

Seminários de Pesquisa de Doutorado – 2º/2020

Linha de Pesquisa

DIREITOS HUMANOS, PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

DIREITOS HUMANOS, INTEGRAÇÃO E ESTADO PLURINACIONAL ECONOMICA DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS



ANDREY PHILIPPE DE SÁ BAETA NEVES – O PASSADO COMO DIREITO E O FUTURO DO DIREITO INTERNACIONAL: premissas teóricas para a proposição dos direitos da Natureza

LAURA CAMPOLINA MONTI – DIREITOS HUMANOS: Conceito, posição e efetividade.

NATIELLI EFIGÊNIA MUCELLI REZENDE VELOSO – O direito ao devido processo perante o tribunal penal internacional

O PASSADO COMO DIREITO E O FUTURO DO DIREITO INTERNACIONAL: premissas teóricas para a proposição dos direitos da Natureza

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves

Orientador: Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant

A primeira parte desta pesquisa tem como objetivo propor a Natureza como sujeito de direito internacional. Dentre as consequências dessa proposição, ocupo-me, primeiramente, do ponto de vista teórico, sobretudo no que diz respeito à noção de personalidade jurídica e a capacidade de adaptação do direito internacional. Portanto, significa, de um lado, questionar a adequação da noção de personalidade jurídica, em que se pressupõe – e se atribui – a capacidade de ser titular de direitos e contrair obrigações, e de outro, a capacidade de o direito internacional em se adaptar ao recepcionar a Natureza em seu rol de sujeitos.

Para tanto, aliada às investigações sobre as expressões jurídicas já existentes sobre os direitos da Natureza, tenho me ocupado em analisar a adaptabilidade do direito internacional, isto é, os seus percursos históricos.

Conforme sustenta Lesaffer (2007), a volta à história é recorrente em momentos críticos de transformações, estando ligada aos questionamentos sobre os fundamentos do direito. De fato, diversos autores de perspectivas diferentes tem acentuado a importância do estudo histórico para o desenvolvimento do direito internacional. No entanto, conforme adverte Koskeniemi (2008; 2014) a historiografia apresenta tantos desafios metodológicos quanto a ciência jurídica. Implica dizer que, concorrentemente aos problemas típicos da história – sobre a dualidade entre *continuum* e mudanças, finalidade e métodos da pesquisa historiográfica – surge ainda o problema da oposição entre a pluralidade de fatores que compõem o passado e a inevitável adoção de uma perspectiva (BLOCH, 2001; FISHER III, 1997; ONUMA, 2000).

Por essa razão, considerando o estado da arte da matéria e o objetivo desta pesquisa, tenho procurado delimitar e justificar a perspectiva adotada à luz dos elementos mencionados, afinal “[...] diferentes problemas [...] requerem diferentes métodos, e postular diferentes questões sempre produzirá diferentes respostas” (MCMAHON; MOYN, 2014, p. 11, tradução nossa).

Como resultado disso, assumo a perspectiva da chamada história intelectual, considerando ainda as críticas já formuladas a esta perspectiva sobre a história do direito internacional, como aquelas postuladas por Hueck (2001). Em termos de método de

abordagem, investigo as divergências entre a teoria contextualista, conforme postulada por autores como Pocock (2013), Skinner (1969), Lessafer (2007), dentre outros, e a teoria textualista, chegando enfim, à proposição de se considerar o passado como direito (KOSKENIEMMI, 2014; ORFORD, 2012; 2013; 2015) no sentido de que o passado – ou o discurso sobre o passado – exerce autoridade, cria obrigações, molda a consciência jurídica, e enfim, se apresenta como uma tradição (GORDON, 1984; 1996, HOBBSAWN, 2000; KENNEDY, 1975).

Assim, reconhecendo que o valor de cada método não possa ser determinado em abstrato (FISHER III, 1997), adoto uma concepção do estudo histórico que “[...] serve para indagar ou mesmo romper com tradições estabelecidas, auxiliando o direito internacional a repensar os seus próprios fundamentos [...]” o que possibilita imaginar diferentes alternativas para o presente e o futuro (GALINDO, 2015, p. 352; KOSKENIEMI, 2008; 2014).

A intenção, portanto, alia-se à proposição de Benjamin (2012, p. 245) de “escovar a história a contrapelo”, no sentido de desnaturalizar os discursos históricos ao compreender “[...] criticamente a canonização como um processo histórico através dos quais os textos são feitos [...] para servir a interesses hegemônicos [...]” (LACAPRA, 1992, p. 435, tradução nossa).

