

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Braulio de Magalhães Santos

**RESOLUÇÃO 45/110 - REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS
DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO).**

O papel das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU)

Belo Horizonte

2014

Braulio de Magalhães Santos

**RESOLUÇÃO 45/110 - REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS
DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO).**

O papel das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais como requisito parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo
Gonçalves da Silva.

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237r Santos, Braulio de Magalhães
Resolução 45/110 - regras mínimas sobre medidas não privativas de liberdade (regras de Tóquio): o papel das resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) / Braulio de Magalhães Santos. Belo Horizonte, 2013. 198f.

Orientador: Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito internacional público. 2. Fontes do direito. 3. Nações Unidas. 4. Ação de cumprimento. I. Silva, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 341

Braulio de Magalhães Santos

**RESOLUÇÃO 45/110 - REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS
DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO).**

O papel das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais como requisito parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva – Orientador - PUC Minas

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC Minas

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto - Faculdade Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz - Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior - PUC Minas (Suplente)

Prof^ª. Dra. Marinella Machado Araújo - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2014.

A meu saudoso Tio Joaquim, que durante toda sua vida entendeu e defendeu a educação como forma de grandeza, honra, respeito e liberdade.

AGRADECIMENTOS

O resultado de um trabalho encerra uma etapa e abrem outras, naturalmente. Saio desta etapa muito melhor do que quando comecei, evidentemente. Isso se deu graças à colaboração, participação e esforço de muitos.

Agradeço a Deus por tudo, sempre.

Agradeço de modo especial a meu orientador Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva que desde o primeiro momento pactuou comigo nesta empreitada.

Agradeço a minha família pelo apoio, presença e amor. A ajuda de vocês foi, e é fundamental sempre. Aos meus pais Cida e Valdo, minha irmã Fabiane, meu irmão Thales, meu filho Ginno, minha Tia Biia, minhas amadas avós: Dona Izidória e Dona Lô. Pela fé, torcida e alegria.

À minha esposa Viviane pelo suporte e tolerância.

Aos meus colegas de Mestrado e Doutorado na PUC Minas.

Agradeço ao Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães e ao Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares pela participação em várias etapas deste trabalho, das aulas e parcerias, além da presença em banca de defesa. De modo especial, também, ao Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz e ao Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto pelo prestígio em participar da banca de defesa.

Agradeço aos demais professores (as) do Doutorado em Direito como o Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant, Prof. Dr. Bruno Wanderle Júnior, Prof. Dr. Marcelo Gallupo, Prof. Dr. Álvaro Ricardo Souza Cruz, Prof^a Marinella Machado Araújo.

Agradeço a todos (as) da Coordenação, Colegiado e Secretaria, com especial menção ao apoio administrativo; sempre prestativos.

Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – PROSUP, pelo financiamento dos meus estudos, sem o qual não se realizaria este trabalho.

Algumas pessoas me ajudaram de modo especial neste trabalho pelo apoio e aposta, como Ronilson, Soraia e Thúlio, pelo incentivo e patrocínio e Marcelo Yamamoto, para além das aulas de inglês, nos debates e orientações.

Finalmente, agradeço aos meus amigos e amigas de Rubim, minha cidade inesquecível, e que não me deixa esquecer de onde venho, e do meu amado “Cavaco”; aos meus companheiros de trabalho na Prefeitura de Belo Horizonte e professores (as) e alunos (as) nas Faculdades UNIFEMM – Sete Lagoas e IBHES/FACEMG.

Obrigado.

