

Revolução, morte e garantia de direitos: nas Américas e além

ÁNGEL R. OQUENDO¹

RESUMO

■ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem passado por uma profunda crise. Diversos países liderados por Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua têm reiteradamente atacado os seus órgãos-chave, *i.e.*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pode-se afirmar que este problema está escorado em (1) noções de soberania e não-intervenção, (2) repúdio a decisões específicas ou (3) apelo à politização dos direitos humanos. A terceira interpretação é a que parece ser mais precisa e interessante ao atual debate internacional sobre direitos humanos. Estes possuem, de fato, uma crucial, porém não-exaustiva, dimensão política. Afinal, os Estados devem ter liberdade no que concernir à política ou ações de governo, (ao contrário do que deve acontecer nas questões de princípio), mas em amplitude menor que a pretendida pelas nações dissidentes. Algumas controvérsias concretas em torno da liberdade de expressão e do direito à saúde servirão para exemplificar a argumentação.

1 O autor agradece a tradução de Alexandre Veronese, assim como as revisões de Eduardo Rêgo e Renata Cunha. Além do mais, gostaria de expressar agradecimento a *David Abraham*, David Dyzenhaus, Owen Fiss, James Foreman, Benjamin Haldeman, Puja Kapai, Rick Kay, Lauren Kinell, Taylor Faranda Korthuis, Lisa Laplant, Molly Land, Dennis Lynch, Ronaldo Macedo, Fábio Morosini, JoNel Newman, Jim Nickel, Joe Page, Cristina Rodríguez, Keith Rosenn, Claudia Schubert, Alexandre Veronese, Richard Wilson, e membros do Seminário Latinoamericano de Teoria Política e Constitucional da Yale Law School pela sua incalculável contribuição ao desenvolvimento das ideias deste *paper*. Uma versão anterior apareceu no *N.Y.U. Journal of International Law and Policy*.

ABSTRACT

■ The Inter-American Human Rights System has been experiencing a severe crisis. Several countries led by Venezuela, Ecuador, Bolivia, and Nicaragua have repeatedly attacked its key bodies, i.e. the Inter-American Human Rights Commission and the Inter-American Human Rights Court. This problem may be based on (1) notions of sovereignty and nonintervention, (2) repudiation of specific decisions or (3) appeal to the politicization of human rights. The third interpretation seems to be more accurate and interesting to the current international debate on human rights, which do, in fact, have a crucial but non-exhaustive political dimension. After all, States should be free in regard to government policies or actions, (contrary to what should happen in matters of principle), but to a lesser extent than that intended by dissenting nations. Some concrete controversies surrounding freedom of expression and the right to health will serve to exemplify the argument.

INTRODUÇÃO

■ Depois de se evoluir para um regime quase constitucional com amplo reconhecimento da vinculatividade de sua jurisdição e um respeitável registro de *compliance*², o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem passado por profunda crise. Vários países – principalmente a porção “bolivariana”³ da Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua⁴ – têm constantemente atacado os seus

2 *Ver de forma geral* Ángel R. Oquendo, *Latin American Law* 250-251 (2d Ed. 2011).

3 O termo “bolivariano” alude a Simón Bolívar (1783-1830), que teve papel fundamental nas guerras de independência da América Espanhola no século XIX e que se tornou símbolo da luta para a unificação da parte Sul do continente. *Ver* Simon Romero, *Building a New History by Exhuming Bolívar*, N.Y. Times (Aug. 4, 2010), at A7. A Aliança Bolivariana para as Américas (*Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América*), por exemplo, promove a cooperação e integração dessas nações bolivarianas a várias ilhas do Caribe, como Antígua e Barbuda, Cuba, Dominica e São Vicente e Granadina. *Ver* Simon Romero, *A Candidate in Peru Tacks Toward Brazil's Course*, N.Y. Times (01 de maio de 2011), à A10 (“A Aliança Bolivariana para as Américas, ou ALBA, é um bloco político liderado pela Venezuela e que inclui Bolívia, Cuba e Nicarágua.”).

4 A Nicarágua tem realizado um papel de menor importância. Venezuela, Equador e Bolívia, por sua parte, têm assumido, como este artigo destaca, algumas posições excêntricas na controvérsia. Por exemplo, enquanto a Venezuela decidiu abandonar o Sistema, o Equador tem feito propostas específicas para uma reforma e a Bolívia tem se ocupado em fazer afirmações gerais em suporte à posição do grupo. No entanto, todos os quatro países têm insistido em se apresentar como um bloco e, dentro do possível, coordenado suas ações.

dois principais órgãos, i.e., a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por supostamente ultrapassarem os seus limites. Não é surpresa que figuras de alto perfil tenham liderado esse ataque. Por exemplo, o Presidente do Equador, Rafael Correa, tem apontado a Organização dos Estados Americanos (OEA) de ser responsável pela alegada extrapolação de limites e tem insistido em que deve “se revolucionar ou desaparecer”⁵. O Presidente boliviano Evo Morales, por sua vez, tem afirmado que a entidade deve ou “morrer a serviço do império ou renascer com o objetivo de servir aos povos das Américas”⁶. Neste artigo, irei investigar esse desafiador assunto transcontinental e, por fim, abordá-lo como um atraente, embora parcialmente problemático, chamado à politização dos direitos humanos. Em outras palavras, irei construí-lo e analisá-lo tendo como base a asserção de que os juízes internacionais devem se submeter aos governos, especialmente àqueles que estiverem adotando tais direitos como parte de um projeto mais amplo de emancipação social.

Os críticos das estruturas regionais de direitos humanos não limitam-se a uma firme retórica. Eles também condenam, com particular agressividade, certas determinações e decisões desfavoráveis⁷. A coalisão dos dissidentes tem proposto, além de privar a Comissão da competência de “adotar medidas preventivas para a proteção de potenciais vítimas” ou “receber petições individuais” de modo amplo⁸, impedir que Estados que não ratificaram os principais tratados de direitos humanos, como os Estados Unidos da América e o Canadá, nomeiem Comissários⁹.

Autoridades equatorianas têm desenvolvido suas próprias demandas, como o fim da chamada lista negra de regimes delinquentes, presente no Capítulo IV do Relatório Anual da Comissão e a realocação da sede da Comissão de Washington para Buenos Aires¹⁰. Ainda, submeteram uma proposta escrita, em 2011, solicitando que a Organização dos Estados Americanos (OEA) acolhesse “o quanto antes” a

5 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (June 5, 2012) (citando o Presidente equatoriano Rafael Correa).

6 Mabel Azcui, *Evo Morales: “La OEA puede morir al servicio del imperio o renacer,”* El país (June 4, 2012).

7 *Ver infra* Section I(B).

8 *Ver* Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos,* El país (Dec. 7, 2012).

9 *Ver* César Gaviria Trujillo, *Mordaza a un líder de la libertad de expresión,* El país (Mar. 20, 2013).

10 *Ver* Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA,* El país (Mar. 21, 2013); *“La reforma del sistema de protección de derechos de la OEA no ha concluido,”* El país (Mar. 22, 2013); *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos,* El país (Mar. 23, 2013).

“política” de financiar o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos” somente com “recursos” internos, (2) proibisse imediatamente o recebimento de doações de entidades alheias à Organização e com destinação pré-determinada e (3) equalizasse os fundos disponíveis bem como a exposição de que gozam vários “Relatorias” da Comissão¹¹. Na mesma proposta, o Equador enfatizou que os órgãos de decisão devem tratar “todos os Estados” igualmente e efetivar “não apenas direitos políticos e civis, mas também econômicos, sociais e culturais”¹².

Após reclamar formalmente do enviesamento da Comissão, da sua “politização”, e “parcialidade”¹³, a Venezuela exerceu o seu direito contido no Artigo 78 de denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴. Em 2012, o país introduziu uma Nota de Denúncia assinada por Nicolás Maduro, então Ministro das Relações Exteriores e atualmente Presidente, e que se tornou efetiva em 6 de setembro de 2013¹⁵. Equador e Bolívia têm ameaçado seguir a mesma linha¹⁶.

11 Propuestas de la Delegación del Ecuador sobre los Temas “Financiamiento”, “Universalidad”, “Asuntos de Procedimiento” e “Informe Anual de la CIDH”, *submitted to the Special Working Group on the Inter-Am. Commission for Human Rights and for the Strengthening of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser. G, GT/SIDH/INF. 46/11 (Dec. 5, 2011) [daqui em diante, propostas do Equador (*Span.*)].

12 *Id.*

13 Propuestas de la Delegación de República Bolivariana de Venezuela Sobre el Tema “Criterios Para la Construcción del Capítulo IV del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),” *submetidas* ao Grupo Especial de Trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e para o Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, OEA/Ser. G/GT/SIDH/INF. 44/11 (2011).

14 *Ver* Convenção Americana de Derechos Humanos, art. 78, Nov. 22 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S 123 [hereinafter *American Convention* (*Span.*)].

15 Nicolás Maduro Moros, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, *Carta a José Miguel Insulza, Secretario General de la Organización de Estados Americanos* (06 de setembro de 2012) [daqui em diante, *Nota de Denúncia da Venezuela* (*Span.*)], disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF (visto pela última vez em 15 de maio de 2016).

No Memorando de Suporte, as autoridades venezuelanas também condenaram de forma geral a Comissão pela sua parcialidade e falta de detalhamento no processo de determinação dos países que devem estar sujeitos a monitoramento especial (*black list*); também pela sua consideração de fatos hipotéticos, e pela falta de critério na recepção de medidas preventivas e petições individuais. Nicolás Maduro Moros, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, *Fundamentación que sustenta la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentada a la Secretaría General de la OEA* 1-3 (2012) [daqui em diante, *Memorando de Suporte da Venezuela* (*Span.*)], disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF (última visita em 15 de maio de 2016).

16 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013); Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, El país (21 de março de 2013); Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su*

“Outros países, como Colômbia e Costa Rica”, têm se distanciado e dado suporte à instituição sob ataque¹⁷. Eles têm “argumentado que a Comissão deve preservar a sua autonomia e caráter internacional”¹⁸. O Secretário de Estado Norte-americano, John Kerry, assinalou que os Estados Unidos têm uma posição semelhante:

Nós temos escutado muitas coisas sobre a Comissão ultimamente e eu acho isso bom, na verdade. Diálogo é uma parte essencial da democracia e nós queremos melhorar a Comissão. Mas nós precisamos ter em mente que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem feito uma diferença marcante. Ele tem promovido tanto a democracia representativa quanto as liberdades fundamentais, os princípios pelos quais os membros da OEA são conhecidos. Quando melhoramos a democracia na região, quando nos posicionamos contra restrições de direitos humanos, quando pressionamos por mais oportunidades, nós estamos agindo em solidariedade a todos os povos da região.¹⁹

Mais diretamente, César Gaviria, ex-Presidente da Colômbia e antigo Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, afirmou que as alterações institucionais requeridas pelos regimes descontentes “iria gravemente debilitar a Comissão e abrir caminho para que governos desrespeitem direitos básicos e restrinjam a liberdade de expressão”.²⁰

Em março de 2013, a Organização dos Estados Americanos, em sessão plenária, rejeitou em peso a reforma propugnada pelas autoridades equatorianas²¹. Entretanto, ela decidiu instruir o seu Conselho Permanente a “continuar o diálogo sobre assuntos fundamentais relacionados ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”²². De fato, a Argentina ofereceu e pres-

órgano de derechos humanos, El país (07 de dezembro de 2012); Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012).

17 Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012).

18 *Id.*

19 Press Release, John Kerry, Sec’y of State, U.S. State Department, Solo Press, Comments at the Organization of American States (06 de junho de 2013).

20 César Gaviria Trujillo, *Mordaza a un líder de la libertad de expresión*, El país (20 de março de 2013).

21 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013).

22 *Id.* (retirado do “texto final” da resolução submetida pela Argentina e adotada pelo Conselho Permanente da OEA).

sionou pela aprovação dessa resolução como resposta à “ameaça do Equador... de abandonar o Sistema”²³.

Sem dúvida, o confronto mencionado estabeleceu um momento ímpar para o hemisfério ocidental. Ele poderá transformar ou até subverter o atual sistema de direitos humanos. A região pode quedar-se com uma multiplicidade de micro-sistemas ou, no pior caso, regredir a uma situação de efetivação meramente nacional de direitos.

Toda essa confrontação fornece uma oportunidade única à comunidade internacional para uma reflexão sobre a natureza dos direitos humanos. Este escrito aproveitará essa situação e tomará um passo nessa direção. Ele tratará de questões como as seguintes: Que papéis exercem princípios e políticas, respectivamente, na concretização de direitos humanos? Em qual extensão um grupo de nações com ideologias diversas pode trabalhar junto para a implementação de tais premissas? Qual lugar, se algum, os direitos humanos devem ocupar num projeto de emancipação política?

Este trabalho irá reformular esse conflito transcontinental como uma disputa cripto-filosófica sobre a natureza dos direitos humanos. Ele refutará os argumentos da aliança esquerdista de que tais direitos se remetem a uma política progressista. Sob essa perspectiva, o governo de cada país estabelece uma agenda política e os juízes, nacionais ou internacionais, deveriam reagir de forma a apoiar, ao invés de criticar, tais ações.

A Parte I irá identificar as nuances da reivindicação bolivariana. Ela analisará três formulações alternativas com o intuito de determinar se elas estão corretas e se são relevantes para o atual debate internacional sobre os direitos humanos. A Parte I irá contemplar inicialmente se o pedido se baseia principalmente em (A) noções de soberania e não-intervenção ou (B) repúdio a certas decisões da Comissão e da Corte. Ao descartar essas duas possibilidades, interpretará o citado posicionamento, ao contrário, como (C) um apelo pela politização dos direitos humanos. Inevitavelmente, a interpretação terá a forma de uma reconstrução.

A Parte II irá, por sua vez, fazer uma crítica à reivindicação. Irá (A) se recusar a associar direitos humanos unicamente a princípios e (B) reconhecer a essencial, mas não absoluta, dimensão política de tais direitos. Depois de destacar a importância dos dois âmbitos, a Parte II (C) argumentará que os representantes de Estado devem ter liberdade quanto à política, mas não na

23 *Id.*

intensidade desejada pelos Estados dissidentes. Em seguida, (D) exemplificará o posicionamento com a análise de casos que envolvam liberdade de expressão e direito à saúde.

Além de revisar toda discussão, o item Conclusão irá trazer algumas considerações finais. Primeiro, quando um governo aumenta seu engajamento em favor dos direitos humanos, ele passa a depender mais de políticas e, conseqüentemente, amplia sua margem de discricionariedade. Contudo, os tribunais não devem fugir do seu dever de controlar essa arbitrariedade. Tampouco devem negligenciar o controle de qualquer violação de princípios.

Segundo, a almejada busca pela justiça social, às vezes, colide com os direitos humanos. Entretanto, isso ocorre excepcionalmente. Por isso, um regime profundamente engajado com a criação de uma sociedade justa não precisa nem merecer *carta branca* em relação a esses direitos.

Terceiro, o auto proclamado Eixo Bolivariano²⁴ e seus oponentes parecem concordar que os direitos humanos envolvem ou princípios deontológicos ou política teleológica. Além disso, eles parecem ter convergido numa sorte de utopia de acordo com a qual o Executivo e o Judiciário devem lidar conjuntamente com esses direitos, com uma das duas instituições liderando o caminho e a outra apenas acompanhando. A divergência ocorre, aparentemente, apenas quando se discute se o juiz deve se curvar ao Estado, dado que este é um especialista em política, ou o contrário, já que a especialidade do Judiciário é a interpretação de normas. Como notado anteriormente, entretanto, os direitos humanos tocam tanto em princípios quanto em políticas. E mais, autoridades políticas e jurídicas participam igualmente na salvaguarda desses direitos. Eles inevitavelmente se envolvem numa luta de poder nessa frente e devem, como resultado, aceitar o conflito como algo que faz parte das suas essências.

24 O antigo Presidente venezuelano Hugo Chávez frequentemente usava a expressão “Eixo Bolivariano” (*eje bolivariano*) para se referir à sua aliança com regimes ideologicamente semelhantes na região. Ele ainda brincava com a conotação negativa da palavra “eixo”. De fato, ainda se declarava parte de um “eixo do mal”, gozando da oratória de George W. Bush. Ver, e.g., *Chávez se incluye en el eje del mal*, La Nación (28 de junho de 2010). A denominação “Eixo Bolivariano”, nesse sentido, data de 2005, pelo menos. Ver Mercedes Gallego, *Comienzo a llegar la primera ayuda federal a las zonas devastadas por el “Katrina,”* ABC (09 de abril de 2005) (“Fidel Castro se juntou... à iniciativa lançada pelo ‘Eixo Bolivariano’, cujo o amigo, Coronel Hugo Chávez, lidera.”). Também ver Richard Lapper, *Venezuela and the Rise of Chavez: A Background Discussion Paper* § 3.3, Council on Foreign Relations (22 de novembro de 2005) (“Chávez fala sobre construir um Eixo Bolivariano na América Latina.”).

I. IDENTIFICAÇÃO DA REIVINDICAÇÃO

I.1 Soberania e Não-Intervenção

■ À primeira vista, os Estados dissidentes da Organização dos Estados Americanos parecem levantar a tradicional argumentação em torno da soberania e da não-intervenção. Em outras palavras, parecem estar negando a legitimidade dos direitos humanos internacionais. Dessa perspectiva, a comunidade de nações não devem se preocupar sobre como os governos tratam seus cidadãos²⁵.

Por vezes os críticos caracterizaram a campanha bolivariana em nestes exatos termos. Por exemplo, José Miguel Vivanco, Diretor da Divisão das Américas da *Human Rights Watch*²⁶, retratou o movimento como uma cruzada liderada por “governos nostálgicos da soberania e pelo princípio da não-intervenção”, “para descreditar e enfraquecer a Comissão²⁷. De fato, Vivanco condenou todo o esforço como uma tentativa de minar e, se possível, abolir o Sistema Interamericano de Direitos Humanos²⁸.

Ocasionalmente, as manifestações das nações em questão parecem sustentar essa caracterização. A Nota de Denúncia da Venezuela, por exemplo, acusa a Comissão e a Corte de “ações intervencionistas”, com a violação de princípios básicos e essenciais – amplamente defendidos pelo direito internacional – como o princípio da soberania estatal²⁹. Nos dois últimos parágrafos, o instrumento invoca, de novo, conceitos de não-intervenção e “soberania”³⁰. Similarmente, o Memorando de Suporte rotula alguns dos últimos trabalhos da Comissão “como uma afronta à soberania do Estado venezuelano”³¹. Finalmente, refere-

25 O governo britânico aparentemente reclamou do Sistema Europeu de Direitos Humanos nos mesmos termos. Ver, e.g., Estelle Shirbon, *British Minister Floats Quitting European Rights Convention*, Reuters (09 de março de 2013) (Afirmação de que “O Partido Conservador tem criticado há bastante tempo a Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR), que aplica a convenção, como uma limitadora da soberania britânica.”).

26 Em 2008, o governo venezuelano “prende” e “expulsou” Vivanco depois que ele e seu Vice-Diretor, Daniel Wilkinson, “lançaram um longo relatório... documentando violações de direitos humanos na Venezuela.” Simon Romero, *Venezuela Expels 2 After Human Rights Report*, N.Y. Times (20 de setembro de 2008), à A8. Também ver Clodovaldo Hernández, *Venezuela expulsa al director del informe crítico con Hugo Chávez*, El país (20 de setembro de 2008).

27 José Miguel Vivanco, *Derechos Humanos, Insulza, Brasil y el ALBA*, El país (03 de junho de 2012).

28 *Id.*

29 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

30 *Id.* à 9-10.

31 *Venezuelan Supporting Memorandum (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

se à “soberania legislativa da nação” e à “soberania” que “inalienavelmente reside no Povo”³².