Enfim, com essa articulação entre história e teoria, prezando-se pela transparência metodológica, é possível investigar a necessidade da noção corrente de personalidade jurídica, entendida como elemento constitutivo do direito internacional em contraponto à possibilidade de adaptação ao se reconhecer a Natureza como sujeito de direito internacional.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 8. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, o Ofício de historiador**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

FISHER III, William W. Texts and contexts: the application to American legal history of the methodologies of intellectual history. **Stanford law review**, [Stanford-CA], v. 49, n. 5, p. 1065-1110, May 1997.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional?. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015.

- GORDON, Robert W. Critical legal histories. **Stanford law review**, [Stanford-CA], v. 36, n. 57, p. 57-125, Jan. 1984.
- GORDON, Robert W. The struggle over the past. **Cleveland state law review**, [Cleveland], v. 44, n. 2, 1996.
- HOBBSAWN, Eric. Introduction: inventing traditions. *In*: HOBBSAWN, Eric; RANGER, Terence (ed.). **The invention of tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1-14.
- HUECK, Ingo J. The discipline of the history of international law: new trends and methods on the history of international law. **Journal of the history of international law**, [*S. l.*], v. 3, issue 2, p. 194-217, Jan. 2001.
- KENNEDY, Duncan. Legal consciousness. *In*: KENNEDY, Duncan. **Rise and fall of classical legal thought**. [unpublished manuscript] Cambridge, 1975, p. 7-36. Disponível em: <https://duncankennedy.net>. Acesso em: 17 set. 2020.
- KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. 5th printing. New York: Cambridge University Press, 2008.
- KOSKENNIEMI, Martti. Vitoria and us: thoughts on critical histories of international law. **Rechtsgeschichte legal history**, [*S. l.*], Rg. 22, p. 119-138, 2014.
- LACAPRA, Dominick. Intellectual history and its ways. **The American historical review**, [*s. l.*], v. 97, n. 2, p. 425-439, Apr. 1992.
- LESAFFER, Randall. International law and its history: the story of an unrequited love. *In*: CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (eds.). **Time, history and international law**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 27-42.
- MCMAHON, Darrin M.; MOYN, Samuel. Introduction: interim intellectual history. *In*: MCMAHON, Darrin M.; MOYN, Samuel (ed.). **Rethinking modern European intellectual history**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 3-12.
- ONUMA, Yasuaki. When was the law of international society born?: an inquiry of the history of international law from an intercivilizational perspective. **Journal of the history of international law**, [*S. l.*], v. 2, issue 1, p. 1-66, Jan. 2000.
- ORFORD, Anne. The past as law or history?: the relevance of imperialism for modern international law. **IILJ Working Paper 2012/2**. (History and theory of international law series), U of Melbourne Legal Studies Research Paper n. 600. Jun. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2090434>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- ORFORD, Anne. On international legal method. **London review of international law**, [London], v. 1, issue 1, p. 166-197, 2013.
- ORFORD, Anne. International law and the limits of history. *In*: WERNER, W.; GALÁN, A.; HOON, M. de. (ed.). **The law of international lawyers: reading Martti Koskenniemi**. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015.

POCOCK , John Greville Agard. **Linguagens do ideário político**. Organizado por Sérgio Miceli. Traduzido por Fábio Fernandez. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. **History and theory**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.

DIREITOS HUMANOS: CONCEITO, POSIÇÃO E EFETIVIDADE

Laura Campolina Monti¹

A expressão *direitos humanos* tem sido utilizada, sobretudo a partir do século XXI, em manifestações da sociedade civil, na política, por organizações e grupos que defendem populações minoritárias, na administração pública, enfim, nas mais distintas reivindicações e nos mais distintos cenários. No entanto, em razão do uso excessivo e por vezes indiscriminado do termo, ele acaba por incorrer em certa vagueza e imprecisão. A utilização de uma multiplicidade de expressões (direitos fundamentais, direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, etc.) para identificar direitos humanos é outro fato que contribui para a incerteza quanto ao conteúdo e ao alcance desses².

Para além do debate acerca da inconstância no uso das expressões associadas ao tema, o conceito de direitos humanos tem sido objeto de estudo de diversos juristas ao longo dos anos, sendo ainda significativo o desafio de apresentar uma definição sólida desses. Tal dificuldade decorre provavelmente da própria natureza do direito, independente de especificidades de área, pois, conforme aponta Lyra Filho (2006) em uma de suas obras mais sucintas na qual busca definir o que é o direito, o direito vai além da lei, resultando (e englobando) uma série de processos sociais, históricos e culturais.

Não raro o direito é compreendido como sinônimo de lei ou como sendo o que se pode extrair do pronunciamento dos tribunais. Em ambos os casos, o que se vê é o direito sendo definido pelas figuras de autoridade a quem foi dada a incumbência de dizer o direito. A lei, assim como a decisão judicial, sempre emana do Estado e, conforme denuncia Lyra Filho (2006), a identificação entre direito e lei pertence ao repertório ideológico do Estado – ou da autoridade –, que se beneficia da disseminação da ideia de que cessaram as contradições entre o direito e a lei ou entre o direito e a decisão, bem como de que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo direito a procurar além ou acima.