RESUMO

O Direito Internacional historicamente apresenta um dinamismo por todas as suas facetas e, especialmente em função da sua natureza que se relaciona com política e relações internacionais, vem sendo exigido de modo peculiar. Na dimensão jurídica, então, temos testemunhado mudanças com a entrada de novos atores internacionais nas esferas de poder, como as organizações interestatais, sociedade civil transnacional, e os indivíduos que têm conquistados capacidades mais específicas para atuação no mundo jurídico internacional. A atividade jurídica internacional, muito em função de se constituir um sistema *sui generis* se apresenta complexa e a legalização tornou-se um processo fundamental na definição de pautas que serão operados em uma sociedade internacional cada vez mais dinâmica e com exigências mais específicas ao Direito. Como muitas das exigências implicam em manejo de poder e decisão, os Estados, e os demais atores internacionais, tentam se apropriar do processo de produção de normas internacionais de modo a garantir seus interesses. Esta apropriação implica, inclusive, em estabelecer limites e possibilidades normativas quanto ao alcance e vinculação de determinadas regras, o que se constitui na própria definição da normatividade. Insere-se nesse contexto o debate *soft law e hard law* que relacionam as fontes internacionais e sua força vinculatória. Buscamos rediscutir algumas teorias explorando aspectos teórico-conceituais que construíram as bases formais da norma internacional, relacionando os processos formalistas com a agenda e o necessário alinhamento do Direito com os fatos e fatores sociais que, em certa medida, fundamentam a própria existência da norma. Na tentativa de relativizar a polarização ainda existente sobre o que é “lei” e o que é “não lei” e, sobretudo tentar realinhar ainda a persistente compreensão de que o cumprimento de uma norma internacional pelos Estados está condicionada à sua origem e ao processo formal de criação, avaliamos uma norma tida como *soft law*, produzida pelas Nações Unidas (ONU) – Resolução 45/110 (Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade) – Regras de Tóquio. Analisamos o processo de criação e elaboração das Resoluções, situando o fenômeno das novas fontes e a produção da norma em espaços institucionais coletivos e, com isso, procedemos a algumas considerações de ordem jurídico-normativa, centrada nas circunstâncias operadas no estudo de caso sobre as Regras de Tóquio, para avaliar que outros fatores atuam e, o conjunto de fatores (jurídicos, políticos, econômicos, institucionais), determinam a vinculação ou não de um Estado a uma norma internacional, não sendo mais a normatividade prévia e formalista (Positivista) que garante o cumprimento e a performance da norma. Há, inclusive, mecanismos de *follow-up* que permitem avaliar, supervisionar,

Implementar e dar seguimento a determinada norma internacional que, mesmo não se originando em processos legislativos formais tradicionais, levam, no percurso de sua criação e desenvolvimento, a serem observadas e cumpridas pelos Estados.

Palavras-chave: Fontes de Direito Internacional. *Soft Law*. Resoluções (ONU). Vinculação. Regras de Tóquio. Cumprimento.

ABSTRACT

International law has historically presented its dynamic nature, specially in reference to politics and international relations, thus occupying an increasingly demanding position. New players in the international spheres of power such as international organizations, the transnational civil society as well as individuals who have conquered more specific capacities have profoundly changed the panorama of international law. It is a complex, *sui generis* system, and legalization has become a core process in the agenda of an increasingly complex international society, with its specific demands to Law. Insofar as many demands imply power and decision making, States as well as other international players try to control the process of international norm production so as to safeguard their own interests. This control implies the establishment of limits and normative possibilities as to the extent and binding of rules, that is, the very definition of normativity. It's in this context that the debate *soft law* vs. *hard law* discusses international law sources and their binding force. We discuss some theories that built the theoretico-conceptual foundations of international norm. We related formalist processes with the agenda and the necessary alignment of Law to social facts that ground the norm's very existence. We try to avoid the dichotomy between law and non-law and overcome the still prevailing understanding that States abide to an international rule based on its origin and formal creation process. We analyzed a norm seen as soft law: the United Nations Standard Minimum Rules for non-custodial Measures – the Tokyo Rules, Res. 45/110. We looked at the process of creation and elaboration of the Resolutions, contextualizing the phenomenon's new sources and norm production in collective institutional arenas. Based on the circumstances evoked in this case study, we observed that other factors (law, politics, economics, institutions) determine the binding or not of a given State to an international norm; the previous formalist, positivist normativity no longer guarantees the norm's performance and compliance. There are even follow-up mechanisms which allow us to evaluate, supervise, implement and follow a given international norm that, even if not originating in traditional, formal law making process, lead States to observe and abide to it along its creation and development.

Keywords: International Law Sources. Soft law. UN Resolutions. Binding force. Tokyo Rules. Compliance.

LISTA DE SIGLAS

ACNUDH- Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos

AG - Assembleia Geral

CDI - Comissão de Direito Internacional

CEDIN – Centro de Direito Internacional

CES- Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CITES- Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas

CNUDM- Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

CPCJC- Comissão sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal

CPJI- Corte Permanente de Justiça Internacional

CS - Conselho de Segurança das Nações Unidas

DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional

ECIJ- Estatuto da Corte Internacional de Justiça

ECOSOC- Conselho Econômico e Social

EUA- Estados Unidos da América

FAO - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura

UNEP - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICPS- Centro Internacional para Estudos Prisionais

ILANUD- Instituto das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, no caso da América Latina e Caribe

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

OI – Organizações Internacionais

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONG - Organização Não Governamental

ONU - Organização das Nações Unidas

RDD- Regime Disciplinar Diferenciado

TPI - Tribunal Penal Internacional

UNICRI- Instituto Interregional das Nações Unidas para Pesquisas sobre Crime e Justiça

