pela força armada, a fim de fazer respeitar as leis da humanidade em seus vizinhos para proteger seus próprios nacionais.

Na **intervenção da Otan no Kosovo** em 1999, agindo fora da legalidade do uso da força, os Estados-membros desta organização justificaram sua intervenção pelas violações dos direitos humanos que sofreu a população albanesa e pela iminência de uma catástrofe humanitária. Esta atuação ilustra o paradoxo que pode atingir a confrontação entre a proteção dos direitos humanos e o princípio de não ingerência. Com efeito, a ideia é que a garantia última da proteção dos direitos humanos repousa no emprego ilícito da força.

Se a lógica da ingerência humanitária é levada ao extremo, os Estados se veriam reconhecer o **direito de impor uma assistência humanitária**, recorrendo, no caso de necessidade, à força armada. Os Estados poderiam, assim, ultrapassar a simples assistência material, ver se comprometer na via militar para pôr termo às causas da crise humanitária. Deve-se, então, evitar que o esquema se reproduza através da emergência e da consagração de um direito de ingerência humanitária.

A análise *supra* não significa que a comunidade internacional permanece desarmada face a um Estado que infrinja os direitos humanos de seus nacionais. Mas é através dos **mecanismos jurídicos já existentes** que é possível agir, e pelos quais um princípio de ingerência humanitária é aplicado num caso específico.

Na prática onusiana, as decisões tomadas para se aplicar e respeitar os direitos humanos são a base das resoluções do Conselho de Segurança tomadas em virtude do Capítulo VII. Com efeito, se o art. 2º, § 7º, da Carta da ONU proíbe a organização de intervir em assuntos que relevam essencialmente da competência

nacional de um Estado, a disposição precisa que esse princípio não prejudica a aplicação de medidas coercitivas previstas no Capítulo VII. Em nome da **segurança coletiva**, ele amplamente usou essa possibilidade qualificando numerosas situações como **ameaça à paz**, mesmo para **situações internas**, como no Kurdistão iraquiano, Bósnia, Ruanda e Somália. Tais operações militares de fins de permitir acesso de organismos humanitários às vítimas, ou, no caso de Ruanda, proteção de refugiados, ocorreram sob a égide de uma operação de manutenção da paz.

A maior parte das intervenções humanitárias pode também ocorrer sob outras formas jurídicas existentes. Errôneo é imaginar que o direito internacional tradicional é incompatível com a proteção dos direitos da pessoa, e, o mais importante, é de bem utilizar os meios existentes. O problema de suas limitações não é jurídico, mas sim político.

A utilização desse mecanismo jurídico existente é a **prova da inexistência de um direito de ingerência humanitária** e, a fim de pôr em prática a eventual obrigação moral de recorrer a esse direito, a ONU nunca fundou uma intervenção sobre esse pretense direito e passa, sempre, pelos sistemas já em vigor. Ao invés de consagrá-lo, essas operações consagram a extensão da noção de manutenção da paz e, portanto, do mandato do Conselho de Segurança para as violações massivas dos direitos humanos. Isso reafirma o uso de mecanismos preexistentes.