Em realidade, os governos dissidentes não estão baseando suas objeções majoritariamente em noções de soberania estatal e não-intervenção. Até porque eles estão pleiteando uma reforma, não a erradicação do aparato de direitos humanos existente. É significativo que o debate tenha sido realizado, em parte, num “Grupo Especial de Trabalho” destinado expressamente, como o próprio nome indica, ao “Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”³³. Se o clamor pela mudança não for atendido, o bloco de esquerda insiste que não irá abrir mão dos direitos em jogo, mas que criará um regime alternativo de direitos humanos.³⁴

Na verdade, a mencionada Nota de Denúncia da Venezuela descreve (1) a ratificação “da Convenção Americana de Direitos Humanos” e (2) a institucionalização de “mecanismos” para “a promoção e proteção dos direitos humanos” como “muito importantes” para “região”³⁵. No mesmo instrumento, a Venezuela se orgulha de ter ratificado o tratado antes de qualquer outro Estado, fazendo-o “por uma declaração unilateral”, e sendo o segundo país “a aceitar a jurisdição da Corte [Interamericana]”³⁶. Além disso, ela chama atenção para amplitude de direitos humanos abrigados pela sua própria Constituição de 1999³⁷.

Apesar de denunciar a Convenção Americana, as autoridades venezuelanas simultaneamente se comprometem, em sua proposta, a respeitar e colaborar “com outros mecanismos... pela promoção e proteção dos direitos humanos...”³⁸. Presumidamente falando para si mesmos e aos aliados na região, também “expressam a firme intenção... de contribuir para a construção do Nosso Próprio Sistema de Direitos Humanos e Populares...”³⁹. Com essas palavras, o documento reitera a intenção de construir um novo esquema de direitos humanos em razão do declarado repúdio às estruturas existentes. Coincidentemente, isso também parece

32 *Id.* à 2, 22.

33 *Ver, e.g., Ecuador Proposals (Span.)*, nota *supra* 10.

34 *Ver* Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (Dec. 7, 2012) (Os “presidentes” de Bolívia e Equador, Evo Morales e Rafael Correa, alertaram que [seus países] podem se retirar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e que estavam considerando a criação de um corpo similar sob a União Sulamericana de Nações.”).

35 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 1.

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *Id.* à 9.

39 *Id.* à 10.

revelar um certo ceticismo quanto à possibilidade de estados ideologicamente diversos trabalharem juntos na defesa de tais direitos.

Com certeza, Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua teriam se situado de forma diferente caso pretendessem rejeitar os direitos humanos em razão de uma suposta afronta à sua soberania. Estes teriam simplesmente anunciado sua iminente denúncia da Convenção e talvez uma eventual saída da Organização dos Estados Americanos. Nesse anúncio, entretanto, não constariam exigências de reforma, nem mesmo votos de lançar um novo sistema.

Assim sendo, esses países não estão questionando a exigibilidade internacional desses direitos pelos Estados nacionais. Claro, possivelmente estejam se apresentando falsamente, como reformistas, como devotos dos direitos humanos e como possíveis construtores de um corpo paralelo de direitos humanos. Contudo, essa Parte se ocupa de interpretar as argumentações do grupo, não em adivinhar seus potenciais objetivos.

De qualquer forma, alegações de soberania e não-intervenção pouco contribuiriam à discussão transnacional sobre direitos humanos. Na metade do século passado, tais asserções poderiam ter convencido muitas pessoas. Atualmente, entretanto, elas resultam bem menos atraentes.

Alguns dos principais tratados assinados depois da Segunda Guerra Mundial afirmam que os Estados não têm apenas a autoridade, mas também o dever de impedir que um Estado limite as liberdades dos seus cidadãos⁴⁰. Esses acordos refletem tanto uma mudança de consenso, como também uma interessante construção de interrelações entre o mundo, as nações e os indivíduos. Deste ponto de vista, uma violação de direitos fundamentais de uma pessoa em qualquer país constitui uma questão internacional ao invés de doméstica.

De forma mais ampla, o direito internacional como um todo se baseia atualmente na noção de direitos humanos universais. Tais direitos possuem um papel crítico na definição da esfera de ação legítima dos atores globais. Pressentindo essa mudança de paradigma, a Carta das Nações Unidas se inicia com um pedido para:

reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e . . . estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às

40 Ver, e.g., *International Covenant on Civil and Political Rights*, Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 171; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e . . . promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.⁴¹

Essa afirmação evoca uma comunidade internacional que é direta e completamente preocupada com os direitos básicos das pessoas em qualquer lugar.

A respeito disso, o fato de várias nações tão incomodadas pelo trabalho da Corte e Comissão Interamericana se sentirem, no entanto, compelidas a proclamar sua ligação aos direitos humanos merece atenção. Isso demonstra que tais direitos alcançaram um alto grau de respeito e reconhecimento. De fato, percorreram um longo caminho na sua relativamente curta história.

Claro, os Estados geralmente têm o dever de respeito a um direito humano específico somente até onde, como soberanos, eles concordaram em fazê-lo pela ratificação de relevantes instrumentos, seja um tratado ou a Carta da ONU⁴². Pela mesma razão, podem se recusar a participar de qualquer sistema de direitos humanos potencial ou existente. Todavia, o o grupo bolivariano não parece estar buscando tal curso de ação. Nem iria atrair muita atenção internacional caso estivesse.

A propósito, uma nação iria pagar um preço muito alto para exercer a totalidade da sua soberania e abjurar todos os direitos humanos. Teria que se desligar das Nações Unidas assim como da maioria das instituições e arranjos globais. Certamente outras nações também iriam condená-la e talvez aplicar sanções.

Além disso, alguns direitos humanos continuam a ser aplicados como normas peremptórias (*jus cogens*)⁴³. Para ser mais exato, uma nação poderia tornar tais direitos inaplicáveis apenas caso se isolar e der as costas ao restante do mundo. Assim,

41 U.N. Charter pmbl.

42 *Ver, e.g., id.* art. 2, ¶ 1 (“A Organização se baseia no princípio da igual soberania de todos os seus Membros.”); *id.* art. 2, ¶ 2 (“Todos os membros, com o fim de garantir à totalidade os direitos e benefícios resultantes da membresia devem cumprir com boa vontade as obrigações assumidas por eles...”); *id.* art. 2, ¶ 7 (“Nada presente na presente Carta deve autorizar as Nações Unidas a intervir em matérias que estão essencialmente dentro da jurisdição doméstica de cada Estado...”).

43 *Ver, e.g.,* Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultativa OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003), à 117 (¶ 101) (“Os princípios de igualdade perante a lei, igual perante a lei e não-discriminação constituem *jus cogens*. Sustentam toda a estrutura jurídica das ordens pública e internacional e permeiam, como princípios fundamentais, o sistema legal como um todo... No atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação entrou no domínio do *jus cogens*.”).

atrairia para si não uma isenção, mas, no melhor dos casos, o *status* de quem os recusa intencionalmente ou, no pior, o de uma espécie de fora-da-lei global.

De forma geral, uma interessante concepção de Estado como uma entidade autodeterminada, implicada numa complexa e intrincada rede de relações e compromissos com indivíduos e coletividades, tem gradual, mas decisivamente, substituído aquela do Estado como um ente absolutamente soberano e voltado somente para si. Nesse sentido, as nações devem esperar ser questionadas quando tratarem seus cidadãos de forma arbitrária. E mais, devem honrar suas responsabilidades em relação a uma ampla gama de entidades públicas e privadas, tanto domésticas quanto internacionais, enquanto atuam de forma autônoma, resistindo à heteronomia ou dominação⁴⁴.

Nem é preciso dizer que os Estados contemporâneos frequentemente violam seus deveres transnacionais, sejam os assumidos voluntariamente ou os impostos internacionalmente. Às vezes, lidam com seus cidadãos de forma não menos bruta que os seus antecessores antes de 1945. Não é surpresa que o surgimento de um consenso de que os direitos humanos se aplicam a todas as nações ainda não tem produzido um cumprimento total.

Além do mais, regimes nacionais geralmente manipulam – por vezes com a bênção das Nações Unidas – o discurso dos direitos humanos com o fim de se alcançar objetivos escusos. Ainda, dedicam-se a sancionar, atacar ou invadir seus inimigos enquanto expulsam, exoneram e defendem tanto a si mesmos quanto aos seus semelhantes. No entanto, qualquer um, especialmente uma vítima, pode apelar aos mesmos direitos com o intuito de cessar essa manipulação e/ou violação e lutar para a concretização deles.

Em resumo, uma tentativa de ressuscitar o modelo de soberania e de reformular assim a reivindicação bolivariana dificilmente seria persuasiva ou interessante. Emfim, as nações não podem ignorar os direitos humanos de forma discri-

44 Ver, e.g., Iris Marion Young, *Two Concepts of Self-Determination*, in *Global Challenges: War, Self-Determination, and Responsibility for Justice* 50-51 (2007). Young escreve que “auto-determinação para os povos significa que eles têm direito a instituições de governo próprios por meio das quais eles decidem seus objetivos e definem um modo de vida.” *Id.* à 50 “Porque um povo permaneça em relações interdependentes com outros,” ela alerta, “um povo não pode ignorar os clamores e interesses de outros quando suas ações potencialmente os afetam.” *Id.* à 51 Além disso, Young afirma: “Um conceito relacional de auto-determinação para os povos não implica que os membros de um grupo podem fazer qualquer coisa que quiserem a outros membros sem sofrer interferência externa.” *Id.* à 57. Ela conclui dizendo que “Isso implica que enquanto houver regras globais definindo direitos individuais e agentes para aplicá-las, todos os povos devem ter o direito de serem representados como *povos* nos fóruns que definem e defendem esses direitos.” *Id.*

cionária. Tais direitos vinculam os Estados de forma crucial e compulsória. Os membros dissidentes da Organização dos Estados Americanos devem reconhecer tal fato. Enquanto eles geralmente invocam suas prerrogativas como soberanos, assim como a noção de não-intervenção, evidentemente não estão – e definitivamente não devem estar – negando o caráter compulsório dos direitos humanos.

1.2 Tomada de Decisão

■ Por outro lado, o Eixo Bolivariano poderia estar apenas expressando sua desaprovação em relação à tomada de decisão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Poderia estar percebendo que os órgãos competentes erram de forma recorrente na solução de controvérsias. As nações descontentes poderiam estar questionando exatamente esses erros.

De fato, a aliança de esquerda tem objetado vigorosamente algumas omissões da Corte e da Comissão. O Presidente do Equador, Rafael Correa, por exemplo, tem declarado abertamente o seguinte:

Infelizmente, o Sistema Interamericano não tem estado à altura dos novos desafios da nossa época. Não tem sido capaz de oferecer soluções ou assumir uma posição firme e decisiva a respeito de problemas como as colônias ainda existentes nas Américas, i.e., as Ilhas Malvinas, ou o embargo criminoso por meio século a uma nação irmã, i.e., Cuba⁴⁵.

O Sistema, de acordo com Correa, não tem feito nem “coisas simples como julgar os indivíduos responsáveis pelo golpe de estado contra o Presidente [de Honduras] Manuel Zelaya.”⁴⁶

De forma semelhante, o governo da Venezuela reclamou, na sua Nota de Denúncia, do silêncio da Comissão em face de dois massacres ocorridos na Venezuela na década de 1980. Também condenou o desprovimento de medidas preventivas em favor do antigo Presidente Hugo Chávez durante o golpe de 2002. Além disso, censurou o alegado apoio implícito da Comissão ao regime insurgente⁴⁷.

45 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (June 5, 2012) (citando o Presidente equatoriano Rafael Correa).

46 *Id.*

47 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 4-5.

A Comissão e a Corte podem ter falhado em alguma dessas instâncias. De todo modo, nunca receberam uma reclamação formal que as possibilitassem de se debruçar sobre essas questões. Enfim, dificilmente falar-se-ia de um posicionamento equivocado de ambos.

Certamente os Comissários deveriam ter concedido algum remédio preliminar requisitado contra a deposição de Chávez em 2002. Na verdade, eles não tiveram tempo hábil para fazê-lo, já que o líder deposto retomou o poder em apenas quarenta e oito horas⁴⁸. Como resultado, a matéria se tornou ultrapassada instantaneamente.

Além do mais, a Comissão marcou “para imediatamente após a ruptura institucional de abril de 2002,” uma visita à Venezuela em maio de 2002⁴⁹. Em último ato, em 13 de abril, dois dias depois da insurreição, liberou uma nota de imprensa “clamando por uma pronta restauração do Estado de Direito e do sistema democrático de governo.”⁵⁰ De forma conspícua, entretanto, os Comissários não demandaram a restauração do legítimo Chefe de Estado.⁵¹

A Organização dos Estados Americanos e alguns outros órgãos responderam rapidamente à rebelião. Por exemplo, a Comissão Permanente logo adotou uma inequívoca resolução condenatória. Condenou “a subversão da ordem constitucional na Venezuela” e pressionou pela “normalização das instituições democráticas... dentro dos termos da Carta Democrática Interamericana.”⁵² Presumivelmente, esse pedido implicava a restituição de Chávez e seu governo.

Mais uma vez, a Comissão Interamericana e a Corte não confrontaram um caso concreto que pudessem ter resolvido em tempo hábil ou que tivessem julgado de modo equivocado. De toda forma, a Comissão poderia ter agido, *sua sponte*, por meio da sua competência de investigação e acusação com o intuito de reprovar, *ex post facto*, a insurreição venezuelana de 2002. Também poderia ter agido de forma significativa em relação à ocupação britânica das Ilhas Malvinas, ao embargo estadunidense à Cuba, ao golpe contra o então Presidente

48 *Ver de forma geral* Larry Rohter, *Venezuela's 2 Fateful Days: Leader Is Out, and In Again*, N.Y. Times (20 de abril de 2002), at A1.

49 Inter-Am. Comm'n H.R., *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser. L./V./II. (Doc. 54) (Dec. 30, 2009), à 1 (Intro.) (¶ 3).

50 Press Release, Inter-Am. Comm'n H.R., *Sobre los Sucesos en Venezuela* (13 de abril de 2002).

51 O documento meramente “lamenta a remoção... de mais altas autoridades jurídicas e de agentes independentes do Poder Executivo, assim como a suspensão das legislaturas de membros do Poder Legislativo.” *Id.* Ele adicionalmente clama pela “organização de eleições.” *Id.*

52 Permanent Council, Org. of Am. States (O.A.S.), Resolution: *Situación en Venezuela*, CP/RES. 8/11 (13/15/02) (13 de abril de 2002).

de Honduras [Manuel] Zelaya, e aos assassinatos na Venezuela na década de 1980. O grupo bolivariano deve estar lamentando a falha dos Comissários em fazê-lo.

De fato, o próprio Presidente da Venezuela, Hugo Chávez, se concentrou no Relatório da Comissão em 2010 quando orientou a sua administração a repudiar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ele focou no que os Comissários escreveram ao invés do que omitiram de mencionar. Destaca-se que eles “alertaram para a deterioração da democracia da Venezuela.”⁵³

Chávez contra-atacou o documento em fortes termos: “É puro lixo. Nós deveríamos nos preparar para denunciar o tratado por meio do qual a Venezuela aderiu (ou qualquer coisa) à nefasta Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sair de lá [do sistema] porque não vale à pena.”⁵⁴

Sem dúvida, a Comissão poderia ter amenizado sua censura à Venezuela. Contudo, não utilizou palavras particularmente duras. Os comentários às violações imputadas à Venezuela são semelhantes aos atribuídos a outras nações listadas no Capítulo IV naquele ano: Colômbia, Cuba e Honduras.⁵⁵

Especificamente, os Comissários concluíram solicitando que a Venezuela não apenas se “abstenha de revidar ou usar o poder punitivo do Estado para intimidar ou sancionar pessoas em razão das suas opiniões políticas”, mas também “garantir espaço suficiente ao pluralismo dentro do processo democrático.”⁵⁶ Não obstante, o Relatório também focou no lado positivo. Por exemplo, ele “reconhece e aprecia o progresso alcançado nas áreas de direitos econômicos, sociais e culturais” e inclui uma subseção inteira no tópico destacando as conquistas do Estado na redução da pobreza, desigualdade e desemprego.⁵⁷

De fato, a reprimenda citada, como as relatadas condenações não realizadas, não constitui uma decisão judicial ou algo do tipo. Tais pronunciamentos gerais,

53 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010). O relatório de 2010 incluiu a Venezuela, no seu controverso Capítulo IV, entre “os países que atraíram especial atenção da Comissão ao longo do... ano.” *Inter-Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2010 (Ch. IV), OEA/Ser. L/V/II., Doc. 5 corr. 1 (2011)* [daqui em diante, *Inter-Am. Comm’n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*], at à (Intro.) (§ 1).

54 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010) (citando o presidente venezuelano Hugo Chávez).

55 *Ver de forma geral, Inter-Am. Comm’n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*, nota *supra* 52.

56 *Id.* à 600 (Recomendações).

57 *Id.* à 598 (Venezuela) (§ VI) (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (§ 835); *id.* à 598 (Venezuela) (§ VI) (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (§§ 831-832). *Vem em geral id.* à 536 (Venezuela) (§ 612)) (“Similantemente, o Relatório da Comissão em 2009 destacou as importantes conquistas com respeito a direitos econômicos, sociais e culturais...”).

pelo contrário, fazem parte da função de relatoria da Comissão. Portanto, não vinculam o Estado analisado, ou qualquer outra parte, e tipicamente o levam a protestar, não a subverter o sistema.

O bloco dissidente trata desse suposto equívoco nos relatórios dos Comissários como um sinal de uma profunda falha sistêmica, afirmando que deriva de uma concepção errada da política dos direitos humanos, no sentido exposto na próxima seção. Acredita que as instituições Interamericanas deveriam abraçar essa perspectiva sobre esses direitos. Desse modo, deveriam, ao menos, se abster de censurar e deixar de registrar em uma lista negra os governos progressistas.

De qualquer forma, o resto do mundo certamente não teria muito motivo para prestar atenção nos protestos nacionais contra os relatórios críticos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Se notássemos atendessem, provavelmente os trataria como tendo unicamente âmbito local. Um clamor dos regimes latino-americanos de esquerda contra os relatórios da Comissão indubitavelmente revelaria uma verdade universal, mas banal no seguinte sentido: os países não gostam de ser criticados.

De todo modo, o Estado venezuelano, na sua Nota de Denúncia e no seu Memorando de Suporte, não se concentra nos relatórios dos Comissários, mas em seis casos concretos. Ele acusa a Comissão e a Corte de admitirem petições em matérias que tribunais nacionais ou estavam examinando ou nunca tiveram a oportunidade de fazê-lo.⁵⁸ As autoridades venezuelanas lamentaram uma suposta falta de exaustão de instâncias nacionais.⁵⁹ Além disso, declararam que no caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, uma gravação das deliberações judiciais revelou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou ao seu julgamento “sem ouvir a defesa, as partes ou mesmo as respostas às suas próprias perguntas.”⁶⁰

Ao contrário das declarações dos Comissários como investigadores e acusadores, as decisões da Comissão e da Corte vinculam o Estado.⁶¹ Como consequência, são bastante importantes para os governos envolvidos. É pertinente notar que Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua – como virtualmente todos os outros países latino-americanos – originalmente não apenas ratificaram a

58 *Venezuelan Notice of Denunciation*, nota *supra* 14, à 4.

59 *Id.*

60 *Id.* at 7.

61 *Ver, e.g., American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 51(1) (“A Comissão deve fazer relevantes recomendações e estabelecer um prazo para o Estado adotar as medidas necessárias para solucionar a alegada violação.”); *id.* art. 68(1) (“Os Estados-parte da Convenção se comprometem a cumprir com a decisão da Corte em qualquer caso em que estiverem presentes.”).