UNODC- Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O DIREITO INTERNACIONAL FACE À COMPLEXIDADE JURÍDICA E SOCIAL DA SOCIEDADE ATUAL.....	23
2.1 A complexidade da sociedade internacional e as exigências funcionais ao Direito Internacional.....	24
2.1.1 <i>o Direito Internacional e suas novas exigências em uma sociedade heterogênea e fragmentada</i>	24
2.1.2 <i>Direito e Legalização Internacional: desafios da ação normativa</i>	42
2.2 Análise crítica sobre fontes internacionais e normatividade no âmbito das Nações Unidas (ONU).....	57
2.2.1 <i>Pluralidade normativa e as (novas) fontes do Direito Internacional</i>	57
2.2.2 <i>As Organizações Interestatais e a produção de normas institucionais.</i>	71
3 ANÁLISE-CRÍTICA SOBRE AS RESOLUÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS: UM ESTUDO DE CASO DA RESOLUÇÃO 45/110 – REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO)	85
3.1 Análise sobre o processo de produção de normas a partir das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU).....	86
3.1.1 <i>As Resoluções da Assembleia Geral e a busca de densidade normativa</i>	86
3.1.2 <i>As Resoluções da Assembleia Geral e a construção de uma agenda comum entre Estados</i>	100
3.2 Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio). Construção e desenvolvimento	121
3.2.1 <i>Considerações históricas e teóricas</i>	121
3.2.2 <i>Avaliação crítica da Resolução 45/110 (Regras de Tóquio)</i>	136
4 CONCLUSÃO.....	157
REFERÊNCIAS	162
ANEXOS.....	173
ANEXO A - REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO) – VERSÃO EM INGLÊS	173
ANEXO B - REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO) – VERSÃO EM PORTUGUÊS.....	184

1 INTRODUÇÃO

A Carta da ONU (1945) em seu artigo 2º, § 7º traz uma referência legal que tenta delinear limites bem precisos do que seja problema interno de cada Estado em particular e o que se configura como problemas afetos a todos, em especial aqueles Estados-Membros das Nações Unidas. Sem embargo, cada vez menos se preocupa o conjunto da sociedade internacional em definir limites rígidos a soberania estatal, e seu componente físico-territorial. Embora não se estabeleça a partir de uma intervenção não autorizada em território alheio, o Princípio da Não Ingerência em Assuntos Internos também vem se relativizando, assim como o Direito Internacional de modo geral, a ponto de não ser o ponto agudo de fronteira na atividade interestatal internacional.

Alinhado com a Não Ingerência, os Princípios da Solidariedade, da Boa-fé, da Cooperação vem dando corpo às teorias, doutrinas, jurisprudências e práticas compostas de um mister maior de componentes que condiciona a atuação dos Estados. O que há tempos se tratava de limitação ante a soberania estatal, absoluta para impedir quaisquer ingerências, mesmo que em desconformidade com a ordem internacional, vem se transmutando em um processo cada vez mais interativo, e necessário, de articulação entre os Estados.

A convivência principiológica que antes garantia uma interpretação restritiva para conter eventuais investidas em interesses contrapostos de outros Estados, atualmente direciona para uma nova perspectiva, mas extensiva, destes mesmos princípios, dessa vez resultando em práticas propulsoras da ação coletiva. Isso traz novas possibilidades aos Estados em todos os setores (econômico, político e social), embora não seja uma tendência tão nova. Desde o início do processo constitutivo do Estado, alternam-se o debate, e as práticas, acerca dos limites e possibilidades da ação conjugada dos Estados. Fatos históricos vêm formatando um modelo de Estado que ainda não rompeu de modo definitivo com a prevalência do Estado na vida em sociedade internacional, em relação a outros atores.

Todavia, a dinâmica que se opera nos Estados e entre os Estados, evidentemente, trazem novos cenários, desafios e necessidades, que precisam ser ocupados, preenchidos e principalmente tratados com perspectivas modernas, assim como o Direito Internacional Moderno¹ exige. Especialmente com este olhar do Direito Internacional, é claro, entrelaçado

¹ Utilizamos por vezes a expressão Direito Internacional Moderno para marcar uma perspectiva que se espera soluções, respostas e funções do Direito Internacional para problemas atuais, latentes e urgentes desde um contexto micro, ou seja, questões pontuais ou particulares, até um contexto macro, na dimensão de todos os Estados, em todo o mundo. Importante aspecto também carece melhor explicitação, pois, cronologicamente, temos uma demarcação doutrinária para situar os períodos históricos de construção do Direito Internacional (das

inevitavelmente com outras áreas do saber, apresentamos um estudo que se propõe a uma contribuição, pelo menos reflexiva, a partir das constatações e ocorrências visualizadas na sociedade internacional na atualidade.