¹ Doutoranda da linha Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional

² Na doutrina, algumas advertências chamam a atenção para a ausência de consenso quanto à terminologia mais adequada para referir-se aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, revelando pontos de vista favoráveis e contrários ao emprego desses ou daqueles termos. (GUERRA, 2013, p.33)

Diante dessas questões, a visão dialética precisa alargar o foco do direito, abrangendo as pressões coletivas que emergem na sociedade civil, na comunidade internacional e nas múltiplas frentes que compõem o caldo social e cultural no qual o direito tem origem e ao qual pretende regular.

Especificamente sobre essa concepção aplicada aos direitos humanos, há que se considerar que teorias que não revelem qualquer relação com a prática devem ser superadas como embasamentos dos direitos humanos, em razão da falta de conteúdos matérias, apenas deduzíveis da realidade, que se agreguem aos seus fundamentos (ÁVILA, 2014, p. 358).

A conclusão mais adequada a partir da discussão acerca da conceituação do direito parece ser no sentido de que, enquanto ciência social, esse não pode ser compreendido como algo posto e acabado, mas, antes, deve ser entendido como processo – constantemente em formação.

Especificamente sobre o desafio de se definir o que são os direitos humanos, o relevo do processo sócio histórico torna-se ainda mais evidente, pois esses estão diretamente relacionados à concepção de *dignidade da pessoa humana*, conceito cuja compreensão tem sido, no curso da história, em grande medida influenciada – e mesmo alargada – pelo que Fábio Comparato (2010, p. 50) chama de experiências de “dor física e sofrimento moral”.

Juntamente com o reconhecimento de sua relevância, no entanto, é essencial que se identifique a noção política dos direitos humanos. Para Juan Carlos Vega (2007, p. 41 e ss.), os direitos humanos possuem um viés político na medida em que giram em torno, ao menos inicialmente, da relação do indivíduo com o Estado, quebrando o conceito tradicional de legitimidade como algo que emerge exclusivamente do poder dos Estados e redefinindo o próprio conceito de Estado ao transforma-lo em sujeito passivo de obrigações em relação aos seres humanos submetidos à sua jurisdição.

Já na introdução de *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, Agamben apresenta algumas reflexões acerca do conceito de vida humana e do ingresso dessa, como elemento essencial, na esfera política.

O principal ponto destacado pelo autor a partir de tal distinção se refere à hierarquização estabelecida entre uma vida natural e uma vida qualificada (*zoé e bíos*).

Em *O Aberto* (2017), o referido autor parte de diversas concepções a fim de estabelecer um conceito de humano. No entanto, a despeito dos múltiplos conceitos apresentados, considera que nenhum é plenamente adequado, pois a divisão homem-

animal, mais do que simplesmente biológica ou mesmo filosófica é, em suma, uma definição política.

Ou seja, não é por um fato a priori que se distingue o homem do animal, mas por uma decisão que, em geral, não é neutra, prestando-se, antes, ao atendimento dos interesses do soberano. Tal afirmação pode soar extremada em face dos paradigmas contemporâneos, no entanto, encontra múltiplos e geograficamente dispersos exemplos na história: a escravidão, legitimada pela compreensão de que determinada etnia ou população não detinha a qualidade de humana; os violentos processos de colonização e extermínio dos povos tradicionais; o genocídio do povo judeu, etc.

As implicações de tal conclusão para os direitos humanos são significativas, pois, não apenas colocam em cheque uma de suas premissas elementares – de que basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos, tanto no plano interno como no contexto internacional (SANTIAGO NINO, 1989, p. 41) –, mas também atinge o fundamento do direito internacional dos direitos humanos que seria a desvinculação, ainda que parcial, desses da figura do Estado ou de qualquer outra figura de autoridade soberana.

Aparentemente, o que o autor pretende é apontar a necessidade de se refletir sobre os fundamentos dos direitos humanos, a fim de que eventual defesa desses não seja maculada pela ingenuidade de se ignorar, conforme apontado anteriormente, a dimensão política do conceito

A denúncia de Agamben com relação aos direitos humanos relaciona-se estritamente com a teoria do estado de exceção permanente, evidenciando a correlação das obras do autor. Isso porque, em última análise, o que ele aponta é a apropriação por parte do soberano do conceito de direitos humanos, uma vez que, conforme estabelecido, a própria definição do que é humano advém de uma decisão. Dessa apropriação, decorreria a vinculação de tais direitos à figura do Estado, que, ante a captação da vida nua e a pretensão de manutenção da ordem vigente, atua instituindo estados de exceção permanentes a fim assegurar sua soberania.