Convenção Americana, mas também reconheceram a vinculatividade da jurisdição da Corte.⁶²

Contudo, as queixas em torno de algumas decisões não constituem o centro do problema entre o Eixo Bolivariano e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Normalmente justificariam uma moção de reconsideração, não um desafio à legitimidade do regime como um todo. Além do mais, participar de um esquema judicial implica, além de tentar dispor dos argumentos mais fortes disponíveis na esperança de vencer a disputa, aceitar a possibilidade de derrota e ter de cumprir apesar de talvez discordar do tribunal. Mesmo que as decisões discutidas indiquem um longo padrão de erro e injustiça, justificariam um pedido para mudança da constituição da Comissão e da Corte, mas não a reforma total do sistema dos direitos humanos.

Ademais, os casos contestados somam uma minoria em meio aos casos abertos contra a Venezuela entre 2000 e 2012.⁶³ Mais precisamente, formam um por cento (1%) do total. De toda forma, o requerente venceu em somente (3%) das ações abertas contra o Estado venezuelano durante esse período.⁶⁴ Tais números mostram que, sem ser novidade, as autoridades possuem circunstâncias mais favoráveis do que os peticionários nesses procedimentos.

Obviamente, todos os membros da Organização dos Estados Americanos têm esporadicamente confrontado determinações desfavoráveis.⁶⁵ Alguns têm subsequentemente demonstrado desapontamento ou até indignação. Por exemplo, “o Brasil... convocou seu embaixador na Organização em 2011 após receber um pedido oficial da Comissão para suspender a construção da hidroelétrica em Belo Monte” com o objetivo de proteger os direitos dos povos indígenas afetados.⁶⁶ O país se juntou à Argentina e Venezuela numa “crítica severa ao trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos” durante “a sessão inaugural da Assembleia Geral de 2012 da Organização dos Estados Americanos.”⁶⁷

62 *Ver nota supra* 1 e texto subsequente.

63 Para os propósitos deste artigo, Lauren Kinell conduziu, como pesquisadora assistente, uma rápida pesquisa nos sites da Comissão e da Corte e concluiu que ambos os órgãos decidiram favoravelmente no mérito nos pedidos dois (2) e quatorze (14), respectivamente, de um total de 573 petições protocoladas entre 2000 e 2012.

64 *Id.*

65 *Ver de forma geral Inter-Am. Comm'n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*, nota *supra* 52.

66 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012).

67 *Id.*

Brasil, Argentina e Guatemala têm dado suporte ao pedido geral para renovação.⁶⁸ No entanto, essas e outras nações não bolivarianas têm mantido sua adesão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Não têm realizado um ataque ostensivo baseados nas suas discordâncias com algumas poucas decisões.

De qualquer maneira, as postulações venezuelanas nos precedentes listados na sua Nota de Denúncia e Memorando de Suporte não são particularmente emocionantes ou convincentes. No contexto da sua principal reclamação, a Venezuela nunca se importou em reconhecer a existência de exceções ao requerimento de exaustão de instâncias nacionais,⁶⁹ deixando de explicar por que nenhuma delas se aplica. Na verdade, as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tomaram uma abordagem relativamente padrão para a questão.

Em *Usón Ramírez*, por exemplo, a Corte citou seus próprios precedentes, assim como os da Corte Europeia de Direitos Humanos, sustentando que as autoridades haviam renunciado à defesa do esgotamento de recursos ao não levantar a questão durante a fase de admissibilidade.⁷⁰ Além disso, o tribunal decidiu contra o governo venezuelano em termos idênticos no caso *Perozo*.⁷¹ Por fim, os juízes concluíram, a respeito de uma das reivindicações em *Díaz Peña*, que a lei interna da Venezuela não oferecia nenhum remédio que o peticionário pudesse ter exaurido.⁷² No entanto, concordaram com o Estado venezuelano a respeito de outras acusações presentes no mesmo processo.⁷³

A Comissão Interamericana, por sua vez, procedeu nos casos citados de forma análoga. Baseou-se na demora injustificada no iniciado processo doméstico com o objetivo de isentar o peticionário de exaurir as instâncias existentes para o caso *López Mendoza*.⁷⁴ Em *Brewer Carías*, os Comissários invocaram a mes-

68 *Id.*

69 Por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu que o requerimento não se aplica: quando (a) a legislação nacional do Estado requisitado não garantir o devido processo legal para a proteção dos direitos alegadamente violados; (b) a parte que alegar uma violação sobre seus direitos ter acesso negado – ou ser privada de exaurir – os remédios disponíveis nas leis nacionais; e (c) ter havido demora injustificada no proferimento de uma decisão final sobre a exaustão de tais remédios. *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 46(2).

70 *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 207 (20 de novembro de 2009), à 6-7 (¶¶ 19-23).

71 *Perozo vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 195 (28 de janeiro de 2009), à 14 (¶ 44).

72 *Díaz Peña vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 244 (26 de junho de 2012), à 49 (¶126).

73 *Id.* à 48 (¶¶ 122-125).

74 *López Mendoza vs. Venezuela*, Pet. 275-08, Inter-Am. Comm'n H.R., Rpt. No. 67/08, OEA/Ser. L/V/II.134, doc. 5 rev. 1 (25 de julho de 2008), à 7 (¶ 34).

ma razão para a exceção, assim como acesso precário do pleiteante aos remédios disponíveis.⁷⁵

Certamente, a alegação de prejulgamento em *Usón Ramírez* pode ter mais peso. No entanto, isso não requer nenhuma análise jurisprudencial profunda, pelo contrário, apenas uma análise cuidadosa da evidência disponível. O que os juízes disseram exatamente na gravação antes da argumentação oral? Eles simplesmente insinuaram uma inclinação para votar contra a Venezuela baseados nas submissões escritas? Ou eles realmente demonstraram que tinham definitivamente tomado uma posição e não tinham intenção em encarar a disputa entre as partes de forma séria?

Estranhamente, as autoridades venezuelanas parecem não ter abordado a matéria durante o litígio. Aparentemente, o fizeram apenas três anos depois quando da denúncia da Convenção Americana. Todavia, o governo não expôs sua acusação à contestação da parte adversa ou à análise do tribunal.

Além disso, a Venezuela não identificou nenhum erro substancial que os juízes pudessem ter cometido. O requerente e o tribunal poderiam ter argumentado de forma convincente a citada violação procedimental como algo de pouca relevância. Em qualquer caso, os documentos de denúncia da Venezuela nunca dispuseram sobre o problema do exaurimento de instâncias em *Usón Ramírez*.

Em suma, interpretar a reclamação bolivariana como baseada principalmente nessas decisões desfavoráveis resultaria numa distorção e na privação da questão de substancial interesse. A insatisfação manifestada pelas autoridades venezuelanas não se diferencia muito da realizada por outros países sob circunstâncias similares. Tipicamente motivaria apenas uma moção de reexame, uma nota oficial de protesto ou, em circunstâncias extremas, um pedido de renúncia dos membros dos órgãos competentes.

De forma significativa, a argumentação levantada não contribuiria muito para a atual discussão internacional sobre direitos humanos. Primeiro que o argumento em torno ao exaurimento de instâncias não parece persuasivo. E segundo que a posterior alegação de que os juízes nunca ouviram os argumentos das partes carece de desenvolvimento e se refere a uma única disputa.

75 Brewer Carías vs. Venezuela, Pet. 84-07, Inter.Am. Comm'n H.R., Rpt. No. 97/09, OEA/Ser. L/V/II, doc. 51 corr. 1 (08 de setembro de 2009), à 17 (¶¶ 87, 89), 17 (¶¶ 95-96).

1.3 Politização

■ Na verdade, o bloco bolivariano provavelmente está advogando pela politização dos direitos humanos. Deve estar argumentando, em outras palavras, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos necessita reconhecer e focar nas políticas de tais direitos. Ainda, que os órgãos investigativos e acusatórios devem apoiar, ao invés de minar, a cruzada de países como Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua em favor dos valores políticos e das políticas implícitas na Convenção Americana.

É significativo que as nações dissidentes têm formulado seus protestos majoritariamente em espanhol, que, como o português, tem apenas uma palavra, “política”, para denominar tanto “politics” quanto “policy”.⁷⁶ De fato, outros idiomas também têm um único termo para ambos: *e.g.*, “politique” em francês, “Politik” em alemão.⁷⁷ Portanto, um falante de qualquer uma dessas línguas poderia rapidamente associar os dois conceitos. Além disso, provavelmente entenderia a politização dos direitos humanos como uma realização destes através de uma série de políticas concretas.

De qualquer forma, a reivindicação dos dissidentes incide em três pontos independentes, embora interligados. Primeiro, os Estados têm colocado tais direitos como uma parte do seu próprio engajamento político e, portanto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve respeito a esses esforços. Segundo, direitos humanos geralmente envolvem política e, como resultado, o governo deve ter liberdade devido à sua legitimidade democrática e especialização nesse âmbito. E, terceiro, os juízes devem refletir antes de punir nações que têm se dedicado politicamente aos ideais emancipatórios que compõem tais direitos.

Dessa perspectiva, a Comissão e a Corte têm feito exatamente o oposto do que deveriam fazer, em todos os três pontos. Têm se negado a submeterem aos Estados, sejam como signatários de tratados relevantes, de forma estrita, ou como unidades governamentais, de forma ampla. Além disso, essas entidades internacionais têm se recusado a apreciar a extensão na qual regimes de esquerda têm

76 Ver verbete para “policy” (1(a & b)), English-Spanish The Oxford Spanish Dictionary 1438 (1994) (translating “policy” as “*política*.”); verbe para “policy,” English-Portuguese, Hippocrene Portuguese-English English-Portuguese Dictionary 275 (Rev. ed. 1991) (traduzindo “policy” como “*política*”).

77 Ver verbete para “policy” (1), English-French, Harrap’s French Dictionary 640 (1991) (traduzindo “policy” como “*politique*.”); verbe para “policy” (1(a & b)), English-German, Harper Collins German Dictionary 512 (2d ed. 1991) (traduzindo “policy” como “*Politik*.”).

tido excelência na difusão política de direitos como igualdade, dignidade, saúde, moradia e diversidade cultural.

De forma similar, a Comissão e a Corte têm, assertivamente, violado ou manipulado regras com o intuito de atacar um projeto político progressista e cooperado com forças imperialistas. Além disso, têm supostamente invertido a hierarquia dos direitos humanos em detrimento dos direitos programáticos carregados de política. Em particular, esses órgãos de efetivação têm colocado a liberdade de expressão em primeiro lugar e os direitos sociais, econômicos e culturais em último.

Como na formulação anterior, alguém pode se perguntar por que a solução não consiste simplesmente em sancionar ou substituir os membros da Comissão e da Corte. Em resposta, as nações descontentes identificariam um problema mais perversivo. Alegariam que a Organização dos Estados Americanos, sob a influência perversa dos Estados Unidos, não tem nenhum interesse em direitos humanos, e muito menos no progressismo. Em razão disso, impõe uma agenda conservadora que desvirtua qualquer tentativa de renovar as entidades criticadas ou até mesmo substituir seu pessoal.

A Venezuela de forma inequívoca enuncia essa questão na sua Nota de Denúncia: “As tentativas dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos de promover a necessária reforma e modificação [da Comissão e da Corte] têm sido em vão porque essas entidades se encontram reféns de uma pequena cátedra de burocratas inescrupulosos que têm bloqueado, obstruído e impedido as transformações necessárias.”⁷⁸ No Memorando de Suporte, as autoridades venezuelanas reclamam, mais precisamente, que o governo dos Estados Unidos, mostrando “o o maior descaro”, que merece o “mais forte e categórico repúdio”, “impede a modificação ou correção do... Sistema.”⁷⁹

Desse ponto de vista, o “império” provavelmente não está apenas tentando se agarrar aos seus indicados para a burocracia dos órgãos e evitar qualquer tentativa de reduzir a incidência de erro e enviesamento nas suas investigações e decisões. Mais que isso, ele está procurando evitar uma derrota na sua batalha política transcontinental contra forças anticoloniais ao Sul da sua fronteira. Em razão disso, a Comissão e a Corte deveriam (mas provavelmente não irão) se submeter aos Estados revolucionários como partes do tratado e como governos e, por fim, abraçar uma política iluminada, uma visão anti-EUA dos direitos humanos. Como observado pela Venezuela, “os Estados Unidos não ratificaram a Convenção

78 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

79 *Venezuelan Supporting Memo (Span.)*, nota *supra* 14, à 5-6.

Americana de Direitos Humanos”⁸⁰ e, conseqüentemente, devem ter menos influência nessa matéria, independentemente da sua alegada inclinação reacionária.

De fato, o grupo bolivariano nunca tem articulado explicitamente sua reivindicação de forma elaborada. No entanto, tem claramente condenado a Comissão e a Corte por não se subordinarem suficientemente aos Estados signatários ou aos governos em geral, principalmente àqueles mais comprometidos com a emancipação da sociedade. Também tem as depreciado como excessivamente centradas na liberdade de expressão, em detrimento dos direitos sociais.. Como um todo, as objeções realizadas buscam uma interpretação politicamente correta da Convenção Americana.

Por exemplo, o Embaixador da Venezuela à Organização dos Estados Americanos acusou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos de ser uma frente para uma “máfia” que opera como “uma inquisição especial contra governos de esquerda.”⁸¹ Ele estava reproduzindo uma declaração anterior do antigo Presidente Hugo Chávez: “Existe uma máfia ali. A última coisa que instituições como a nefasta Comissão Interamericana de Direitos Humanos faz é defender direitos humanos. É um órgão politizado, utilizado pelo império para atacar governos como o da Venezuela.”⁸²

Por sua vez, o Presidente boliviano, Evo Morales, tem afirmado que a enviesada Organização das Nações Unidas “tem dado cobertura a ditaduras e tem intervindo em nações” e “permitido a repressão e a punição de movimentos sociais”.⁸³ Morales tem feito campanha aberta para a “dissolução de vários órgãos”⁸⁴ de “dominação e subjugação”⁸⁵. Ameaçando retirar seu país do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ele comparou a Comissão a uma “base militar dos Estados Unidos.”⁸⁶

O jornal espanhol *El país* tem ostensivamente feito a cobertura do debate acerca da liberdade de expressão. “O Eixo Bolivariano” tem reiteradamente “acusado o Relatório para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de

80 *Id.* at 6.

81 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, *El país* (07 de dezembro de 2012) (citando o Embaixador da Venezuela à Organização dos Estados Americanos).

82 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, *El país* (26 de fevereiro de 2010) (citando o Presidente venezuelano Hugo Chávez).

83 Mabel Azcui, *Evo Morales: “La OEA puede morir al servicio del imperio o renacer,”* *El país* (04 de janeiro de 2012) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

84 *Id.*

85 *Id.* (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

86 Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, *El país* (21 de março de 2013) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

Direitos Humanos de sustentar uma hegemonia da mídia que não pratica ‘liberdade de expressão, mas de extorsão.’”⁸⁷ De acordo com a aliança, “esse exercício de poder... se reduz a uma ‘ditadura da mídia’ contra governos progressistas na região.”⁸⁸

Como mencionado na Introdução, uma das propostas de reforma do Equador consiste em impedir a “terceiros Estados” ou “outras instituições” fazer contribuições financeiras com um “objetivo específico”.⁸⁹ Isso comprometeria seriamente as finanças da Comissão e teria efetivamente “acabado com o Relatoria de Liberdade de Expressão.”⁹⁰ “Essa Relatoria, sendo Especial, é a única que não é financiada com fundos da Organização dos Estados Americanos e que depende inteiramente de programas de cooperação internacional.”⁹¹ De fato, “ela tem uma receita que, devido a diversas circunstâncias excede o triplo ao de outras relatorias.”⁹² Contra esse estado de coisas, as autoridades equatorianas propuseram corrigir, sem demora, “o desequilíbrio financeiro e de recursos humanos disponível às [diferentes] relatorias.”⁹³

Na sua Nota de Denúncia, o governo venezuelano similarmente expressou seu compromisso “à concretização de um equilíbrio de direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.”⁹⁴ Ainda, apontou que ele daria igual peso a direitos positivos e suas contrapartidas negativas, incluindo a liberdade de expressão. Notavelmente, a primeira categoria de direitos obriga ao Estado a tomar e a segunda a abandonar um certo curso de ação.

As autoridades do Equador também defenderam essa posição na sua proposta. Urgiram para que o Capítulo IV do Relatório Annual da Comissão “concentrasse não somente dos direitos políticos e civis mas também nos econômicos, sociais e culturais.”⁹⁵ Desse ponto de vista, os juízes interamericanos deveriam se

87 Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012) (citando o “Eixo Bolivariano”).

88 *Id.*

89 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013). Ver *Ecuador Proposals*, *supra* note 10 (As “contribuições voluntárias não deveriam ser “condicionadas ou direcionadas.”) Ver também Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012).

90 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013).

91 *Id.*

92 *Id.* Ver também Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, El país (21 de março de 2013).

93 *Ecuador Proposals* (Span.), nota *supra* 10.

94 *Venezuelan Notice of Denunciation* (Span.), nota *supra* 14, à 10.

95 *Ecuador Proposals* (Span.), nota *supra* 10.

abster de impor seu conservadorismo ideológico ao sopesamento desses direitos, alienando regimes que não façam o mesmo.

O Presidente boliviano, Evo Morales, tem frequentemente focado em direitos relacionados ao bem coletivo. Por exemplo, ele tem insistido que “os povos da América Latina devem ter acesso a todos os serviços básicos – como energia, água e telecomunicações – como um direito humano.”⁹⁶ Ele também tem falado sobre uma “obrigação de quebrar o monopólio em medicamentos.”⁹⁷

Curiosamente, a Nota de Denúncia da Venezuela acusa a Comissão e a Corte de agirem politicamente, reprovando-as por “terem se tornado uma arma de arremesso política.”⁹⁸ O documento refere aos “casos” analisados como “claramente politizados e enviesados contra o Estado venezuelano.”⁹⁹ Evoca, ainda, a citação anterior do Presidente Chávez descrevendo a Comissão Interamericana de Direito Humanos como “um órgão politizado utilizado pelo império para atacar governos como o da Venezuela.”¹⁰⁰

Obviamente, tal linguagem sugere que os representantes da Venezuela percebem a politização dos direitos humanos como um problema. No entanto, isso pode indicar que as autoridades da Venezuela são contrárias à politização destes de um modo específico. A Venezuela pode estar atacando a Comissão e a Corte em razão de estarem incentivando um modo equivocado de política – *viz.*, contra-revolucionário e não democrático – nas suas tomadas de decisão.

É bastante revelador que quase todos os governos em questão têm lidado com a aplicação de direitos internamente de maneira semelhante, o que joga uma luz sobre a sua intenção no exterior. Eles têm (1) no início atacado o Judiciário nacional por possuir um papel destrutivo ao invés de de suporte aos seus programas políticos; (2) em seguida, mudado a composição das suas principais cortes constitucionais; (3) conseqüentemente, instituído novas Constituições que reflitem suas convicções progressistas; e, (4) finalmente, lutado para manter os novos juízes investidos em linha politicamente.¹⁰¹ Na Venezuela, Equador e Bolívia,

96 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (05 de junho de 2012) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

97 *Id.*

98 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

99 *Id.* at 4.

100 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010) (citando o Presidente venezuelano Hugo Chávez).

101 *Ver* Oquendo, nota *supra* 1, à 170-195 (Ch. III, § E) (“When Constitutionalism Breaks Down: Venezuela’s 1999 Constitutional Crisis”). Sobre a situação no Equador, *ver* EFE, *El Parlamento de Ecuador designa un nuevo Tribunal Constitucional tras el cese del anterior*, El país (01 de

as autoridades têm evidentemente atuado seguindo o mesmo roteiro em torno à politização de direitos e de instituições jurídicas.