A partir de um recorte teórico partindo das fontes do Direito Internacional, exploramos, através de uma revisão bibliográfica qualificada, toda dinâmica das fontes, com foco no seu processo evolutivo, sua incorporação, êxitos, limitações e, a partir de então, confrontada com a dinâmica da vida em sociedade internacional, forjada por atores e sujeitos sem precedentes comparativos no Direito Interno afeto aos Estados em particular, inferir novas possibilidades. Soma-se a isso, como argumento, alguns julgados internacionais que garantem uma ilustração dos reflexos de tais mudanças em todos os setores e instituições sociais, como elemento científico de comprovação da tese pretendida neste estudo.

Porém, como dito, o confronto com a realidade que se opera faz do Direito Internacional uma disciplina que também se ordena a partir mudanças históricas, o que exige adequação jurídica, institucional e, ainda, política, notadamente pela interação que esta opera na arena em que o Direito Internacional age: a sociedade internacional. Especialmente com esta articulação social, jurídica e política, colocamos as fontes do Direito Internacional entre o clássico ou tradicional e o moderno, não no sentido de abandono, ou superação, mas devido à atuação de outros intervenientes e as mudanças e exigências postas.

A vida em sociedade traz novas frentes, novas demandas, novos atores, novas clivagens, e por isso novas respostas são exigidas, com instituições sociais, políticas, econômicas, culturais, enfim, que garantam espaço a toda esta heterogeneidade. Novos atores, antes não atuantes passam a atuar e ocupar espaços, influenciando os sujeitos tradicionais e trazendo mudanças a estes. Uma das mudanças, por exemplo, diz respeito ao poder, agora também pretendido por outros que antes não se colocavam.

Além dos Estados, as Organizações Internacionais, as empresas, os blocos regionais, a sociedade civil, organizada coletivamente ou os indivíduos, inferiram mudanças fundamentais

Gentes) desde a Idade Clássica (Antiga), passando pela Idade Média, até chegar ao Estado Moderno, o que datamos a partir de 1493 com as Grandes Navegações e as investidas europeias pelo mundo. Neste período (Idade Moderna), marcamos o principal momento de fixação das bases do Direito Internacional como disciplina autônoma, sistematizada, sobretudo pela atuação dos precursores como Francisco de Vitória (1480 – 1546), Francisco Suárez (1548-1617), Alberico Gentili (1552-1608), Hugo Grócio (1583-1645); este com destaque especial da doutrina pela atuação e formatação acadêmica desta área do Direito. Didaticamente, marcamos a Idade Moderna até o século XIX e, a partir do século XX, nomeamos como Idade Contemporânea, sobretudo diferenciando pelos processos mais coletivos e com maior institucionalização do Direito Internacional com as Conferências de Viena, criação de órgãos coletivos interestatais, maior codificação de normas, enfim, processos e instituições que estão mais próximas temporalmente. Desse modo, não enfrentamos aqui os elementos filosóficos, culturais ou sociológicos de Modernidade; apenas situamos o campo de atuação do Direito Internacional no contexto do tempo social vivido na atualidade.

na sociedade internacional, e no Direito Internacional especificamente. No tocante às fontes, em certa medida, estes outros atores passam a ter uma atuação mais efetiva, passando também a influenciar, inclusive, no processo de produção de normas e obrigações internacionais. Em alguma medida, o poder do Estado, antes central e total, passa a ser redimensionado com outros atores, o que traz certa diluição deste poder. Convém ressaltar que não se trata de perda de espaço ou perda de poder, quiçá, pode até mesmo representar ampliação qualitativa de poder, o que pode trazer maiores ganhos.

Discutiremos, então, as tradicionais fontes do Direito Internacional, especificamente a partir das Nações Unidas e a previsão do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A partir disso, centramos nas exigências trazidas pela modernidade e nas novas funções que se passa a exigir do Direito Internacional, também com reflexos diretos nos processos de produção de normas internacionais. As novas (e inovadoras) fontes de direito abrem espaço para atuar, com as fontes clássicas, inclusive, o próprio conceito de fontes de direito torna-se objeto de reflexão como exigência da dinâmica heterogênea de atores e objetos dos quais se ocupa o Direito Internacional. Veremos, ainda, nesta interação ou integração de fontes tradicionais com novas fontes ou novo manejo de fontes tradicionais, que influências nestas se operam ante as demandas, pautas e agendas propostas e nem sempre encontradas pela diversidade de atores.