REFERÊNCIAS

AGAMENON, Giorgio. **O Aberto**: o homem e o animal. Tradução: Pedro Mendes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ÁVILA, F. **Direito e Direitos Humanos: Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual**. Curitiba: Appris, 2014.

ÁVILA, F. **Fronteiras dos Direitos Humanos: Abordagens sobre conceitos materiais e (In)Efetividade ante ao soberano Poder Estatal**. In: Antonio Hilario Aguilera Urquiza. (Org.). *Fronteira dos Direitos Humanos: Direitos Humanos na Fronteira*. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, p. 27-40.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentacion**. Barcelona: 1989.

VEGA, Juan Carlos. **Derechos humanos: legalidad y jurisdicción supranacional**. 2ª edición actualizada. Córdoba: Editora Mediterránea, 2007.

O DIREITO AO DEVIDO PROCESSO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O crescimento do Direito Internacional Penal nas últimas décadas, desde o Tribunal Internacional Militar para Nuremberg até o Tribunal Penal Internacional (TPI), foi acompanhado de perto pela contínua utilização de teorias procedimentais de regimes domésticos perante os Tribunais Penais Internacionais (TPIs). O resultado é o uso de teorias e doutrinas “transplantadas” para o âmbito internacional, desconsiderando adaptações possivelmente necessárias para os procedimentos realizados no âmbito Internacional Penal. Esses “transplantes” e “empréstimos” fizeram do procedimento perante os TPIs uma área remendada e, por vezes, ineficaz, vez que se procura adotar teses que não se adequam por inteiro ao ambiente internacional. Isso é particularmente preocupante, pois os Tribunais Penais Internacionais são considerados como instrumentos importantes para salvaguardar os direitos humanos em momentos de crises. Contudo, a realidade da experiência perante os TPIs demonstra uma dissonância com os tradicionais patamares de devido processo praticados no âmbito doméstico. Exemplos disso são vários, como as frequentes detenções de longa duração que ocorrem na fase anterior ao julgamento e as dificuldades em garantir à Defesa o acesso às evidências e testemunhas necessárias para uma defesa competente. Portanto, a aplicação do direito ao devido processo para os réus nesses procedimentos ainda é complexa, pois, muito embora a ideia em si não seja controversa, sua aplicação tem se mostrado desafiadora. Há os que argumentam que os procedimentos perante os TPIs devem adotar os mesmos padrões já exigíveis no âmbito doméstico, ou, para alguns, até mesmo superá-los, servindo como um modelo para os sistemas penais nacionais. Contudo, tal entendimento parece desconsiderar questões práticas e estruturais que diferenciam o Processo Internacional Penal do doméstico, como se os procedimentos perante os Tribunais existissem em um vácuo, impassíveis de serem influenciados pelo contexto que os circunda. Essa é a perspectiva defendida, em linhas gerais, por Frédéric Mégret, que argumenta que as normas de direitos humanos não são capazes de estabelecer os patamares do devido processo no âmbito do TPI. Elas oferecem mero “esqueleto”, cabendo ainda a contextualização nas necessidades da prática internacional. No mesmo sentido, Mirjan Damaska, muito embora reconheça ser sedutora a ideia de que, perante os TPIs, deve-se satisfazer os padrões mais altos desenvolvidos pelos sistemas de justiça penal domésticos, ele afirma que os procedimentos penais internacionais devem ser

mais responsivos ao ambiente em que estão inseridos. Isso pode implicar em adaptações de certos arranjos domésticos tradicionais quanto ao devido processo. Em consonância com isso, seria possível argumentar que o direito ao devido processo, bem como as garantias específicas que ele engloba, requerem uma leitura mais adequada ao âmbito internacional, com requisitos e exigências próprios e não necessariamente iguais aos aplicáveis nos sistemas jurídicos domésticos. Essa especificidade de circunstâncias pode ser aferida facilmente frente às questões estruturais próprias desses Tribunais (por exemplo, sua dependência crônica da cooperação dos Estados) e pelo fato de que essas garantias, em sua origem, buscam limitar a aplicação de penas na contextura dos Estados, detentores de amplos poderes coercitivos e do monopólio da força em seu território. Sabendo que os poderes dos TPIs se empalidecem frente ao inquestionável domínio possuído pelos Estados do poder coercitivo no âmbito doméstico, é possível questionar-se se, no âmbito da justiça internacional penal, as garantias que compõe o direito ao devido processo, bem como esse direito em sentido amplo, comportariam exigências diferenciadas daqueles obstáculos necessários para a frenagem da máquina estatal.