Esses regimes têm certamente a intenção de continuar sua campanha política na arena internacional. Já deram o primeiro passo atacando os principais órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e mantendo um pedido geral de troca dos atuais juízes.¹⁰² Talvez o bloco bolivariano não sinta nenhuma necessidade, no momento, de começar uma complicada tarefa de alteração das normas convencionais da região porque os amplos direitos em questão se encaixam bem em suas próprias políticas. No entanto, provavelmente sonha em introduzir uma entidade investigativa e decisória que concorde com sua agenda ou, ao menos, que não interfira nela.

Certamente, o repúdio dos escrutínios judiciais nacionais e internacionais parece repousar, mais uma vez, no desejo de obter a supremacia da soberania absoluta. O antigo Embaixador do Panamá para a Organização dos Estados Americanos, Guillermo A. Cochez, se pronunciou sobre o assunto. Referindo-se inicialmente a Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua, ele escreve: “O sistema de justiça tem se tornado um calcanhar de Aquiles àqueles que desejam não ter nenhum controle sobre os [que estão no poder]; àqueles que entendem o poder como uma maneira de fazer praticamente o que quiserem.”¹⁰³

Independente dos méritos dessa acusação, as nações dissidentes parecem principalmente estar colocando em prática sua concepção política dos direitos humanos. Desse ponto de vista, as cortes devem sustentar a visão oficial do programa político. Naturalmente, não devem lealdade ao governo, como um membro de ministério. No entanto, o Judiciário deve se conformar pelo bem da congruência e integridade.

Nesse sentido, os tribunais agem incongruentemente quando assumem um vies político e avançam suas políticas preferenciais. Especificamente, expõem a sociedade à uma desordem política. A situação se assemelha de algum modo à de um país no qual o presidente e o primeiro-ministro pertencem a partidos diferentes, como ocasionalmente acontecia na França anteriormente ao referendo de 2000, que trouxe uma emenda à Constituição francesa para tornar esse cenário

junho de 2007); Daniela Creamer, *Correa celebra un referéndum que le permitirá controlar la justicia*, El país (07 de maio de 2011). For the situation in Bolivia, see Mabel Azcui, *Morales emprende la reforma del poder judicial con 18 nombramientos*, El país (19 de fevereiro de 2010).

102 *Ver de forma geral* Introdução, *supra*.

103 Guillermo A. Cochez, *La justicia y el poder*, El país (31 de agosto de 2013).

improvável.¹⁰⁴ Portanto, um Judiciário ativista pode provocar tanto dano quanto um segundo chefe de governo “trabalho contra a corrente”¹⁰⁵ do Poder Executivo.

Ainda, as cortes atropelam a integridade da ordem legal quando suplantam autoridades eleitas, além de violarem os princípios essenciais da sua profissão. Ao contrário do primeiro ministro, os juízes normalmente carregam um dever de restrição e devem se abster de envolvimento em política.

De qualquer forma, a demanda descrita soa provocativa exatamente porque encara os direitos humanos de forma política, assim como por limitar severamente os tribunais nacionais e internacionais. Ao mesmo tempo, isso parece contra-intuitivo. Pode-se tender a pensar em tais direitos como opostos ou pelo menos distintamente desassociados da política.

Essa asserção incita um otimismo revolucionário sobre a capacidade do Estado em honrar tanto os direitos humanos quanto política. Renova radicalmente a demanda, que grupos estadunidenses de esquerda e direita têm pronunciado no passado,¹⁰⁶ de conceder aos poderes políticos significativa margem de manobra nesse domínio. A novidade reside na ideia de que instituições judiciais devem se submeter porque lidam não com políticas (ao contrário de direitos), mas com direitos inevitavelmente políticos.

Como notado, o Eixo Bolivariano não apresentou suas postulações nesses termos. No entanto, ele fez afirmações que combinam com a formulação elaborada nesta seção. Além disso, a presente construção torna a reivindicação mais interessante para uma discussão internacional e acadêmica sobre direitos humanos. A Parte II reforçará ainda mais esta afirmação.

104 Ver Suzanne Daley, *In Underwhelming Turnout, French Voters Cut Presidential Term*, N.Y. Times (25 de setembro de 2000), à A3 (“Um referendo para diminuir o mandato do Presidente da França de sete para cinco anos foi amplamente aprovado hoje por meio de um número recorde de votantes que não se fez presente às urnas... Apoiadores têm argumentado que o mandato de sete anos irá diminuir ou eliminar estranhos períodos de ‘coabitação’ como o que a França tem experienciado agora com um presidente e primeiro-ministro de diferentes partidos e geralmente em desacordo sobre questões cruciais”).

105 *Id.*

106 Ver, e.g., Duncan M. Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in *Left Legalism/Left Critique* 178, 199-200 (Janet Halley & Wendy Brown eds., 2002) (“Os realistas argumentavam [nas décadas de 20 e 30] que em razão de o tradicional caso dos direitos constitucionais contra a estatutos de reforma envolver meramente argumentos de política, as cortes tiveram especificamente nenhuma base legal para anular julgamentos legislativos... moderados e conservadores afirmaram [em 1950] que em razão de tudo o que uma corte poderia fazer seria balancear direitos contra poderes ou direitos entre si, eles tiveram nenhuma base legal para anular decisões legislativas.”).

2. ANÁLISE DA REIVINDICAÇÃO

2.1 Princípios

■ Encontrando inspiração nos escritos de Immanuel Kant, muitos filósofos contemporâneos têm concebido os direitos humanos como apolíticos. Em outras palavras, eles têm buscado demonstrar que tais direitos não formam parte do reino da política. A reivindicação bolivariana, como definida, colide diretamente com essa intrincada visão dos direitos humanos.

Jürgen Habermas, no entanto, decididamente divide as esferas da moral e da ética-política e coloca os direitos fundamentais na primeira dessas esferas. A moral interessa aos indivíduos em qualquer lugar e de forma semelhante: “Pela pergunta de questões morais, a humanidade – ou uma presumida república de cidadãos globais – constitui o sistema de referência para a justificação de regulações que são igualmente interessantes a todos. As conclusões devem, em princípio, ser capazes de serem aceitas por todo mundo.”¹⁰⁷ Matérias ético-políticas, contudo, referem-se somente a uma comunidade particular:

Ao abordar questões ético-políticas, a forma de vida das “nossas respectivas” coletividades políticas constitui o sistema de referência para a justificação de regulações que expressam um consciente e coletivo autoconhecimento. As conclusões devem, em princípio, ser capazes de ser aceitas por todos os membros que dividam “nossas” tradições e mais firmes valores.¹⁰⁸

Enquanto a moralidade é deontológica, a política ética é teleológica. Dessa forma, a primeira impõe obrigações independentemente dos propósitos do agente; a última é vinculante desde o momento em que o agente adota um fim específico ou *telos*.¹⁰⁹

Além disso, as razões morais possuem prioridade hierárquica e prevalecem sobre as suas contrapartidas políticas. Sustentam princípios ou normas como opostos a valores. É significativo que os princípios não devam chocar-se entre si, mas, ao invés disso, devam constituir um sistema coerente. Valores, por sua vez,

107 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats 139 (1992) [daqui em diante, Habermas, FG].

108 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 139. Ver também Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur Politischen Theorie 252 & 254 (1996) [daqui em diante, Habermas, EA].

109 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 127, 188.

geralmente competem entre si e permitem um ranqueamento de acordo com a medida em que os objetos se aderem a eles.¹¹⁰

Ronald Dworkin faz outra articulação dessa posição geral. Ele faz a diferenciação entre princípios e política nos seguintes termos:

Eu chamo política pública aquele tipo de conduta que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam restritivos por estipularem que alguma característica presente deve ser protegida de uma mudança adversa). Chamo ‘princípio’ um padrão para ser observado não porque irá melhorar ou garantir uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Mas porque ele é um requisito de justiça ou alguma outra dimensão de moralidade.¹¹¹

Dworkin por fim identifica direitos fundamentais com princípio e moralidade, não com política pública. Ele expressamente descreve a interpretação de “direitos individuais” como “morais que não... políticos” e principalmente de prerrogativa do Judiciário.¹¹²

Dworkin e Habermas concordam que os direitos humanos básicos se apoiam em princípios e pertencem ao reino da moralidade ao invés da política pública. Ambos acreditam que esse tipo de direito é vinculante e tem precedência sobre ideais políticos.

Como esperado, outros filósofos, especialmente aqueles operando sob influência de Kant, abraçam essa perspectiva. Tim Scanlon exemplifica esta tendência:

Isto quer dizer, primeiro, que afirmar um direito não é meramente estabelecer o valor de algum objetivo ou o grande prejuízo de um certo dano acontecer. Pelo contrário, é negar que governos ou indivíduos tenham a autoridade para agir de certa forma ou afirmar que eles têm um dever afirmativo de agir de certo modo, por exemplo, prestar assistência de maneira específica.¹¹³

110 *Ver de forma geral* Ángel R. Oquendo, *When Democracy and Human Rights Collide*, 7 *Symp.* 67 (2003).

111 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 22 (1977) [daqui em diante, Dworkin, *Rights*]. *Ver também* Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* 72-103 (1985).

112 Ronald Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, 3 *Eur. J. Phil.* 2, 10-11 (1995); *ver de forma geral* Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in *Theories of Rights* 153 (Jeremy Waldron ed., 1984).

113 Thomas M. Scanlon, *Human Rights as a Neutral Concern*, in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy* 113, 115 (2003). *See also id.* at 117 (“Mesmo aqueles direitos humanos que envolvem o menor comprometimento a específicos remédios institucionais retêm um caráter político que os diferenciam de meros objetivos.”).

Nessa passagem, Scanlon da mesma forma opõe direitos a objetivos e valores e os associa com obrigações, assim como com limites ao poder político das autoridades.

Mesmo alguns dos atuais inimigos dessa bem elaborada concepção dos direitos humanos, se apoiando na filosofia de Aristóteles, Hegel, Marx ou Nietzsche, parecem concordar com essa definição. Por exemplo, Richard Rorty, invocando os escritos de Eduardo Rabossi, rejeita tais direitos justamente porque se baseiam em princípios que parecem derivar de uma razão universal aplicável a todos os seres racionais.¹¹⁴ O “problema com o discurso dos direitos”, ele diz, “é que ele torna a moralidade política não como um resultado do discurso político – ou reflexão, compromisso e escolha do mal menor – mas de um imperativo moral incondicional.¹¹⁵ Rorty segue a opinião de Annette Baier na sua distanciação dos direitos humanos em prol de um entendimento baseado na simpatia, confiança, sentimentos, cuidado e solidariedade.¹¹⁶

Bernard Williams, por sua vez, censura as tentativas de expandir a noção de direitos humanos além de uma estreita noção de “coerção não mediada”¹¹⁷, construída contextualmente, em “boas coisas” em geral, como “os chamados direitos positivos, como o direito ao trabalho.”¹¹⁸ Ele explica que “existem bens humanos cujos valores talvez não sejam melhor expressos em termos de direitos.”¹¹⁹ Ainda, ele diferencia direitos do que é bom e de valores, mais amplamente.

Além disso, Williams distingue direitos humanos de políticas públicas. Por exemplo, censura os liberais estadunidenses que advogam a proteção do discurso de ódio sob a Primeira Emenda da Constituição. Sugere que desse modo articulam uma “forte convicção pessoal”, que se refere a uma “questão de política pública”, ao invés de “[a um] assunto unicamente de direito”.¹²⁰

114 Ver Richard Rorty, *Human Rights, Rationality and Sentimentality*, em *The Politics of Human Rights* 67-83 (Belgrade Circle ed., 1999) Rorty afirma: “O argumento de Rabossi de que as fundações dos direitos humanos estão fora de época me parecem tanto verdadeiras quanto importantes; elas serão meu principal tópico nesse ensaio. Eu devo desenvolver e defender o argumento de Rabossi, de que não vale a pena discutir se os seres humanos têm os direitos presentes da Declaração de Helsinki. Em particular, estarei defendendo o argumento de que nada relevante à escolha moral separa seres humanos de animais a não ser os fatos históricos contingentes do mundo, fatos culturais.” *Id.* à 69-70.

115 Richard Rorty, *What’s Wrong with “Rights,”* Harper’s, June 1996, à 15.

116 *Id.* à 15-18.

117 Bernard Williams, *Human Rights: The Challenge of Relativism* 13, Sackler Distinguished Lecture: Univ. Conn. (23 de abril de 1997).

118 *Id.* à 2-3.

119 *Id.* à 3.

120 *Id.* à 5.

Em suma, os filósofos citados iriam repudiar qualquer tentativa de politização dos direitos humanos. Eles iriam fazê-lo por diferentes motivos, mas convergiriam numa visão de que a identificação de tais direitos com um projeto político particular seria problemática. Não importando se os direitos deveriam prevalecer ordinariamente sobre a política, o *establishment* filosófico parece franzir o cenho perante a união dos primeiros com a última.

Desse ponto de vista geral, uma reivindicação baseada em direitos humanos constitui uma questão de princípio. Analisar se uma violação ocorreu envolve descobrir se o alegado violador quebrou a norma moral em jogo. Isso não tem nada a ver com política, seja a dos autores do direito em questão, aquela das entidades politicamente legítimas e competentes ou aquelas das partes particularmente progressistas na disputa.

Por exemplo, um cidadão pode acusar o governo de estar violando a sua liberdade de expressão. A instituição adjudicante deve determinar deontologicamente se a violação do princípio subjacente ocorreu e, caso positivo, decidir a favor do requerente. Não deve ter em conta se as autoridades participaram na elaboração da norma que estabelece o direito em exame, se têm alguma experiência específica ou legitimidade política, ou se agiram inspiradas por um fim político maior.

No entanto, o regime pode reagir maneira defensiva usual e insistir que limitou as liberdades de expressão da requerente porque, por exemplo, ela estava trabalhando para enfraquecer um programa – eticamente impecável – para redistribuição de terras. O regime ainda poderia tentar demonstrar que permitir a manifestação de pessoas como ela poderia causar um dano inimaginável à população. Como resposta, contudo, o juiz poderia simplesmente citar John Rawls: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, de que até mesmo o bem-estar da sociedade como um todo não pode se sobrepor... Assim, numa sociedade justa... os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à barganha política ou a cálculo de interesse social.”¹²¹

Não é surpresa que Ronald Dworkin assumira uma posição similar: “Um direito contra o governo deve ser um direito a se fazer algo mesmo quando a maioria pensa que isso seria ruim e até mesmo quando realizá-lo ameaçasse a maioria.”¹²² “Se alguém tem direito a fazer algo,” Dworkin elucida, “então é errado que o governo o negue mesmo que faça baseado no interesse geral.”¹²³

121 John Rawls, *A Theory of Justice* 3-4 (1971).

122 Dworkin, *Rights*, nota *supra* 110, à 194.

123 *Id.* à 269.

Nem é preciso dizer que essa resposta geral é influenciada por uma clara diferenciação entre, de um lado, normas e princípios, que carregam direitos, e, do outro, valores, que servem como base para política e políticas públicas. Habermas tenta meticulosamente definir e distinguir essas duas noções primordiais:

Normas e valores diferem, primeiro, em que as primeiras se referem à ação obrigatória enquanto que os últimos se referem à ação teleológica; segundo, em que a validade da reivindicação das primeiras tem um sentido binário, enquanto a dos últimos tem um sentido gradual; terceiro, em que as primeiras vinculam absolutamente e os últimos relativamente; e, quarto, em que a interligação de um sistema de normas e um sistema de valores deve satisfazer critérios diferentes.¹²⁴

Na medida em que considera os direitos humanos essencialmente como normas, Habermas lhes atribui estas quatro propriedades.

Primeiro, tais direitos devem ser deontológicos – i.e., devem estabelecer um dever sem qualquer ligação a um fim particular. E mais, divergem da estrutura de políticas públicas teleológicas. Por exemplo, a possibilidade de votar regularmente em eleições não aumenta a felicidade ou utilidade, mas reforça uma obrigação específica do governo. Requerer-se-ia sufrágio universal mesmo que se fossem prejudicados alguns ou vários fins da cidadania.

Segundo, um direito humano, ao invés de uma política pública, rotula determinadas ações como certas ou erradas, não como recomendáveis até um ou outro ponto. Por exemplo, direitos de privacidade podem permitir ou condenar a escuta telefônica. Não a categorizam como muito, relativamente ou apenas louável. Em fim, se diferenciam de objetivos políticos particulares, como o da chamada zero tolerância ao crime.

Terceiro, Habermas acredita que a função dos direitos humanos básicos, como a dos princípios em geral, costumam “ter o sentido absoluto de uma incondicional e universal obrigação: duma reivindicação imperativa que é igualmente válidas para todos.”¹²⁵ Tais direitos, conseqüentemente, se aplicam a sociedades ao longo de todos os tempos. Esse caráter absoluto não preclui a possibilidade de implantação contextual: então os requisitos específicos podem variar de uma comunidade a outra. “A atratividade de valores,” em contraste, “tem um sentido relativo de uma avaliação de bens que está incorporada ou adotada dentro de

124 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 311.

125 *Id.*

uma cultura ou forma de vida.”¹²⁶ De forma consistente, Habermas define valores como sendo “preferências compartilhadas intersubjetivamente”¹²⁷ e atribui às políticas públicas como uma subcategoria, a mesma denominação e uma pequena margem de aplicação.

Por fim, os vários direitos humanos devem formar um sistema coerente. Devem em último caso estar em harmonia entre si. Quando um deles prescreve um curso de ação, outro não deve direcionar em rumo contrário. Por exemplo, a liberdade religiosa, corretamente construída, deve sempre estar compatível com a igualdade sexual. No extremo oposto, objetivos políticos podem se chocar e competir entre si, necessitando de relativo ranqueamento. Por exemplo, encorajar a imigração de trabalhadores qualificados e atingir o pleno emprego entre a atual população podem, como políticas públicas, chocar e forçar um governo a e equilibrar elas.

Desse ponto de vista, o grupo bolivariano parece estar engajado num erro de categoria. Especificamente, equivocadamente assimila direitos humanos a políticas públicas. No entanto, os primeiros, como normas, necessariamente divergem das últimas, como valores.

2.2 Políticas

■ A resposta que acabamos de descrever soa muito fácil, no entanto. Os aliados bolivarianos poderiam recalcar que a política pública forma uma parte essencial da aplicação de um direito. Eles poderiam utilizar direitos econômicos, sociais e culturais como exemplos.

Claro, a seção precedente já alude ao ceticismo de Bernard Williams *vis-à-vis* “os chamados direitos positivos, como o direito ao trabalho.”¹²⁸ Williams elabora:

Declarações de direitos humanos costumam defender direitos desse tipo, mas existe um problema com eles. Ninguém duvida que ter uma oportunidade de trabalhar é uma coisa boa, ou que desemprego é algo ruim. Mas significa isso que as pessoas têm direito a trabalhar? O problema é: contra quem se tem esse direito? Quem o viola caso não seja observado?... Mesmo que governos aceitem alguma responsabilidade por níveis de desemprego pode não ser possível para eles prover ou gerar trabalho, e,

126 *Id.*

127 *Id.*

128 Williams, nota *supra* 116, à 2-3.

se eles falharem em fazê-lo, não fica claro que a melhor coisa a dizer é que o direito dos desempregados foi violado.¹²⁹

Williams expressa assim uma preocupação comum na filosofia e no direito. Filósofos geralmente consideram esses direitos positivos como meras aspirações.¹³⁰ Advogados frequentemente notam a falta de eficácia jurídica de tais direitos.¹³¹

Nessa conjuntura, os detratores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos diriam, sem hesitação, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem contém o direito ao trabalho, assim como outros direitos positivos,¹³² e o Protocolo de San Salvador também.¹³³ Destacariam ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos do mesmo modo contém um Capítulo sobre “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”¹³⁴ Além disso, os juízes nacionais e internacionais da região têm consistentemente reconhecido tais direitos como aplicáveis.¹³⁵

Inspirados por esses e outros documentos e decisões internacionais, os filósofos dificilmente podem questionar o reconhecimento internacional desse tipo de direito. No entanto, poderiam se manter céticos e argumentar que a razoabilidade impede que se reconheça tais direitos como genuínos. Bernard Williams indubitavelmente argumentaria assim.