No contexto de influência de diversos atores na produção da norma internacional, é fundamental discutir se de fato os novos e antigos atores têm dividido adequadamente a mesma arena. Um tema que logo vem à tona é, além da produção da norma, se esta alcançou ou não seus objetivos, se de fato tem sido cumprida e, se seus efeitos foram emanados de modo atingir o que se propunha.

Também claro, em uma arena de poder e decisão, com atores de poder diferenciado, imagina-se que a decisão também possa ser diferenciada, isso se se conseguir alguma decisão. É dizer, que além da diversidade de atores, diferenciação de poder, ocupação de espaços de poder, ainda se faz necessário observar a efetividade das decisões. De modo mais pragmático, a equação de espaços de poder socializados por atores antigos e novos, com capacidade e poder diferente, limitações e possibilidades de produção de normas (obrigatórias ou não), torna-se bem característica e complexa.

Mas, ainda que seja para dar ênfase a estes fenômenos dinâmicos que se produzem nos Estados e entre os Estados, como passo adiante neste estudo, utilizamos uma ferramenta metodológica que, como entendemos, permite melhor análise rumo às elaborações teórico-científicas e também técnico-metodológicas dada a concretude do instrumento em estudo.

Analisaremos, como perspectiva avançada do estudo das fontes do Direito Internacional, uma resolução cunhada no seio da própria ONU, como forma de apontar as novas possibilidades e materialização das exigências da atualidade da vida em sociedade internacional. As resoluções produzidas pelas organizações internacionais, a despeito da discussão sobre as novas fontes de direito, embora não novas têm sido instrumentos fundamentais de produção de normas internacionais, tanto na condição de veículos pelos quais são conduzidas, como na condição de próprio transmissor de conteúdo.

Optamos por esta fonte: resolução, como contraponto às fontes tradicionais, com o intuito de tentar apontar a relatividade, sobretudo, do formalismo jurídico que coloca nas exigências procedurais, o ponto forte para, ora garantir privilégios, ora se esquivar de obrigações e privilégios tentados por outros. Neste contexto, o debate doutrinário sobre normas rígidas (*hard law*) e normas flexíveis (*soft law*) se coloca como importante variável para esta pesquisa.

Tida como norma flexível (*soft law*), caracterizada esta flexibilidade como critério de não vinculação pelo Estado para se obrigar a seu cumprimento, neste estudo queremos verificar que aspectos tem sido mais relevantes na produção de normas internacionais, notadamente da resolução e na sua incorporação. Mais especificamente, partindo do que se tem já institucionalmente bem definido, que são as fontes tradicionais aceitas (tratados, costumes), se quer verificar quanto tais fontes são únicas e ou se há espaço para outras fontes. Também, o quanto estas fontes são de fato inovadoras ou se ainda se submetem aos mesmos padrões positivistas de produção de normas, sobretudo de priorizar, em certa medida, os formalismos excessivos.

Um estudo, na perspectiva analítica, e não meramente comparativa do processo de criação das fontes, pode nos apontar além da relativização das fontes ou mesmo a sua apuração ou purificação. Isto significa que pouco do que se produz é efetivamente fonte de direito, ou tudo que se pode produzir pode ou não ser norma de direito. Tanto uma possibilidade como a outra podem gerar efeitos indesejados ao Direito Internacional.

Necessário, portanto, dissuadir eventuais efeitos prejudiciais, incluindo outras dimensões analíticas ainda não tanto exploradas, como é a influência da sociedade civil na definição de agenda dos Estados na esfera internacional, ou mesmo os problemas e anseios internos de um Estado que se tornam pauta comum de outros Estados, em uma clara demonstração dos efeitos do que chamamos de globalização e suas facetas.

Neste ponto específico, avançando da atuação hegemônica de alguns países, como historicamente constatamos que se colocavam isoladamente de modo a expandir seu poderio

(econômico, bélico e político), temos que as organizações internacionais interestatais representam um importante avanço nas relações internacionais e também no Direito Internacional. Além de ser uma tendência do Direito Internacional na atualidade, têm se mostrado o espaço institucional adequado para tratar de temas antes não socializados, até mesmo pela desconfiança e insegurança marcante entre os Estados. Na medida em que os Estados são levados a se articularem em pautas comuns, ou solidarizando com pautas dos demais, mas interagindo, tem ganhado força e legitimidade as organizações internacionais. A partir desta interação tem se constituído e solidificado no sistema internacional o espaço fundamental das Organizações Internacionais como sujeito do Direito Internacional, cada vez mais reconhecido e também incorporando capacidades antes afetas somente aos Estados isoladamente. Inclusive, como produtor de normas internacionais.

A criação da ONU é um marco fundamental para o Direito Internacional, além de demonstrar uma tendência que são as organizações internacionais que se proliferaram a partir da Carta da ONU (1945). Pelo que representa e também pela força e reconhecimento que gozam seus órgãos e organismos seguimos neste estudo com análise da capacidade da ONU em produzir normas internacionais e, como entendemos, já que tais normas, no mínimo, são participadas pelos Estados, da capacidade de se fazer cumprir tais normas.

Evidentemente, embora sejam inegáveis os aspectos positivos da atuação coletiva da ONU, obviamente, não se trata esta de uma panaceia isenta de problemas que remontam o cenário de forças internacionais, com o jogo político característico, portanto, sujeito às inferências várias conforme a articulação política dominante dos espaços decisórios de seus entes. Neste contexto, então, é essencial evidenciar as forças atuantes nos espaços das Nações Unidas, sobretudo, avaliando a forma de atuação e os fatores preponderantes em um contexto que nem sempre obedece a uma suposta ordem de justiça internacional, mas se torna um espaço de debate político, ideológico, social, cultural com diversas variantes e intervenientes, em alguma medida, nem sempre consensuada, ou, por vezes, controversa.

Ao passo, também, do debate sobre as limitações de ordem processual, também situamos as organizações internacionais e, com centralidade da discussão sobre a relativização das exigências formais no processo de produção das normas, a despeito de sua obrigatoriedade e vinculação, buscamos as resoluções da Assembleia Geral, que também trazem em sua compreensão como órgão não legislativo e de deliberações não vinculativas, ou seja, produtor de normas *soft law*, especialmente, em se comparando com o Conselho de Segurança, órgão não tão democrático como a Assembleia Geral, mas com poder e decisões obrigatórias.

Portanto, a análise crítica pretendida a partir do pressuposto tradicionalmente estabelecido quanto à obrigatoriedade das fontes formais e tradicionais do Direito Internacional, coloca-se como parâmetro analítico, levado a cabo neste estudo de caso para verificar se, de fato, somente as normas produzidas na conformidade processual legislativa preestabelecida pelas Nações Unidas são obrigatórias e cumpridas ou se as normas produzidas em espaços não tradicionais de produção de normas também são cumpridas e porquê o são. Quais fatores ou circunstâncias atuam no cumprimento de uma norma, ou se somente o fato de ser originada por órgão com poderes legislativos garantem o cumprimento da mesma.

Outra pretensão neste estudo é, alinhando o debate sobre a teoria das fontes de Direito Internacional, recorrendo à estratégia de se articular essa teoria com um objeto de estudo que foge aos padrões formais tradicionais de produção de normas, trazemos as Regras de Tóquio, uma resolução aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 45/110) que, além de se enquadrar exatamente no molde anterior de questionamentos teóricos e formais exigidos para produção de normas, têm o mérito de trazer conteúdo fundamental em quaisquer Estados, particularmente, e que também tem se tornado preocupação coletiva, mobilizando de modo especial os órgãos e organismos internacionais.

As Regras de Tóquio - Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade datam de 1990, quando da publicação da Resolução 45/110 pela Assembleia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1990 e, resultantes de um processo progressivo de tratamento de questões particulares dos Estados que são coletivizadas nas Organizações Internacionais, no caso, estabelecendo como mote a questão penitenciária que envolve todos Estados, já que os sistemas jurídicos, especialmente de justiça criminal, utilizam a pena e o cárcere como componente fundamental. Em certa medida traz a problematização que fizemos anteriormente quanto à impossibilidade de se fixar fronteiras precisas do que seja problema somente de um Estado ou de todos, ou mesmo se tal fronteira, de fato, é necessária. Ao mesmo tempo, nos permite colocar em debate um tema que sempre se coloca como acessório do Direito Penal, mas pouco debatido, pelo menos como uma política internacional. Ou seja, a discussão sobre temáticas do Direito Penal são sempre pautas fundamentais dos Estados haja vista a segurança, paz, o combate ao terrorismo, enfim.

Todavia, não é comum uma discussão a partir de pontos específicos quanto às condicionantes processuais e de execução de pena privativa de liberdade. Não são novos os instrumentos legais penais ou mesmo de humanização da pena, mas, talvez, não tenha se dado tanta importância em se discutir, e implantar mudanças que tragam, inclusive, a perspectiva de romper, ou pelo menos criar alternativas, à regra de privação de liberdade ou de

carcerização.