De fato, Williams considera “infeliz que declarações de direitos humanos têm, embora por motivos razoáveis, incluído supostos direitos desse tipo.”¹³⁶ Ele acredita que a comunidade internacional, assim, mina o conceito de um direito humano:

129 *Id.*

130 *Ver id.* à 3 (“Já que vários casos de governo não podem realmente entregar o que as pessoas supostamente têm direito, isso encoraja a ideia de que direitos humanos representam simples aspirações...”).

131 Com tais direitos em mente, Joseph Raz observa que “direitos legais [nem] sempre são cogentes.” Joseph Raz, *Rights and Politics*, 71 *Ind. L.J.* 27, 41 (1995). “Vários sistemas,” ele afirma, “reconhecem o que pode ser chamado de direitos declaratórios, que não capacitam seus detentores a iniciar procedimento judicial para seu cumprimento. Eles podem ser meramente declaratórios, ou eles devem ser aplicados por outras instituições de governo...” *Id.*

132 American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. XIV (May 2, 1948); *Ver também id.*, arts. XI-XVI.

133 San Salvador Protocol (Nov. 17, 1988), art. 6; *Ver também id.*, arts. 9-18.

134 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, ch. III (“Derechos Económicos, Sociales y Culturales”).

135 *Ver* Oquendo, nota *supra* 1, à 351-386 (Ch. VI; § B).

136 Williams, nota *supra* 116, à 3.

Já que em vários casos os governos não podem realmente entregar aquilo ao que suas populações *a priori* têm direito, isso encoraja a ideia de que direitos humanos representam simples aspirações, que eles assinalam bens e oportunidades que, sendo urgentes, deveriam ser providos se possível. Mas essa não é a essência de um direito. Se as pessoas têm direito a algo então alguém falha ao denegá-lo.¹³⁷

Williams, portanto, se concentra nas clássicas liberdades civis e políticas, ou num limitado, quase evidente,¹³⁸ subconjunto, que se apoia na noção universal “de que *poder* não é um direito *per se*” e que o Estado age ilegitimamente quando exerce “poder coercivo não mediado”.¹³⁹

Alguém ainda poderia replicar definindo direitos positivos de forma mais estrita. Os governos não têm uma vaga e ampla obrigação de criar empregos para os seus cidadãos. Pelo contrário, ele deve meramente demonstrar um sincero engajamento no direito ao trabalho. Por exemplo, as autoridades podem mostrar que têm implementado um programa confiável para alcançar o emprego pleno. Não precisam e não podem garantir sucesso nos seus empreendimentos.

Mesmo alguns filósofos influenciados por Immanuel Kant e, assim, apoiadores de uma concepção principiológica e apolítica dos direitos humanos, como Tim Scanlon, têm abraçado tais direitos programáticos. Scanlon explica que a diferença *vis-à-vis* os direitos negativos, estabelecidos há bastante tempo, se baseiam na medida em que o Estado tem o direito de desenvolver “estratégias específicas”¹⁴⁰ para o reforço do direito em questão: “O que são às vezes chamados direitos de bem-estar ou humanitários”, ele escreve, “diferem dos tradicionais direitos civis ou pessoais nesse aspecto”.¹⁴¹ Especificamente, o governo goza de maior liberdade ao escolher os meios de implementação em relação aos últimos do que aos primeiros. Apesar dessa distinção, Scanlon provavelmente manteria ambos os tipos de direitos dentro da categoria mais ampla de direitos humanos.

Scanlon fornece a seguinte explicação:

Por exemplo, quando pessoas falam de “direito a uma alimentação adequada”, elas não estão apenas dizendo que é uma coisa muito ruim ficar sem comida suficiente. Eles também estão, acredito, expressando um julgamento de que instituições po-

137 *Id.*

138 *Id.* à 4.

139 *Id.* à 10.

140 Scanlon, nota *supra* 112, à 116.

141 *Id.*

líticas devem ter responsabilidade nessa área: instituições que não tomam passos adequados para impedir a fome entre seus cidadãos (e, pode-se acrescentar, entre outros), não estão em condições mínimas de legitimidade. É essa conexão entre autoridade institucional e responsabilidade que faz apropriado falar aqui de um direito.¹⁴²

Sob pena de sanção por estar vinculado a este direito, o governo deve construir uma bem-elaborada política pública com o fim de fornecer nutrição adequada aos seus cidadãos. Obviamente, ele não tem a obrigação de tomar o melhor curso possível de ação, nem de proteger cada pessoa da desnutrição.

O movimento bolivariano ainda poderia adicionar que mesmo os chamados direitos negativos, que requerem que as autoridades se abstenham de certas ações, necessitam de uma análise equivalente. Por exemplo, o Estado deve adotar medidas sensíveis para reforçar o direito à igualdade com relação às oportunidades de educação primária. Deve prevenir que grupos desfavorecidos recebam uma educação deficiente, mas não precisa lhes dar acesso a uma aula ou a uma atividade extracurricular em particular, nem garantir que todos os seus membros irão prosperar academicamente, nem demonstrar que optou pelo melhor plano disponível.

As autoridades governamentais merecem ampla liberdade quanto à dimensão política de qualquer direito, seja civil, político, social, econômico ou cultural. Além do mais, eles têm a maior expertise e legitimidade em matéria de política pública. Consequentemente, um tribunal não deve reavaliar decisões governamentais nesse sentido.¹⁴³ Além disso, deve aceitar que alguns regimes lidam de modo diferente com relação ao mesmo problema.

Ronald Dworkin e Jürgen Habermas entenderiam da mesma forma. O primeiro reconhece que o mesmo conceito de um determinado princípio pode implicar uma multiplicidade de concepções alternativas.¹⁴⁴ O outro, por sua vez, reconhece que os direitos básicos permitem uma variedade de interpretações de

142 *Id.*

143 *Ver, e.g.,* West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 399 (1937) (“Mesmo que a sensatez da política seja tomada com discutível e seus efeitos incertos, ainda sim a legislatura está vinculada ao seu julgamento.”).

144 Dworkin, Rights, nota *supra* 110, à 134-136. *Ver também* Ronald Dworkin, Law’s Empire 71 (1986) (“Num primeiro nível o acordo gira em torno de discretas ideias que são sempre empregadas em todas as interpretações; num segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e retomada.”)

uma sociedade à outra.¹⁴⁵ A amplitude interpretativa em cada uma dessas opiniões pode derivar da influência da política pública ou de fatores ético-políticos.

No entanto, Dworkin se distanciaria desta posição geral. Entende as várias concepções não como igualmente legítimas, mais como estando em competição entre si em relação à verdade ou à sua correção. Sugere que uma comunidade que constitucionalmente aplica um conceito específico e delega aos tomadores de decisão a definição de uma concepção correlata “assume que uma concepção é superior à outra.”¹⁴⁶ De qualquer forma, Dworkin certamente insistiria em separar com cuidado princípios de políticas públicas e negar que estas podem servir para elaborar aqueles.

Em contraste, Habermas embarcaria satisfeito no caminho delineado. Ele explicitamente admite que “o processo de realização legal [de direitos] se desdobra em contextos que também demandam discursos de autoconhecimento como componentes importantes da política: discussões sobre uma concepção comum de bem e sobre a forma de vida cujo reconhecimento autêntico é procurado.”¹⁴⁷ Ele elucida:

Certamente, as decisões e políticas dos legisladores devem ser interpretadas, respectivamente, como realizações e elaborações do sistema de direitos. No entanto, quanto mais concreto seja o tópico em consideração mais se expressa *também* o autoconhecimento da coletividade, junto à correspondente forma de vida, ... na resultante regulação legal....¹⁴⁸

Consequentemente, quando desenvolvidos numa constituição ou, acima de tudo, numa lei, os direitos humanos internalizam política, ações governamentais, valores e concepções do que é bom. Habermas fala no sentido da “impregnação ética de toda comunidade legal, assim como de todo processo democrático dedicado à realização de direitos fundamentais.”¹⁴⁹

Desse ponto de vista, a implementação de um direito em particular frequentemente implica transcender o reino do princípio e transitar na política. A liberdade religiosa exemplifica esta situação. De um lado, as autoridades podem

145 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 1162 (“Consequentemente, as seções que enumeram direitos fundamentais em várias constituições históricas podem ser entendidas como interpretações contextuais do *mesmo sistema* de direitos.”). Ver *também*, *id.* à 163, 226, 238, 379, 527; Habermas, EA, nota *supra* 106, à 245, 263.

146 Dworkin, Rights, nota *supra* 110, à 135.

147 Habermas, EA, nota *supra* 106, à 254.

148 *Id.*

149 *Id.* à 255.

implementar esse direito de uma maneira principiológica inclusive se abstendo de suprimir qualquer fé. De outro, podem proceder politicamente e honrar um compromisso legal de dar suporte a grupos cívicos em geral pela distribuição de concessões a cada credo de forma igual. Quase inevitavelmente, um governo vai passar da primeira para a segunda abordagem e aumentar a sua margem de manobra uma vez que intensifica os seus esforços em nome do direito em questão. Isso resultará numa ação que, enquanto totalmente justificável politicamente, se diferirá daquela das autoridades menos engajadas. Desse modo, regimes dedicados ao progressismo em diferentes níveis poderão coexistir e ter seu lugar dentro do mesmo esquema de direitos humanos.

Não obstante sua recusa de direitos positivos, Bernard Williams também enfatiza “a importância de se pensar politicamente sobre a violação de direitos humanos.”¹⁵⁰ Assim, procura ressaltar “a realidade à custa de abstração filosófica.”¹⁵¹ Além de averiguar filosoficamente se tais infrações, *viz.*, “práticas envolvendo coerção sem legitimação,”¹⁵² têm ocorrido, se deve decidir como reagir, o que constitui, de acordo com Williams, “sempre uma questão política.”¹⁵³

Williams alerta “que o político não simplesmente exclui, senão inclui o princípio, além de outras coisas.”¹⁵⁴ Na opinião dele, a política se inicia com uma averiguação principiológica e filosófica da possibilidade de uma violação de direitos humanos na forma de “coerção não mediada”¹⁵⁵ ter ocorrido. Depois disso, deve-se considerar uma ampla gama de fatores antes de determinar o que, caso seja possível, fazer sobre a atual violação.

No final de tudo, Williams defere completamente aos governos. Ele conclui que eles devem honrar somente um número reduzido de direitos negativos, evidentes e universais, relacionados à “coerção injusta.”¹⁵⁶ Além disso, os Estados opressores não deveriam ser condenados caso pudessem “demonstrar que a coerção é legítima.”¹⁵⁷ Williams alerta, contudo, que a justificativa deve se basear num “sistema de crenças” que não pode “ser razoavelmente interpretado como (para colocar em improváveis termos simples) de sustentação da dominação.”¹⁵⁸

150 Williams, nota *supra* II6, à 3.

151 *Id.*

152 *Id.* à II.

153 *Id.* à 13.

154 *Id.*

155 Williams, nota *supra* II6, à 12.

156 *Id.*

157 *Id.* à II.

158 *Id.* à 12.

Em outras palavras, Williams parte de um extremamente amplo campo de operações irrestritas à política. Ele efetivamente confere *carte blanche* às autoridades desde que não coajam seus cidadãos. Notadamente, ele toleraria mesmo um regime coercivo se a liderança pudesse formular uma reivindicação razoável de legitimidade.

Coincidentemente, Habermas e Williams consideram que a ação política não apenas toca mas também permanece externa aos direitos humanos. Para ser mais exato, eles provavelmente reconheceriam a dificuldade de se desenhar uma linha clara que separe o interior principiológico de tais direitos do seu exterior político. Na verdade, contudo, se o elemento político impacta os direitos humanos de forma endógena ou exógena não interessa muito. Por exemplo, o governo se conduz de igual forma ao subsidiar todas as organizações religiosas através do exercício da sua discricção política, que em apoio à liberdade religiosa. Só parece se beneficiar mais de uma defesa mais sólida no último do que no primeiro cenário contra indivíduos que porventura reclamem de um ataque do governo sobre os seus direitos. Em qualquer caso, as autoridades devem afirmar de forma categórica que a alegada violação aconteceu no processo de defesa das liberdades religiosas.

De qualquer forma, o Eixo Bolivariano pretende, sob a interpretação elaborada na Seção I(C), ir além da asserção de que os direitos humanos possuem uma dimensão política. Estão, de fato, propondo que tais direitos sejam apenas políticos e nada mais. Ou seja, o componente principiológico desaparece completamente.

Tal posição traz à mente o que foi argumentado pelo realismo legal estadunidense e, mais tarde, pelo movimento de estudo jurídico crítico (*critical legal studies movement*). Essas escolas procuraram, em parte, abandonar noções como “formalismo e objetivismo” com o objetivo de postular um entendimento do direito como sendo um meio de alcançar objetivos políticos reformistas ou “de esquerda”.¹⁵⁹ As nações dissidentes dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos parecem estar fazendo uma campanha equivalente com respeito a direitos humanos ao invés do direito como um todo.

Isso lembra, no entanto, que a parcela dissidente dentro da Organização dos Estados Americanos tem assumido uma posição que diverge dos modelos instrumentalistas do direito previamente mencionados. Ela certamente *não* tem afirma-

159 *Ver, e.g.*, Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 3-4 (1983) (“Se a crítica do formalismo e do objetivismo é o primeiro tema característico de movimentos de esquerda no pensamento legal moderno, a utilização puramente instrumental tanto da prática quanto da doutrina legal para o avanço os propósitos de esquerda é apenas secundário.”).

do que as cortes deveriam impor sua própria agenda política contra aquela dos poderes Executivo e Legislativo do governo. Pelo contrário, os países em questão insistem, como previamente exposto, que os juízes devem sempre abraçar e apoiar as políticas públicas das autoridades eleitas.

Essa postura não se resume à ideia aparentemente conservadora de que os juízes devem sempre se submeter às autoridades políticas, sejam boas ou ruins. Pelo contrário, incorpora um pedido caloroso por políticas progressistas. Desse ponto de vista, se o governo se dedica à emancipação, os tribunais devem se mostrar favoráveis. Se é opressivo, contudo, falta-lhes capacidade de fazer a diferença e se tornam irrelevantes. Sob tais circunstâncias, cidadãos não deveriam levar suas reclamações aos tribunais, mas, ao invés disso, às ruas para tentar subverter a ordem existente.

A Venezuela e seus aliados afirmariam, especificamente, que qualquer direito humano deveria servir para alcançar justiça social. Demandariam a submissão do Judiciário porque, como Estados, participaram da promulgação da Convenção Americana; porque, como governos, possuem *expertise* e legitimidade em política; e acima de tudo, porque têm colocado em prática um formidável projeto de revolução política. Desse ponto de vista, a Comissão Interamericana e a Corte de Direitos Humanos estão impedindo esta nobre cruzada pela emancipação política e deveriam, portanto, ao menos não obstruir o caminho. O bloco de esquerda da região, por sua parte, deveria vigorosamente se concentrar na política e no direito com o intuito de manter esses organismos em xeque e, por último, forçá-los ou a mudar ou a desaparecer.

2.3 Entre Princípios e Política

■ Mesmo assim, talvez não devêssemos abandonar os princípios tão rapidamente. De fato, pode-se fazer um esforço para preservá-los, ao menos para transmitir a ideia de que um direito humano geralmente contém um elemento normativo e que o Estado merece apenas liberdade limitada nessa área. O Judiciário e a sociedade, como um todo, deveriam ampliar sua submissão às autoridades somente em relação a outras matérias, *e.g.*, aquelas que pertencem ao domínio político.

Assim, um direito essencialmente carrega um princípio ou uma norma. De forma paradigmática, postula uma obrigação e requer uma efetivação, principalmente, determinando se indivíduos ou entidades têm cumprido ou não. Quando autoridades públicas desprezam o princípio implícito num direito, devem indubitavelmente sofrer reprovação e sanção.

Se os direitos não forem mais que políticas públicas e se basearem em meros valores ou objetivos, os tribunais internacionais ou constitucionais dificilmente teriam um papel construtivo a exercer. No início, o governo simplesmente consideraria várias políticas públicas e agiria como julgasse apropriado. Depois disso, os juízes não poderiam minimamente concluir que a ação “violou” alguma política pública, nem mesmo uma desfavorecida ou descartada. Eles poderiam, no máximo, culpar o regime por desconsiderar algumas das políticas públicas enumeradas e exigir que sejam debatidas novamente. Se o Judiciário, ao invés disso, escolher confirmar as ações do Executivo, ele estaria se engajando num exercício aparentemente inútil e injustificado.

Como mencionado na seção anterior, os direitos possuem uma dimensão política. Assim como as normas que encarnam, podem requisitar concretização por meio de política pública. E nessa situação o governo caracteristicamente atua com considerável margem para erro.

O direito à privacidade pode ajudar a ilustrar o ponto. Da presente perspectiva ele expressa não uma particular política pública mas o princípio de que o Estado não deveria invadir a intimidade das pessoas. Quando as autoridades espionam cidadãos somente para manter um olho sobre uma potencial dissidência, atropelam essa norma e devem encarar um controle estrito. Contudo, quando lançam um programa para, por exemplo, o desenvolvimento e a distribuição de um *software* que a população pode manejar como um escudo contra a espionagem pública e privada, podem com certeza exigir um amplo (mas não infinito) espaço de atuação. Sem dúvida, diferenciar o primeiro tipo de cenário do último irá constantemente criar complicações e polêmicas.

Claro, um esquema conceitual diferente poderia servir igualmente para articular essa alternância, na realização dos direitos humanos, entre altos e baixos níveis de liberdade gozados pelo governo. Por exemplo, Bernard Williams se apoia na expressão “coerção não mediada”,¹⁶⁰ como um princípio superior, para descrever as raras situações nas quais ele toleraria uma interferência externa nos negócios de governo. Ele propõe conceder às autoridades *carta branca* em todos os outros casos.

Por fim, Williams desenha estreitamente o círculo das situações nas quais uma intervenção pode ocorrer legitimamente. No final, ele deixa ao governo extensa liberdade não somente com respeito a direitos políticos e civis cuja violação não constitui uma opressão crassa, mas também a todos os direitos econômicos,

160 Williams, nota *supra* 116, à 14.

sociais e culturais. Ele acredita que não se pode de forma persuasiva qualquer defender a imposição desses direitos desde fora da sociedade.¹⁶¹

Curiosamente, Williams nunca contempla se um tribunal transnacional poderia legitimamente intervir pela mera referência a um tratado ratificado por um Estado que está enfrentando acusações de abusos de direitos humanos. E não o faz, presumivelmente, por que ele foca nas situações nas quais os alegados opressores comandam uma comunidade que não reconhece as normas que os estrangeiros pretendem impor.¹⁶² Mais precisamente, ele está tentando descobrir a medida na qual a moralidade *per se*, independente do direito internacional, permite uma condenação em tal cenário.

O conceito de um princípio ou de um direito não tem que exibir todas as características comumente associadas a ele. Por exemplo, pode-se negar a universalidade e o caráter absoluto aparentemente atribuído por Ronald Dworkin e outros. O trabalho de Richard Rorty, referenciado no Seção II(A), serve como um lembrete dos problemas que tais atribuições criam.