Reiteramos, não são novas as preocupações dos órgãos internacionais, especialmente das Nações Unidas, com relação à violência, criminalidade, prisões e outras decorrências, todavia, já há algum tempo a ONU tem demonstrado preocupação com a diversidade de políticas adotadas pelos Estados como também pelo descompasso de algumas destas políticas com outros temas em evolução no cenário internacional, como os direitos humanos, a segurança e manutenção da paz, ou seja, em especial a ampliação de direitos e o lugar de proteção cada vez mais ampliado do indivíduo enquanto sujeito internacional.

Neste sentido, desde 1950 o tema das políticas penais e penitenciárias entrou na pauta formal das Nações Unidas, especificamente, a partir do Conselho Econômico e Social (CES) com uma orientação geral para estudos e pesquisas e, em seguida, com a realização de vários encontros e a promoção de vários debates acerca do tema com o intuito de ampliar as possibilidades de implementar medidas preventivas, como também reorientar políticas que se mostram inadequadas no tratamento das pessoas delinquentes.²

Mas, sabemos que no cenário diverso de interesses, desejos, ideologias, conduções políticas, além das peculiaridades normativo-legais (sistemas jurídicos) dos Estados que conformam a sociedade internacional, o liame do que seja obrigatório, ou objetivamente exigido³, e o que seja assunto interno, de gestão exclusiva de cada Estado, pode trazer um debate, ou pelo menos exigir um processo mais cuidadoso no convencimento ou persuasão de eventuais resistências quanto a induções de políticas amplas e comuns aos Estados.

Certo é também que o tema das penas privativas de liberdade, em grande medida, ultrapassou limites herméticos particulares de cada Estado, os quais adotam as medidas mais díspares e, por vezes, inadequadas e irrefletidas tanto nos aspectos jurídico-legais como nas práticas com implementação de medidas preventivas ou ressocializadoras exigidas. Não somente pelo aumento populacional no cárcere em todo o mundo, mas também pela evolução teórico-científica que a questão assumiu, é imprescindível que haja um compasso nas medidas legislativas, executivas e judiciárias que busquem e construam políticas públicas alinhadas com as intervenientes e condicionantes que influenciam as políticas penais e penitenciárias.

A reflexão, estudo e desenvolvimento de políticas penitenciárias pelos Estados são urgentes, na medida em que resulta no cárcere todos e as mais diversas consequências de uma

² A nomenclatura delinquente foi adotada pela ONU para designar pessoas em custódia dos Estados, desde aqueles que estavam detidos, como outros em julgamento e condenados.

³ A Teoria Objetivista que fundamenta o Direito Internacional aponta que há assuntos que são obrigatórios de serem tratados e alinhados internacionalmente, independente da estrutura jurídica do sistema legal interno, como as normas *jus cogens*.

série de políticas (econômicas, sociais, religiosas, ideológico-políticas), em certa medida equivocadas, ou pelo menos, desalinhadas com as dimensões filosóficas, teórico-científicas e com a política internacional que se mostra atualmente; política esta bem pragmática e fundada em um *realismo*⁴ prevalente.

Porém, antes de uma análise mais detida sobre o conteúdo desta Resolução, situaremos a construção histórica e teórica em que se colocou o Direito Internacional, em especial, suas funções e desafios no cenário atual com a diversidade de temas, objetos e problemas pelos quais passa a sociedade internacional.

O trabalho se desenvolve em quatro (4) capítulos, sendo que nos capítulos 2 e 3 há uma subdivisão em duas (2) seções que por sua vez se desmembram em quatro (4) subseções cada um. No primeiro momento discorremos sobre o próprio Direito Internacional face às demandas apresentadas pelos Estados na sua diversidade, o que exige do Direito Internacional respostas para as demandas à construção de uma agenda internacional possível, pautando novas funções que mesclam dimensões políticas, sociais e jurídicas. Pautamos a heterogeneidade na sociedade internacional atual, com os novos atores do Direito Internacional e as repercussões de sua atuação. Isto também, muito em função da dinâmica da sociedade internacional e das novas funções postas ao Direito Internacional para responder à complexidade de demandas apresentadas. Ainda nesta primeira parte, dedicamos estudo mais destacado para a pluralidade jurídica, de órgãos e de normas, e de qualidade atribuída a estas normas, ou seja, debatemos sobre a normatividade das leis produzidas e, de onde se originam, coordenando específica discussão sobre a variedade de normas, a convivência de fontes geradoras tradicionais e novas, a origem e a fragmentação dos espaços de produção e dos atores que produzem normas internacionais.