Os direitos humanos principiologicos codificados não precisam refletir qualquer catálogo transcendental de direitos humanos morais. No entanto, têm conseguido espaço em muitas culturas, assim como no direito internacional, e obrigam quase categoricamente porque se baseiam em noções amplamente compartilhadas e cruciais, como as de razoabilidade, justificação e aceitação. Podem-se defender tais direitos com uma ampla gama de argumentos atraentes e contundentes.

Por exemplo, tal argumentação, em conjunto com uma campanha lançada para o fortalecimento das mulheres, tem levado a muitas nações a reconhecerem um direito quase incondicional contra a discriminação sexual. É incontestável que uma cultura atual ainda poderia rejeitar esse direito de forma forte e aberta, exigindo uma exceção ao amplo princípio da equidade. Destarte se exporia a críticas, seja por insensibilidade, crueldade, ignorância ou até mesmo sexismo, mas não necessariamente por falhar em entender a universalidade ou caráter absoluto

161 *Ver id.* à 12 “É uma marca do bom senso filosófico,” de acordo com Williams, “que a acusação” de que a prática [de determinado ato] viola direitos humanos fundamentais “não deve ser interpretada de qualquer forma; além do mais, as nossas teorias não devem nos levar a tratar como crimes manifestos toda prática que rejeitamos no princípio liberal e que não poderia ser aceita aqui – especialmente se na sua localidade ela puder ser tomada como legítima.” *Id.*

162 *Ver id.* à 10 (“Complicações conceituais multiplicam quando se está envolvido num caso diferente cujo argumento de legitimação que foi aceito numa época ainda é aceito em alguns lugares, mas recusado em outros.”) Na visão de Williams, “o mundo contemporâneo está certamente ao alcance do passado, e as influências do passado incluem, agora, concepções teocráticas de governo e ideias patriarcais dos direitos das mulheres.” *Id.*

do direito. Em relação a uma tão improvável coletividade nacional, talvez devêssemos nos abster de depreciá-la como irracional e de esperar trazê-la, com uma repreensão moral, aos caminhos adequados.

Tim Scanlon, por sua vez, se posiciona pela renúncia de um universalismo rígido: “Os julgamentos empíricos nos quais os direitos são baseados pressupõem certas condições de fundo... Essas condições não são universais, embora no caso de vários direitos comumente listados como ‘direitos humanos’ são suficientemente difundidas para serem consideradas gerais em todos propósitos práticos.”¹⁶³ Especificamente, Scanlon afirma que o objetivo que sustenta tais direitos, ou seja, “o de promover uma aceitável distribuição de controle sobre porções importantes das nossas vidas... seria importante às pessoas num grande número de sociedades, mas naturalmente não em todas.”¹⁶⁴ Finalmente, ele declara, ecoando Jürgen Habermas, que “os direitos particulares que [esse objetivo] demanda podem variar entre sociedades.”¹⁶⁵

Por fim, poderia-se até defender o “relativismo da distância de “Williams”, segundo o qual “ninguém é compelido a estender todas as suas opiniões morais, particularmente sobre direitos, ao passado.”¹⁶⁶ Tais direitos se aplicam unicamente às sociedades contemporâneas. “No que diz respeito a direitos humanos,” Williams elucida, “o que importa é o que se passa hoje no nosso mundo, agora. Nesse sentido, o passado não é outro país: se fosse apenas outro país nós deveríamos talvez nos perguntar o que fazer.”¹⁶⁷

Com relação aos Estados modernos, as cortes globais devem, ao efetivar a panaceia de direitos humanos, não apenas ceder às autoridades nas questões de políticas, mas também consistentemente mostrar considerável sensibilidade cultural. Por exemplo, podem se mostrar flexíveis caso uma nação como a Argentina, estando cientes da sua história, restringir os direitos de associação de grupos cívicos que advogam o retorno dos militares ao poder ou a condenável campanha de suprimir suspeitos considerados subversivos. Tal atitude judicial geral deve, *ceteris paribus*, reduzir o risco de intrusão exógena ilegítima.

Na elucidação do seu ponto de vista, Tim Scanlon afirma ainda que os direitos humanos não precisam ser absolutamente vinculantes. Embora lhes atribua

163 Scanlon, nota *supra* 112, à 116.

164 Thomas M. Scanlon, *Rights, Goals, and Fairness, in The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy* 26, 36 (2003).

165 *Id.*

166 Williams, nota *supra* 116, à 8.

167 *Id.* à 9.

um enorme peso, prudentemente evita lhes atribuir caráter absoluto: “Enquanto eu nunca tomaria a posição extrema de que os direitos humanos jamais devem ser violados – não importando as consequências –, eu diria que as situações nas quais as violações poderiam ser justificadas teriam que ser bastante extremas.”¹⁶⁸

Williams leva essa concessão global um passo adiante. Como discutido na seção anterior, ele descreve a pergunta de como responder a demonstráveis violações de direitos humanos como política e aberta. De fato, Williams aconselharia contra uma interferência, “se não se interpor outros fatores (o que é uma enorme restrição),” exceto “se a violação for desmedida.”¹⁶⁹ Ele aduz as seguintes bases para encorajar o envolvimento internacional contra e somente contra invasões exorbitantes:

Bom, (1) o que está acontecendo já é péssimo. (2) Em outros casos é mais provável que a intervenção pioraria as coisas. (3) [Num] caso que se assemelhe menos a um de coerção não mediada, as vítimas poderiam não pensar que são vítimas e então uma intervenção poderia resultar difícil de se distinguir do imperialismo ideológico. Mas, basicamente, (4) quanto mais próximo do paradigma estiverem as violações e quanto mais o Estado for parte do problema, mais a situação pode ser a do aparato estatal em guerra contra o seu próprio povo.¹⁷⁰

Mesmo assim, Williams recomendaria, como regra, intervir contra limitações da liberdade de expressão; porque “a liberdade de expressão é essencial para a efetividade de qualquer crítica às ações estatais, em relação à uma concepção razoável do interesse individual.”¹⁷¹

Se um Estado assina as principais convenções de direitos humanos, mesmo Williams e outros céticos deveriam endossar a sua responsabilização. Em outras palavras, deveriam aceitar poucas exceções à obrigatoriedade dos direitos acordados. De qualquer forma, um sistema de direitos humanos que ocasionalmente isentasse as autoridades não se tornaria por isso uma aberração nem seria disfuncional.

168 Scanlon, nota *supra* 112, à 121. “Mas dizer que uma regra ou direito não está, em geral, sujeito a exceções justificadas em bases não-utilitárias,” de acordo com Scanlon, “não é dizer que ele é absoluto. Pode-se questionar a importância de se preservar uma igual distribuição de controle do tipo em questão, e indubitavelmente haverá algumas coisas que superarão esse valor.” Scanlon, nota *supra* 163, à 34.

169 Williams, nota *supra* 116, à 13.

170 *Id.*

171 *Id.* à 14.

Naturalmente, deve-se ter um senso preciso de quando uma exceção será aceita, porque o governo vai tender a recorrer a ela com frequência. Um tratado de direitos humanos ou o Judiciário deveriam resolver a questão. Caso contrário, as autoridades irão certamente decidir elas mesmas e provavelmente negligenciar os direitos quando o julgarem adequado.

Por exemplo, um regime pode confrontar uma tentativa de golpe e banir programas televisivos opositoristas temporariamente. Também pode suspender seus programas de proteção ambiental e desviar a equipe responsável por eles a outras tarefas mais urgentes. Um tribunal supranacional poderia reconhecer uma violação de direitos básicos, mas se abster de sancionar o Estado durante a subversão em andamento.

Os juízes teriam que monitorar toda a questão de perto. Teriam que desconfiar das afirmações oficiais pertinentes à emergência e da adequação da reação posterior. Um governo tem todos os incentivos para exagerar ou criar uma crise com objetivo de colocar os direitos de cidadania de lado.

Já que a justiça social pode entrar em conflito com os direitos fundamentais, pode analogamente autorizar ou mesmo exigir a sua suspensão provisória deles. O então Presidente da Venezuela, Hugo Chávez, claramente pensou que havia chegado a tal situação quando “ordenou aos hotéis com vagas a abrigar milhares de pessoas que perderam suas casas por conta de uma inundação” em dezembro de 2010.¹⁷² Poderia ter somente afirmado que tratar os desabrigados corretamente demandava colocar de lado os direitos de propriedade dos hoteleiros. Mesmo assim, deve-se resistir à tentação de sustentar que a sua administração estava adequadamente restringindo esses direitos em favor do direito à moradia. Em outras palavras, esse último direito não obriga nem as autoridades nem ninguém a garantir que qualquer pessoa tenha hospedagem.

Em suma, os direitos humanos geralmente giram em torno de razões e geram obrigações, mas não precisam ter compatibilidade com uma série de direitos morais transcendentais. Além disso, não têm que operar universal ou absolutamente, mesmo quando fundados em princípios. Como consequência, um regime pode ignorar certos direitos em razão de serem inaplicáveis seja pelo contexto cultural ou devido a uma necessidade de curto prazo, urgente ou pendente. No entanto, pode agir assim só em situações excepcionais, suportando um considerável ônus de persuasão argumentativa.

172 Simon Romero, *21 Bodies Found in Colombia Mudslide; Dozens Feared Dead*, N.Y. Times (07 de dezembro de 2010), à A11.

Como notado, os direitos humanos se correlacionam intrinsecamente com a justiça social. Tendem a fomentá-la, mas não a garante, e podem, em circunstâncias extremas, limitá-la. E mais, o Eixo Bolivariano pode se comprometer com tais direitos como parte da sua luta por uma sociedade justa. Mas também pode ir além ou até mesmo contra direitos humanos em nome de uma justa causa maior. No entanto, os cidadãos devem *ordinariamente* poder reivindicar quaisquer direitos normativos contra seu governo e insistir em que sejam respeitados.

De qualquer modo, os princípios não exaurem a definição de direitos, nem mesmo dos direitos negativos. Similarmente, direitos positivos não têm a ver exclusivamente com a política pública. Pode-se afirmar que os direitos possuem tanto uma dimensão normativa quanto uma política e que as autoridades devem desfrutar de menos discricção quanto à primeira e mais quanto à última. Nesse sentido, os juízes devem ou escrutinizar estritamente ou olhar com deferência para o engajamento governamental, dependendo se se apoiar predominantemente sobre os princípios ou sobre a política dos direitos humanos.

Como concebidos na Seção III(B), os direitos políticos e civis não parecem descansar muito sobre princípios e, por isso, clamam por uma mais exata revisão judicial. Os direitos econômicos, sociais e culturais, por sua vez, parecem gravitar na zona da política pública e, assim, permitem que o Estado tenha mais espaço de manobra. A oposição entre uma clássica disputa sobre a liberdade de associação e uma sobre o direito à moradia serve para iluminar essa dicotomia. De um lado, o Judiciário pode responsabilizar severamente as autoridades quando proíbem, como repreensão à dissidência, a reunião de um determinado grupo. E de outro, elas merecem o benefício da dúvida quando se analisar as medidas para aumentar a oferta de residências em razão do direito à moradia.

De um ponto de vista geral, cada um desses direitos se baseia em uma das normas definidas a seguir: (1) “Os cidadãos devem ter direito a se associarem livremente entre si” e (2) “As pessoas devem ter direito à moradia.” Uma violação direta ocorre mais comumente contra o primeiro princípio do que contra o segundo. De fato, os governos vão mais frequentemente banir certas organizações, como o partido comunista, do que demolir moradias privadas. Claro, em qualquer cenário, o agredido deve poder procurar a intercessão de um tribunal.

De outro modo, a política pública parece ter um papel mais proeminente com respeito a direitos positivos do que com respeito a direitos negativos. Os primeiros parecem necessitar, mais claramente do que os segundos, da utilização da burocracia do estado de bem-estar e da adoção de um plano gradual e planejado de longo prazo. Conseqüentemente, o governo normalmente concretiza o direito

à moradia por meio da construção de complexos de apartamentos públicos utilizando a concessão de subsídios e a redução de tributos aos compradores, etc.

Em contraste, as autoridades honram a liberdade de associação, acima de tudo, simplesmente dando direito a grupos para se mobilizarem e também se reunirem. Apenas secundariamente procedem por meio de políticas públicas) mais elaboradas, como a concessão de subvenções associativas, de status de organização sem fins lucrativos para aquelas que se qualificam e assim em diante. De fato, um regime poderia, embora não devesse, escapar totalmente da sua responsabilidade limitando-se ao primeiro passo e recusando-se inteiramente a dar o segundo – ou seja, adotando uma abordagem baseada unicamente na não-ingerência.

Independentemente do direito em questão, os requerentes geralmente não terão sucesso numa reclamação contra uma política pública oficial a não ser que demonstrem que o governo tem agido arbitrariamente ou deixado de fazer algo. Significativamente, tal demonstração sugeriria que as autoridades têm violado, ao menos indiretamente, a norma implícita. Portanto, a fiscalização jurídica de medidas governamentais, em última instância, equivale a aplicar o princípio correspondente.

Pode-se reafirmar facilmente e distorcer um pouco esta postura da seguinte forma. De um lado, o Estado deve realizar uma série de ações sob pena de reprovação social ou judicial por violar a norma. De outro, deve optar por uma ou várias trabalhosas estratégias burocráticas e comete uma infração tanto se o fizer de forma arbitrária ou se se abster de fazer algo.

As autoridades manifestamente gozam de uma menor discricão quanto ao primeiro do que ao segundo tipo de responsabilidade. Além disso, podem mais facilmente violar o princípio subjacente quanto ao primeiro do que ao segundo, sobre o qual correm mais risco de erro de cálculo político. Finalmente, o governo geralmente enfrenta um controle maior quanto aos direitos políticos e civis, como direito à associação, do que aos direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito à moradia.

Estranhamente, quase todas as controvérsias que têm causado comoção no Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm versado sobre direitos negativos. Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua têm repetidamente reclamado de decisões sobre liberdade de expressão assim como da Relatoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão. Além disso, a Nota de Denúncia venezuelana e seu Memorando de Suporte miram seis decisões envolvendo direitos políticos e civis: duas em liberdade de expressão,

duas no devido processo legal, uma em perseguição política e uma em tratamento desumano.

Nessas presumíveis disputas principiológicas, a Comissão e a Corte deviam às autoridades pouca margem de manobra. No entanto, a Venezuela parece ter esperado uma ampla liberdade de ação. Observou, aparentemente tentando apresentar o seu posicionamento como legítimo, que todas as petições vieram de indivíduos moral e politicamente questionáveis: a saber, (1) de jornalistas “de grande beligerância contra o governo,”¹⁷³ (2) de um advogado acusado de “crime de conspiração,”¹⁷⁴ (3) de um político de oposição acusado de agir “em favor do golpe de 11 de abril de 2002,”¹⁷⁵ (4) de um general “insurrecionista”¹⁷⁶, (5) de um “terrorista... condenado”¹⁷⁷ por ataques a bomba “destinados a desestabilizar a democracia na Venezuela,”¹⁷⁸ e (6) de três juízes que “incorreram em ‘grave erro judicial de caráter inexcusável.’”¹⁷⁹ Contudo, o suposto desvalor dos requerentes deveria levar os tomadores de decisão transnacionais para uma maior, ao invés de menor, atenção. Até porque as autoridades tipicamente respeitam os direitos de indivíduos impopulares muito menos que o de outros.

Na outra ponta do espectro, os tribunais não deveriam oferecer *carta branca* aos governos no que concernir aos direitos positivos altamente políticos. Como pontuado, devem conceder-lhe liberdade substancial, mas não devem abdicar dos seus deveres. Tais direitos se qualificam como direitos precisamente porque impõem às autoridades obrigações passíveis de controle judicial. Caso contrário, se resumiriam a meras recomendações.

Como submetido na Seção II(B), os juízes devem interpretar tais direitos como programáticos. Por conseguinte, devem ordenar ao Estado que mostre o desenvolvimento de um sério programa a respeito do direito em questão. As autoridades eleitas, por outro lado, merecem deferência quanto aos detalhes, embora não à necessidade de se engajar. Devem sofrer admoestação caso negligenciarem tomar alguma decisão ou agirem de forma descompassada.

Não é preciso dizer que estabelecer se um determinado desafio gira em torno de princípio ou política (“politics”) criará recorrentemente discussões e discordâncias implacáveis. Isso irá invariavelmente colocar o Estado contra

173 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 5.

174 *Id.* à 6.

175 *Id.*

176 *Id.* à 7.

177 *Id.* at 7-8.

178 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, at 7-8.

179 *Venezuelan Supporting Memorandum (Span.)*, nota *supra* 14, à 13.

seus cidadãos e o Judiciário. No entanto, o debate sobre direitos humanos irá, de todo modo, se revelar mais inteligível se focar nesse esquema de dupla conceituação.

2.4 Adjucação dos Direitos Humanos

■ Refletir sobre direitos positivos e negativos no contexto da litigância da vida real irá com certeza contribuir para um melhor entendimento não apenas do jogo entre seus componentes principiológicos e políticos, mas também de até que ponto os juízes poderão ceder ao governo. Assim, a discussão irá atravessar oito casos e irá interpretar quatro deles como decididos em princípios, que demandam rigorosa aderência, e quatro deles voltados à política pública, a respeito do qual o governo possui uma razoável quantidade de liberdade. Cada um desses dois grupos irá culminar em duas decisões (uma nacional, uma internacional) envolvendo liberdade de expressão e mais duas paralelas que se referem ao direito à saúde.

Como questão de princípio, as autoridades geralmente não reprimem discurso com base na sua repulsa pelas maneiras ou mensagens de quem fala. Em *Cohen v. California*,¹⁸⁰ por exemplo, o Estado condenou o apelante por este ter se apresentado à corte “vestindo uma jaqueta com as palavras ‘*Fuck the Draft*’ que estavam plenamente visíveis.”¹⁸¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos persuasivamente encontrou uma violação da “regra usual de que os órgãos governamentais não devem prescrever a forma ou o conteúdo da expressão individual.”¹⁸² Posicionou-se da seguinte forma:

O direito constitucional de liberdade de expressão é um forte remédio numa sociedade diversa e populosa como a nossa. É designado para a remoção das amarras governamentais da arena de discussão pública, colocando a decisão sobre quais visões devem ser ouvidas amplamente nas mãos de cada um de nós, na esperança de que a utilização de tal liberdade irá em último caso produzir uma cidadania mais capaz e uma política mais perfeita, na crença de que nenhuma outra abordagem irá comportar a premissa de dignidade e escolha individual sobre a qual o nosso sistema político está baseado.¹⁸³

180 403 U.S. 15 (1971).

181 *Id.* à 16.

182 *Id.* à 24.

183 *Id.*

Os juízes não ofereceram às autoridades da Califórnia muito espaço para descrever as palavras censuradas como uma perturbação da paz ou como inerentemente ofensivas.¹⁸⁴

De forma semelhante, em *Olmedo v. Chile*,¹⁸⁵ o Estado chileno banuiu o filme *A Última Tentação de Cristo*. Mais precisamente, a Corte de Apelação de Santiago decidiu, e a Suprema Corte chilena confirmou, um mandado de segurança em nome da Igreja Católica contra o filme.¹⁸⁶ “A proibição da exibição do filme se apoiou na sua suposta ofensividade à figura de Jesus Cristo.”¹⁸⁷ A Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou a restrição “como uma censura prévia em violação da [liberdade de pensamento e expressão preservada] no Artigo 13 da Convenção [Americana].”¹⁸⁸ Depois disso, deduziu que “o Estado renegou as obrigações gerais de respeitar e assegurar os direitos marcados na Convenção e adaptar a ordem interna às disposições dela.”¹⁸⁹

Depois de verificar uma violação inequívoca sob a limitação normativa em prévias restrições à liberdade de expressão, a maioria gastou pouco tempo nas tentativas dos tribunais nacionais de caracterizar a situação como abominável ou nas tentativas do Poder Executivo de emendar a Constituição para banir toda censura. Os juízes expressaram estima e ressaltaram a importância da “iniciativa do governo de propor tal emenda constitucional.”¹⁹⁰ No entanto, observando que o descumprimento persistia,¹⁹¹ eles resolveram que “o Estado deve, dentro de um período razoável de tempo, modificar suas leis internas a fim de superar a restrição anterior e autorizar a exibição do filme... e deve, dentro de seis meses..., apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos um relatório sobre as medidas adotadas a este respeito.”¹⁹²

184 *Ver id.* à 22-23 (negando à “Califórnia” a autoridade de “extirpar... um particular epíteto grosseiro do discurso público, tanto sobre a teoria da corte descrita abaixo de que o seu uso é inerentemente provável de causar reação violenta quanto se baseando numa asserção mais geral dos Estados atuando como guardiões da moralidade pública.”)

185 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001).

186 *Id.* à 22 (¶ 60(e)).

187 *Id.* à 24 (¶ 61(h)).

188 *Id.* à 29 (¶ 71).

189 *Id.* à 36 (¶ 90).

190 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001), à 35 (¶ 89).

191 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001), à 35 (¶ 89).

192 *Id.* à 39 (¶ 4).

Legalmente, o direito à saúde proíbe um regime de negar tratamento médico a uma pessoa. Em *Instituto Rural Psiquiátrico v. Ministério da Saúde e Bem-Estar Social*,¹⁹³ por exemplo, várias clínicas processaram o governo venezuelano em razão deste se recusar a renovar seus contratos e assim atropelar o direito à vida e à saúde dos seus pacientes indigentes.¹⁹⁴ A Câmara Política e Administrativa da Suprema Corte da Venezuela concordou com os postulantes.

A decisão não deveria surpreender. Além do mais, o Estado não se importou com esses doentes mentais crônicos e indivíduos carentes e nem com as suas mais simples necessidades sanitárias. Ele contribuiu para a deterioração ao invés do melhoramento das suas condições.

Os juízes venezuelanos também expressaram grande “desaprovação da conduta deplorável do ministro”¹⁹⁵ relatando suas responsabilidades contratuais. A equipe ministerial admitiu “nunca ter intencionado rescindir os contratos.”¹⁹⁶ Além disso, assegurou, durante a litigância, “os fundos necessários” para a renovação, mas recusou a agir antes do julgamento de mérito.¹⁹⁷

Como consequência, a mais alta corte da Venezuela julgou as ações oficiais como uma afronta ao direito em questão e à conseguinte obrigação:

Na opinião deste Supremo Tribunal de Justiça, tal conduta não apenas ameaça abertamente os direitos à vida e à saúde dos doentes mentais em questão, uma vez que sem os recursos necessários, o Estado claramente não pode garanti-los de forma eficiente, mas torna-se um descumprimento inescusável da sua obrigação de velar estes cidadãos venezuelanos infortunados e abandonadas que nada podem fazer para melhorar sua situação.¹⁹⁸

Os juízes ordenaram, portanto, ao governo que contratasse novamente os requerentes e que pagasse pelos serviços prestados após a expiração dos contratos originais.¹⁹⁹

193 Rec. No. 14695 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1998), *translated & reprinted in* Oquendo, nota *supra* 1, à 354-361.

194 *Id.* à 355 (§ I).

195 *Id.* à 358 (§ IV(4.2)).

196 *Id.*

197 *Id.*

198 Rural Psych. Inst. Virgen del Rosario v. Min. Health & Soc. Wel., Rec. No. 14695 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1998), *translated & reprinted in* Oquendo, nota *supra* 1, à 358-359 (§ IV(4.2)).

199 *Id.* à 359 (§ IV(4.2)); *id.* à 360 (§ V(1-2)).

Mais uma vez, primeiro o tribunal constatou a contravenção de uma norma implícita. Depois, desprezou a “única” justificativa aduzida pelas autoridades: “falta de fundos.”²⁰⁰ Os juízes proclamaram que “a única opção moral e legal do Ministério, assim que os recursos se tornaram disponíveis, era ou estender os contratos existentes *sem demora ou desculpa* ou assinar novos contratos.”²⁰¹

Do mesmo modo, em *Vera Vera vs. Equador*,²⁰² o governo prendeu o requerente por roubo à mão armada e negou-lhe atenção médica pelo dano de uma bala que o atingiu antes da prisão e da qual ele finalmente morreu. A Corte Interamericana de Direitos Humanos verificou “que... o Estado não dispensou atendimento a tempo ao Sr. Pedro Miguel Vera Vera.”²⁰³ Concluiu, ainda, que “a série de omissões por parte das autoridades enquanto o levava em custódia constituiu negligência médica que resultou na sua morte e deve implicar responsabilidade internacional.”²⁰⁴

Os juízes unanimemente constataram uma clara violação “do direito a tratamento humano e do direito à vida,”²⁰⁵ os quais incorporam o direito à saúde. Em relação ao último desses direitos, a Comissão Interamericana denunciou especificamente o Princípio X dos Princípios e Boas Práticas na Proteção de Indivíduos Privados de Liberdade nas Américas: “Pessoas privadas de liberdade devem ter o direito à saúde, entendido como o gozo do mais possível nível de bem-estar físico, mental e social.”²⁰⁶ A decisão final do tribunal explica a interrelação entre todos os três direitos nos seguintes termos:

Os direitos à vida e à integridade pessoal são direta e imediatamente ligados com a atenção à saúde humana. A este respeito, o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os Direitos Econômicos e Sociais y Culturais afirma que todos têm o direito à saúde, entendida como o mais alto nível de bem-estar físico, mental e social e indica que a saúde é um bem público. [O] Estado tem o dever, como garante da saúde das pessoas sob sua custódia, para

200 *Id.* à 359 (§ IV(4.2)); *id.* à 360 (§ V(1-2)).

201 *Id.*

202 *Id.* à 32 (§ 75).

203 Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 224 (19 de maio de 2011).

204 *Id.*

205 *Id.* à 33 (§ 79). *See also* *id.* at 56 (§ 2) (Resoluções).

206 Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Pedro Miguel Vera Vera y Otros Contra la República de Ecuador, Caso 11.535, Inter-Am. Comm'n H.R., OEA/Ser. L/V/II, doc. 5 rev. (24 de fevereiro de 2010), à 13 (§ 39).

fornecer presos com exame médico regular, assim como cuidado e tratamento médicos apropriados sempre que necessário.²⁰⁷

A Corte comentou que “a negação de atenção médica adequada vai contra os requisitos materiais mínimos para um tratamento digno de um ser humano...”²⁰⁸

O governo sem dúvida se esquivou dos seus compromissos relacionados ao direito à saúde. Ele ignorou as circunstâncias médicas urgentes da vítima e materialmente contribuiu para a sua morte. Portanto, os juízes foram apropriadamente rigorosos com as autoridades.

Em todas essas quatro circunstâncias de decisão principiológica, o Estado poderia, teoricamente, ter alegado que eles estavam agindo politicamente. Ele poderia ter ido além da pura alegação de argumentar que estava na persecução de uma política pública nas duas primeiras controvérsias, para proteger a moral da comunidade e, nas outras disputas, salvar recursos de cuidados médicos para os cidadãos que respeitam a lei. Naturalmente, as autoridades teriam que provar não apenas que a estratégia política levantada realmente existiu como também, muito improvavelmente, que ela não teve, em si mesma, conflito com o princípio pertinente. De fato, elas teriam que na realidade demonstrar que eles não estavam problemáticamente assumindo a prerrogativa de determinar, com base nas suas particulares preferências ou preconceitos, quem deveria falar ou quem deveria receber cuidados médicos.

Nos casos analisados nessa seção até aqui, a sociedade civil e o Judiciário não mostraram muita flexibilidade *vis-à-vis* o Estado, e com razão. Eles identificaram uma norma vital e insistiram numa retratação, recusando a justificação das autoridades. Obviamente, destacar o princípio em questão e descobrir se uma violação ocorreu frequentemente demandam uma intensa deliberação e geram uma considerável contestação.

Algumas vezes, contudo, os direitos humanos necessitam de implementação por política pública. Sinalizam, então, por um entendimento diferente. Os cidadãos, juntamente com o Judiciário, devem de forma geral ceder às autoridades. Aqueles podem normalmente processá-los somente por abandono ou inconsistência.

207 *Vera Vera v. Ecuador*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 224 (19 de maio de 2011), à 19-20 (¶ 43).

208 *Id.* à 20 (¶ 44).

Em *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*,²⁰⁹ por exemplo, um operador de “uma estação de rádio da Pensilvânia, WGCB,”²¹⁰ desafiou a “doutrina de justiça” da Comissão Federal de Comunicações (FCC) que “por vários anos impôs aos operadores de rádio e televisão o requerimento de discutir questões públicas apresentadas em estações de difusão, ... de cobrir cada lado daquelas questões igualmente cobertas e de destinar o mesmo tempo a todos os candidatos qualificados para cargos públicos,” especialmente quanto “a ataques pessoais no contexto de questões públicas controversas.”²¹¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos isentou as autoridades do caso de terem limitado a “liberdade de expressão e de imprensa.”²¹²

O mais alto tribunal federal unanimemente sustentou “que o Congresso e a Comissão não violaram a Primeira Emenda ao requerer que uma rádio ou televisão dessem tempo de resposta a ataques pessoais e a editoriais políticos.”²¹³ Também afirmou que:

Não há nada na Primeira Emenda que impeça o governo de requerer que um licenciado compartilhe sua frequência com outros e se conduza como representante ou fiduciário com obrigações de apresentar essas visões e vozes que são representativas da sua comunidade, as quais iriam, de outro modo, ser silenciadas.²¹⁴

Em outras palavras:

Não viola a Primeira Emenda tratar os licenciados, dado o privilégio de usarem radiofrequências escassas, como representantes de toda a comunidade, como sendo obrigados a dar tempo e atenção adequados a assuntos de grande interesse público. Condicionar a concessão ou renovação de licenças na intenção de apresentar visões representativas da comunidade sobre questões controversas é consistente com os fins e propósitos das disposições constitucionais que proíbem a limitação da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.²¹⁵

De forma não surpreendente os juízes permitiram ao governo um amplo espaço de manobra:

209 395 U.S. 367 (1969).

210 *Id.* à 371.

211 *Id.* à 369-370.

212 *Id.* à 386.

213 *Id.* à 396.

214 *Red Lion*, 395 U.S. à 389.

215 *Id.* à 394.

Ao invés de entregar monopólios de frequência num relativamente pequeno número de licenças, numa nação de 200,000,000, o governo certamente deveria decretar que cada frequência poderia ser compartilhada entre todos ou alguns daqueles que desejarem usá-lo, sendo cada um responsável por uma porção diária ou semanal. A decisão e regulamentos em questão não vão muito longe. Eles determinam que sob circunstâncias específicas um licenciado deve tornar disponível uma razoável quantidade de tempo àqueles que têm uma visão diferente daquela que já foi expressa na estação. A expressão de um apoio político, ou de um ataque pessoal quando se tratar de uma questão pública controversa, simplesmente aciona esse compartilhamento de tempo.²¹⁶

A decisão vai ao ponto de afirmar que as autoridades, além de exercerem a sua prerrogativa de lançar uma política neste domínio, protegem direitos essenciais da sociedade. Afirma:

que o povo como um todo retém seu interesse na liberdade de expressão na rádio e seu direito coletivo a ter uma função de mídia consistente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. É o direito de telespectadores e ouvintes, não o direito dos difusores, que é principal.²¹⁷

A decisão a seguir especifica a natureza desse direito coletivo: “É o direito do público a receber adequado acesso a ideias sociais, políticas, estéticas, morais e outras, além de experiências que é crucial aqui. Esse direito não pode ser constitucionalmente abreviado nem pelo Congresso, nem pela FCC.”²¹⁸

Nessa área, o governo federal goza de ampla, mas não ilimitada, liberdade. Como exemplo disso, a Suprema Corte enunciou a sua disposição em reanalisar este caso no futuro caso seja encontrada prova de “auto censura” ou de omissão de “questões públicas controversas”, como resultado de regulações oficiais.²¹⁹ Anunciou que, “se a experiência com a administração dessas doutrinas indica que estas têm o efeito líquido de reduzir em vez de aumentar o volume e a qualidade da cobertura, haverá tempo adequado para reconsiderar as implicações constitucionais.”²²⁰ Os juízes ainda indicaram, assim, que a política seria então contra-

216 *Id.* à 390-391.

217 *Id.* à 390.

218 *Id.*

219 *Red Lion*, 395 U.S. à 393.

220 *Id.*

producente e que mereceria repúdio. Além disso, eles teriam decidido contra o governo se tivessem descartado, como falsa, a premissa tecnológica da escassez de frequências.²²¹

Numa nota similar, o parecer consultivo da Corte Interamericana no Reforço do Direito à Resposta ou Correção detalha como o Estado deve implementar o direito à resposta em programas ou publicações que ou distorçam fatos ou que causem ofensa.²²² O Artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos diz que: “Qualquer sujeito afetado por afirmações imprecisas ou ofensivas além de ideias disseminadas ao público por uma mídia regulada de comunicação tem o direito de resposta ou de fazer uma correção usando o mesmo meio de comunicação, sob as condições que a lei estabelecer.”²²³ Consequentemente, o tratado implica a obrigatoriedade do direito de resposta. No entanto, concede flexibilidade às autoridades, desde que elas expressamente assegurem o direito “nas condições que a lei estabelecer.”²²⁴

Em 1985, a Costa Rica pediu que a Corte Interamericana expusesse os princípios e as políticas públicas, por assim dizer, relacionados ao direito de resposta. Em particular, levantou, *inter alia*, as seguintes indagações: (1) “O direito exposto no Artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por força própria, garante o seu livre e total exercício dentro da jurisdição da Costa Rica?”²²⁵ e (2) “O Estado da Costa Rica tem uma obrigação internacional... de adotar, de acordo com o seu próprio procedimento constitucional, medidas legislativas ou outras necessárias para o efetivo exercício do direito de resposta ou correção sob o Artigo 14 da Convenção?”²²⁶

221 *Ver id.* à 396 (“É argumentado que na hipótese de o governo escolher aqueles que melhor serviriam ao interesse público aos que dão voz a opiniões diferentes, dado que as frequências disponíveis para todos que as querem utilizar são escassas; ou mesmo dando acesso direto aos estúdios de *broadcast*; essa condição não mais prevalece, o que não justifica um controle contínuo.”); *id.* à 400-401 (“Em vista da escassez de frequências de *broadcast*,... nós mantemos a regulação e a presente decisão está amparada tanto pelo estatuto quanto pela Constituição.”).

222 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de agosto de 1986).

223 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 14(1).

224 *Id.*

225 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de agosto de 1986), à 3 (¶ 13).

226 *Id.* à 4 (¶ 16).

O tribunal não hesitou em reforçar a natureza vinculativa do direito. Sublinhou que “o Artigo 14(1) da Convenção postula um apoio internacional ao direito de resposta ou correção. Os Estados-parte têm uma obrigação de respeitar esse direito e de garantir o seu livre e total exercício a todos dentro da sua jurisdição.”²²⁷ De forma mais geral, “a Convenção busca o reconhecimento dos direitos e liberdades das pessoas e não simplesmente autorizar os Estados a fazê-lo.”²²⁸ Os juízes repudiaram a visão de que o Artigo 14 “meramente autoriza os Estados-parte a introduzir o direito de resposta ou correção na lei, mas que não os ordena a realizá-lo”.²²⁹

No entanto, a maioria concedeu às autoridades uma liberdade significativa sobre os detalhes. Explicou que o Artigo 14 “demanda o estabelecimento de condições para o exercício do direito de resposta ou correção pelos meios da ‘lei’, cujo conteúdo pode variar de um Estado para o outro, dentro de certos limites razoáveis e dentro da essência dos princípios afirmados pela Corte.”²³⁰ Os juízes ainda esclareceram que o governo deve agir discretamente nesta estrutura que se baseia nos princípios desses direitos.

De qualquer modo, o tribunal insistiu na compatibilidade da sua construção contextual com a eficácia do reforço do direito: “O fato de que Estados podem definir as condições para o exercício do direito de resposta ou correção não impede a exigibilidade, sob o direito internacional, das obrigações contraidas.”²³¹ “Como consequência, se, por qualquer razão, o direito de resposta ou correção não puder ser exercido por ‘qualquer pessoa’ dentro da jurisdição de um Estado Parte, a violação da Convenção aconteceria; suscetível a ser denunciada perante os órgãos de proteção previstos.”²³²

Do mesmo modo, as autoridades devem implementar o direito à saúde através de política pública. Devem, assim, ter bastante liberdade de ação. Mais uma vez, pode-se condenar o governo somente se não aprovar quaisquer medidas ou se proceder arbitrariamente.

227 *Id.* à 9 (¶ 2A).

228 *Id.* à 6-7 (¶ 24).

229 *Id.* à 6 (¶ 23).

230 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de Agosto de 1986), à 7 (¶ 27).

231 *Id.* à 7 (¶ 28).

232 *Id.* à 7 (¶ 28).

Em *Del Valle Bermúdez v. Ministério da Saúde e Bem-Estar Social*,²³³ por exemplo, a Suprema Corte venezuelana analisou a política nacional oficial relacionada ao vírus da imunodeficiência humana (HIV) e a adquirida síndrome de imunodeficiência (AIDS). Nela, a Corte ofereceu às autoridades uma respeitável margem para erro. Como o Eixo Bolivariano diria, o Estado possui maior *expertise* e legitimidade para agir nesse domínio.

O tribunal mais alto da Venezuela primeiro verificou se a “recusa [do Ministério] em suprir pacientes com HIV/AIDS com medicações... necessárias ao tratamento da doença” colidiu com o direito à saúde.²³⁴ Curiosamente, essa questão parece tocar apenas no princípio. Parece não diferir muito da questão central à *Instituto Rural Psiquiátrico e Vera*. Em outras palavras, a recusa de atenção médica significou uma violação ao direito à saúde das vítimas?

De fato, os juízes venezuelanos em *Del Valle Bermúdez* inicialmente realizaram o inquérito de forma semelhante às decisões analisadas nos casos vistos. Raciocinaram que “o Estado falhou em cumprir seu dever” sobre “o direito à saúde” porque ele não “administrou correta e regularmente medicações para pacientes com HIV/AIDS.”²³⁵ Como resultado, o Ministério recebeu uma ordem judicial “para entregar regular e periodicamente,” todos os medicamentos prescritos,²³⁶ “realizar ou pagar por testes especializados [e outros]”²³⁷ e fornecer “todos os medicamentos para o tratamento de infecções oportunistas....”²³⁸

Não obstante, a Corte Suprema mudou de caminho rumo ao centro da arena política. Primeiro, tornou sua decisão aplicável não somente aos requerentes mas também a outros cidadãos venezuelanos indigentes sofrendo “de HIV/AIDS” e em “necessidade de tratamento.”²³⁹ Segundo, compeliu as autoridades a “desenvolverem uma política de informação, tratamento e razoável assistência médica a favor dos requerentes”²⁴⁰ e, presumivelmente, a todos os outros indivíduos em situação semelhante.

233 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 363-374.

234 *Id.* à 364.

235 *Id.* à 367-368.

236 *Id.* à 372-373 (§ 1).

237 *Id.* à 373 (Decisão (2)).

238 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 373 (§ 4).

239 *Id.* à 372. Ver também *id.* à 374 (§ 3).

240 *Id.* à 373 (§ 4).

Finalmente, o tribunal destacou que, em razão da falta de uma cura conhecida e dos “altos” custos do tratamento, “a batalha contra a doença deveria focar na prevenção.”²⁴¹ Nessa frente, as autoridades prepararam “5000 folhetos,” distribuíram “100,000 preservativos,” cooperou com diversas organizações cívicas contra a AIDS e lançou uma campanha pelo “sexo seguro”.²⁴² Os juízes polidamente louvaram “essas medidas” como “uma iniciativa positiva que deveria continuar e ser intensificada,”²⁴³ mas no fim as consideraram insuficientes.

A Suprema Corte, conseqüentemente, aconselhou “que para um programa nacional de prevenção, a política que o Estado assumira a este respeito deve desenvolver seguindo as seguintes linhas...”²⁴⁴

- Programas educacionais dirigidos a grupos vulneráveis como adolescentes, casais em conflito etc.
- Informação massiva à comunidade sobre a doença, suas causas, o modo de transmissão e prevenção.
- Elaboração de um plano nacional para facilitar o diagnóstico a preço acessível possível por meio das instituições médicas do Estado.²⁴⁵

Os juízes ainda observaram:

Cada um desses programas requer uma preparação e uma performance especial, tendo em conta vários aspectos, tais como: informações gerais sobre a doença, uso adequado de preservativos, uso de injeções e agulhas estéreis quando se utilizarem drogas, intervenção específica quanto aos grupos mais vulneráveis, trabalho contínuo a nível da comunidade, aconselhamento conjugal.²⁴⁶

A Suprema Corte terminou a sua delimitação das responsabilidades do réu nos seguintes termos:

241 *Id.* à 370 (Analysis (Right to Health, Life, and Access to Science and Technology)).

242 *Id.* à 370.

243 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, *supra* note 1, at 370.

244 *Id.*

245 *Id.* à 370-371.

246 *Id.* à 371.

Para este fim, o Ministério da Saúde e Bem-Estar Social deve fazer um estudo real do que são as necessidades mínimas prioritários exigidos por esses pacientes e dos programas para evitar as taxas de crescimento de infecção. . . . Além do mais, deve apresentá-lo ao Presidente da República, em Conselho de Ministros, para ser tomado em consideração na elaboração das orientações gerais para a formulação do Projeto de Lei do Orçamento para o próximo ano fiscal.²⁴⁷

Ao final foi expressamente ordenada a realização de tal pesquisa. Foi afirmado: “O objetivo deve ser o desenvolvimento de uma política preventiva de informação, conscientização, educação e assistência integral a favor das pessoas infectadas com HIV/AIDS.”²⁴⁸

Em tais questões políticas, os juízes obviamente devem submissão ao governo. Como resultado, estão vinculados a validar qualquer plano oficial não-arbitrário. No entanto, o tribunal finalmente condenou autoridades por causa da sua inabilidade ou relutância em formular qualquer estratégia. Ainda as instruiu a caminhar naquela direção e delineou amplos parâmetros.

Apesar de ordenar um plano a longo prazo para tratar vítimas de HIV/AIDS e conter o avanço da doença, a decisão deixa os detalhes para o governo. A orientação realizada permite as autoridades a trabalharem sozinhas, por exemplo, para cuidar de pacientes, educar indivíduos sobre o risco de infecção, informar a população em geral, oferecer diagnósticos baratos, capitalizar com os meios e informações disponíveis, elaborar o relatório requisitado e assim em diante.

Tendo exposto a ausência de uma estratégia oficial, os juízes demonstraram pouca paciência para a alegação estatal de que, devido a limitações orçamentárias, foi “impossível financiar o tratamento em questão para a totalidade das pessoas que sofrem de HIV/AIDS.”²⁴⁹ Eles obrigaram o governo a realizar os ajustes necessários no orçamento com o objetivo de manter os seus compromissos constitucionais.²⁵⁰ A Suprema Corte alertou que não tinha opção a não ser “salvaguardar os direitos dos requerentes à saúde e à vida” e “reforçar o dever do Estado de garantir cuidados médicos.”²⁵¹

247 *Id.*

248 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 373-374 (Writ of Protection (3)).

249 *Id.* à 368 (Analysis (Right to Health, Life, and Access to Science and Technology)).

250 *Id.* à 369-370, 373.

251 *Id.* à 368.

De forma subsequente a *Del Valle Bermúdez*, o judiciário venezuelano tem fundamentalmente mantendo esse cuidado com a crise da AIDS.²⁵² Em toda América Latina, as cortes têm em regra lidado com tais pedidos de modo equivalente.²⁵³ No entanto, alguns tribunais da região têm se mostrado menos receptivos. Em contrapartida, os requerentes têm se direcionado e prevalecido em fóruns transnacionais.²⁵⁴ A discussão agora irá concentrar, no seu último caso, em cinco petições.

Incapaz de persuadir a Corte Suprema do Chile numa tentativa prévia, pacientes de HIV/AIDS trouxeram a sua questão para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e obtiveram uma liminar.

Na sua comunicação de 20 de Novembro de 2001, a Comissão chamou à atenção do Estado chileno que as pessoas listadas precisavam de cuidados de urgência básicos das instituições estatais para acessar o medicamento necessário para o tratamento. Portanto, solicitou que ele tomasse medidas urgentes para que o acesso aos medicamentos indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos em questão, bem como os exames médicos para avaliar regularmente a sua saúde.²⁵⁵

A medida cautelar rapidamente produziu resultados concretos. “Em 5 de dezembro de 2001, o Estado descreveu as etapas preliminares tomadas pelo Ministério da Saúde. Ele reportou que Juan Pablo Améstica, Manuel Orlando Farías e Náyade Orieta Rojas Vera estavam recebendo medicação, além de exames correntes em hospitais públicos para monitorar suas condições físicas.”²⁵⁶

252 *Ver de forma geral* Oquendo, nota *supra* 1, à 375-380. A última instância da Venezuela decidiu o caso *Del Valle* em 1999, durante o primeiro ano de Hugo Chávez na presidência. A Constituição venezuelana fundou uma nova Corte Suprema (*Tribunal Supremo de Justicia*) cujos juízes logo confrontaram adicionais pedidos de pacientes de AIDS. Em *Glenda López v. Instituto Venezolano para a Seguridad Social translated & reprinted in id.* à 375-379, alguns beneficiários, representados pelo mesmo grupo de advogados de anteriormente, processou o Instituto para Seguridad Social por este ter falhado em pagar e distribuir remédios para AIDS. A Câmara Constitucional ressoou o tribunal anterior opinando que o réu haiva “violação do direito à saúde, ameaçado o direito à vida, e o direito ao benefício do progresso tecnológico e científico.” *Id.* à 376 (Considerations (II)). Em 2002, a Câmara Constitucional confrontou uma virtualmente idêntica ação em *Instituto Venezolano para a Seguridad Social*. Não surpreende que o tribunal endossou “o julgamento do caso Número 487 de 06 de abril de 2001 (o caso *Glenda López*).” *Id.* à 380.

253 *Ver de forma geral id.* à 380-386.

254 *Ver id.* à 384-385.

255 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2001 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2001, (b) Chile) OEA/Ser. L/V/II.114, doc. 5 rev. (2002), à 1 (¶ 12).

256 *Id.*

Vítimas de HIV/AIDS de El Salvador também recorreram à Comissão Interamericana.²⁵⁷ Elas obtiveram medidas preliminares em 29 de fevereiro de 2000.²⁵⁸ Em 26 de junho de 2000, o Corpo de Diretores do Instituto de Seguridade Social de El Salvador autorizou a administração de terapia tripla de antiretroviral para pacientes HIV-positivo e de AIDS.²⁵⁹ Os Comissários admitiram a petição em 2001.²⁶⁰ Eles elaboraram equivalentes injunções preliminares em favor de requerentes da Bolívia e Equador em 2002 e da Guatemala em 2005.²⁶¹

Pra ser mais exato, no caso *Cuscul Pivaral v. Guatemala*, que admitiu o pedido do requerente, reconheceu que “o direito à saúde,” como um direito à ação “curativa” e “preventiva”, meramente aponta “uma obrigação que exige um cumprimento progressivo.”²⁶² Todavia, a decisão alerta, do mesmo modo, que “existem ao menos duas situações de exigibilidade imediata.”²⁶³ “O primeiro suposto é o da não-discriminação, no sentido de que o Estado não pode garantir o direito à saúde de maneira discriminatória.”²⁶⁴ O segundo suposto se apresentar quando há um grave ou iminente risco de perda de vidas humanas, cujo dever de garantia corresponde ao Estado.”²⁶⁵ Os Comissários disseram que a disputa em questão recaía na última categoria e, conseqüentemente, concordaram em acolher o mérito do pedido.”²⁶⁶

Inquestionavelmente, a Comissão estava contemplando o Artigo 26 da Convenção Americana no qual os “Estados Partes comprometem-se a . . . conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos” econômicos, sociais e

257 *Miranda Cortez vs. El Sal.* (Caso 12.249), Inter. Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 29/01, OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001).

258 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2001 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2000, (j) El Salvador) OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001) à 4 (¶ 30).

259 *Id.*

260 *Miranda Cortez vs. El Sal.*, Caso 12.249, Inter. Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 29/01, OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001), at 9 (Decision) (¶ 1).

261 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2002 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2002, (b) Bolivia & (h) Ecuador) OEA/Ser. L/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2003), à 2 (¶ 13), 9 (¶ 52); *Cuscul Pivaral vs. Guat.*, Pet. 642-03, Inter-Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 32/05, OEA/Ser. L/V/II.124, doc. 5 (2005).

262 *Id.*, à 9 (¶ 42).

263 *Id.*, à 9 (¶ 43).

264 *Id.*

265 *Id.*, à 9 (¶ 44).

266 *Cuscul Pivaral vs. Guat.*, Pet. 642-03, Inter-Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 32/05, OEA/Ser. L/V/II.124, doc. 5 (2005), à 9 (¶ 44).

culturais “na medida dos recursos disponíveis.”²⁶⁷ Isso concedeu, portanto, às autoridades ampla liberdade de ação em tais matérias de política pública. No entanto, os Comissários mantiveram o governo pressionado já que isso estava colocando seriamente em risco a sobrevivência dos requerentes.

Mesmo que as autoridades não tenham que concretizado instantaneamente o direito à saúde, elas têm que elaborar um respeitável programa para a sua realização gradual. As cortes podem corretamente responsabilizar o Estado pela sua obrigação. Além disso, devem adotar sanções na hipótese de inação ou arbitrariedade estatal.

Cuscul Pivaral parece presumir que as autoridades não desenvolveram nenhuma estratégia relacionada à doença. Assim, lembra *Del Valle Bermúdez* no que concerne à ordem preliminar de administrar a medicação prescrita como enquanto as autoridades colocam seus planos de longo prazo em ação. Sob esse ponto de vista, ambos casos fazem uma determinação de política de curto prazo na expectativa de que o governo irá eventualmente estabelecer o curso permanentemente.

Em contraste, os tomadores de decisão em cada uma dessas duas controvérsias provavelmente não teriam tido objeções se o Estado tivesse negado medicação como parte de uma bem pensada alocação de recursos. Por exemplo, caso as autoridades tivessem priorizado doenças mais difundidas, como câncer, ou com maiores chances de cura ou com tratamento mais barato, como malária, e aprovado apenas parte do financiamento da terapia para AIDS. Analogamente, elas poderiam ter alocado o dinheiro escasso do HIV/AIDS àqueles que, *ceteris paribus*, se beneficiariam mais, em outras palavras, os jovens. Mesmo que o órgão jurisdicional acreditasse que essas escolhas estavam equivocadas, provavelmente as teria confirmado.

No entanto, os juízes não devem conceder ao governo *carta branca* sobre qualquer plano que possa ser elaborado. Por exemplo, eles poderiam rejeitar, como insuficientes do ponto de vista do direito à saúde, qualquer programa de AIDS que atende ao tratamento da doença, mas não à prevenção. O tribunal de *Del Valle Bermúdez* teria certamente considerado esse tipo de estratégia irremediavelmente contraproducente e, como tal, inaceitável. Os Comissários Interamericanos teriam talvez reagido identicamente.

Obviamente, o Estado deve suportar um pesado *onus probandi* quando alega estar corretamente ocupando a esfera da política. As cortes devem corroborar isso afirmando que o regime tem honrado o princípio em jogo e que a política oficial

267 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 26.

geralmente cumpre com a norma correspondente. Isso pode muito bem gerar polêmica de qualquer das extremidades.

Quando cidadãos se direcionam a tribunais nacionais e internacionais para fazer valer os direitos humanos, eles podem parecer agir de forma não democrática. No entanto, eles essencialmente se engajam na democracia participativa na medida em que resolvem os assuntos por si mesmos ao invés de depender dos seus representantes. Claro, o objetivo não deveria ser começar um debate paralelo sobre política, mas unicamente garantir que o Estado permaneça dentro dos limites delineados pelos direitos das pessoas. Além disso, as cortes devem oferecer o benefício da dúvida ao governo, ao menos em relação às questões de políticas públicas.

Os juízes internacionais possuem um papel diferente daquele das suas contrapartes nacionais. Devido à distância geográfica e cultural eles devem se comportar de forma mais cautelosa em relação às autoridades. De qualquer modo, se aplicam no caso normas especiais tanto processuais quanto materiais que ordinariamente impõem, direta ou indiretamente, tal dever de prudência.²⁶⁸

Conseqüentemente, o bloco bolivariano pode legitimamente postular que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve dar liberdade a Estados e governos signatários, em geral, no que concernir à política, ao contrário do que for normativo. Segundo, a Comissão, assim como a Corte, deve dar crédito à corajosa cruzada em favor dos direitos à igualdade, dignidade, saúde, moradia e diversidade cultural. Finalmente, deve meticulosamente evitar sugerir que esses direitos importem menos que outros, como a liberdade de expressão.

Todavia, as nações descontentes não deveriam contar com apoio irrestrito dos judiciários nacionais ou supranacionais. Pelo contrário, s devem aceitar que estes as investiguem e confrontem. Nas palavras de Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do Centro para Justiça e Direito Internacional: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos,” assim como a Corte, “deve continuar a incomodar os governos; isso é um sinal de que está fazendo o seu trabalho.”²⁶⁹

Os tribunais não devem operar como um ministério e, muito menos, como um lacaio do governo. Além disso, não precisam seguir a linha oficial para o bem da consistência ou integridade da política de Estado. Enquanto o Judiciário não

268 Por exemplo, a Comissão e Corte Interamericana devem ordinariamente, como discutido na Seção I(B), *supra*, não admitir um pedido caso o requerente não tenha exaurido as instâncias nacionais.

269 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012) (citando Viviana Krsticevic).

tem de conter ou contrabalançar as autoridades eleitas, ele deve pontualmente efetivar os direitos a pedido dos seus detentores. Deve empreender uma sondagem mais exigente em princípios e mais relaxada em políticas públicas, mas não pode abdicar completamente de suas responsabilidades em qualquer frente.

Inevitavelmente, juízes e oficiais de Estado entrarão em conflito sobre direitos humanos. Sob o plano de fundo proposto, irão geralmente discordar se um caso particular se apoia em princípio ou política pública, no quê os princípios relevantes necessitam, assim como em quais programas de implementação se qualificam como *bona fide* ou sensíveis. O governo irá provavelmente acusar as cortes de sempre decidirem baseados em princípios, de uma ilegítima interpretação de princípio de forma muito ampla, e de classificar injustamente as estratégias políticas como mera vaidade. Embora o esquema conceitual desenvolvido aqui certamente não erradique tais conflitos institucionais, ele pode ajudar a compreendê-los.

CONCLUSÃO

■ Este trabalho tanto interpretou quanto avaliou as chamadas objeções “bolivarianas” ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, as interpretou como sendo primordialmente não uma reivindicação de soberania ou uma declaração de insatisfação com a tomada de decisão institucional, mas sim um apelo à politização dos direitos humanos. Essa interpretação encontra suporte geral nas evidências disponíveis e torna o desafio geral ainda mais interessante.

Segundo, este artigo avaliou e questionou a solidez filosófica de uma tentativa de politizar os direitos em jogo. Ele se recusou, no entanto, a responder com a afirmação de que os direitos humanos dependem essencialmente de princípios, e não de política pública. A discussão pelo contrário insistiu que os direitos humanos possuem tanto um componente político quanto normativo. Concluiu que os tribunais devem se submeter quando tratar do primeiro, mas não quando se referir ao último, e ilustrou essa conclusão por meio de uma série de casos nacionais e internacionais que tocam sobre princípios e políticas públicas em torno à liberdade de expressão e ao direito à saúde.

Consequentemente, o bloco dissidente tem afirmado corretamente que os Estados merecem uma quantidade considerável de margem de manobra não apenas por serem os signatários dos tratados pertinentes, mas também por serem entidades com maior experiência e legitimidade em questões políticas. Além disso, ele tem protestado corretamente que o Judiciário não deve desprezar, de forma

ideologicamente estreita, os fortemente politizados direitos de segunda geração; nem regimes que se concentram nesses direitos. Na verdade, à medida que as autoridades intensificam seu engajamento em nome de um direito humano de qualquer espécie, elas normalmente mergulham mais profundamente no campo da política e assim ampliam sua margem de discricção.

Todavia, os juízes globais e locais não devem dar *carta branca* ao governo. Eles devem responsabilizar o Estado caso este proceda de forma arbitrária bem como caso não consiga realizar algum programa básico e essencial. De qualquer forma, um tribunal deve examinar rigorosamente e sancionar severamente as autoridades se atropelarem o princípio subjacente a um direito específico.

Os juízes não devem se sentir compelidos a endossar a linha oficial. Ao contrário de um ministério de governo ou de uma agência administrativa, eles não têm nenhum dever de aliança com a administração no poder. Pelo contrário, um tribunal deve se ater tenazmente a normas de direitos humanos e investigar prudentemente qualquer política proposta. Não precisa se opor nem mesmo conter as autoridades, mas deve investigar de forma independente.

Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua podiam, por sua parte, estar arguindo que estão majoritariamente buscando justiça social, que presumivelmente prevalece sobre os direitos humanos. No entanto, o exercício de tais direitos geralmente contribui ou, ao menos, auxilia tal propósito. Sob extremas circunstâncias, estes apenas não se colocam no seu caminho.

Significantemente, nenhuma das determinações contestadas tem partido dum choque entre o esforço para construir uma sociedade justa e a obrigação de honrar os direitos humanos. De fato, outros países latino-americanos, como Brasil, Chile, El Salvador e Uruguai têm também progressivamente se comprometido com esta sem notar qualquer tensão com aquele. Como resultado, têm optado por sustentar, ao invés de desafiar, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, evidentemente vendo-o como capaz de acomodar substancial diversidade ideológica.

Por fim, alguém ainda pode resistir à tentação de conceber os direitos humanos como sendo exclusivamente principiológicos ou políticos. No entanto, inevitavelmente possuem as duas características. Mais uma vez, as autoridades devem ter considerável, embora não absoluta, liberdade de ação quanto à dimensão política e quase nenhuma à principiológica.

De fato, o Eixo Bolivariano e seus inimigos convergem não apenas em rejeitar essa posição, mas também em abraçar uma sorte de utopia em relação aos direitos humanos. Neste sentido, esperam uma harmonia permanente entre o juiz e o Estado. Somente discordam se aquele deve ceder a este – especialista em política

pública –, ou o contrário, na medida em que a competência do Judiciário reside na interpretação das normas. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos irá inevitavelmente estagnar a não ser que ambos os lados aprendam a viver em constante conflito na aplicação dos mencionados direitos e, em última instância, entre si.

ÁNGEL R. OQUENDO · Catedrático George J. e Helen M. England Professor de Direito, Universidade de Connecticut; Professor Visitante do Exterior da CAPES, Universidades Estadual e Federal do Rio de Janeiro; Professor Visitante da DAAD, Universidade Livre de Berlin. Ph.D., M.A. (Filosofia), A.B. (Economia e Filosofia), Harvard University; J.D., Yale Law School.