Como buscamos situar ou pelo menos dar mais volume ao debate polarizado mais normativo ou menos normativo, ou lei e não lei, ou *hard law* e *soft law*, utilizamos a primeira parte deste trabalho para definir nosso marco teórico e nossa base analítica conceitual e teórica, especialmente para fundamentar o entendimento de que, na atualidade, tanto por força

⁴ Esta teoria se desdobra em várias dimensões: Realismo clássico, Realismo neoclássico, Neorealismo, Realismo ofensivo, Realismo defensivo, Realismo liberal, Realismo estratégico, mas, de modo geral, compartilham a ideia de que Estados são primordialmente motivados pelo desejo de poder e segurança, e certo anarquismo, tanto militar quanto econômico, em vez de se preocuparem com ideais ou com a ética. Temos que há a prevalência da Teoria Realista na política internacional, logo na direção dos órgãos e estruturas internacionais que se pautam na leitura da hegemonia dos Estados que reúnem maior poder e legitimidade – *hegemon* - (bélico, econômico, político), o qual direciona ou tendência as decisões nos órgãos internacionais. Apresentam nomes desde Tucídides, Maquiavel, Hobbes, Waltz, Carr, Morgenthau, Nierbuhr, Mearsheimer, Walt e outros que se dedicam de modo mais detido em cada vertente. Sobretudo, contrapõe a outras teorias como Racionalismo, Liberalismo, Idealismo, Construtivismo, Marxismo, Estruturalismo, Funcionalismo, Teoria da Dependência.

da própria dinâmica vista na sociedade internacional e nas relações entre os Estados com a exigências de novas funções a serem cumpridas (agenda social), como na constatação de que as mutações sociais estão para as mutações jurídico-legais, e vice-versa, as várias fontes de direito convivem em bases mais pragmáticas que de definição prévia por processo formalístico. É possível e necessária a interação e combinação de fontes em virtude das necessidades dos Estados, o que reforça o argumento da teoria objetiva de fundamento do Direito Internacional, sem precisar descartar outras fontes de direito. É possível a acomodação que em grande medida tem na combinação das fontes maiores possibilidades.

Por todo este contexto perpassam o entrelace que se dá entre a soberania, autonomia e independência dos Estados e a exigência de maior harmonia e alinhamento político e normativo dos Estados com problemas comuns.

Em um segundo momento trazemos toda construção teórica anterior para uma aplicação mais dinâmica que permite verificar e articular conteúdos podendo induzir clivagens em um caso concreto que é a Resolução 45/110 que trouxe as Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade. Esta resolução foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU e, embora não sejam órgãos com funções legislativas típicas, na ONU tem se dado as principais mudanças, sobretudo em termos legislativos de produção de normas, dada a tendência da institucionalização e coletivização de demandas pelos Estados em conjunto.

Ainda desenvolvemos um debate sobre normatividade, mas alinhado especificamente para o instituto Resolução, instrumento de veiculação de outros instrumentos legislativos de produção de normas ou instrumento de exteriorização da norma em si. Maior ênfase dada à origem da resolução (Assembleia Geral) visando, a seguir, avaliar sua repercussão jurídico-legal e social.

Em seguida, abordamos as Regras de Tóquio e todo o seu contexto histórico, tratando do histórico institucional no processo de construção do instrumento resolução. Antes de fazermos uma análise pormenorizada, e avaliativa, do conteúdo da resolução, situamos o contexto mundial relativo ao crime, violência, justiça criminal e, finalmente, sistema prisional. Especialmente o tema da carcerização pela especificidade da diversidade de sistemas jurídicos internos, matrizes de organização institucional também diversa, no nosso entendimento, carece de antecipação de algumas dimensões analíticas, considerando se tratar de atuação do Estado, de onde decorrerão políticas públicas.

De modo geral, as respostas dadas para problemas relativos ao crime se orientam pelas ações dos Estados para penalização e cárcere. Não que seja uma orientação errada, todavia não é uma única resposta para uma questão tão complexa. A criminalidade e violência são

fenômenos sociais e, como tal, são produtos de inúmeras variáveis, o que exige análise em várias dimensões.

Preocupados com o rumo dado ao crime resultando em um crescente processo de aprisionamento, sobretudo, avaliando a situação das prisões e o tratamento dado aos presos na maioria dos Estados, há tempos o assunto ocupa da agenda internacional. Por ser um tema, ou um problema comum a muitos países, tem sido objeto de reflexões, conferências e leis veiculadas por instrumentos jurídicos internacionais. Em que pese o fato de sempre vir como acessório às questões de crime, todas enfrentadas diretamente pelas ações internas dos Estados, tem se buscado extrair uma orientação ou diretrizes comuns aos Estados de modo mais articulado pela cooperação e ações preventivas. Evidentemente, isto repercute nas políticas públicas estatais e a questão carcerária tem gerado abordagens multidimensionais, fazendo com que campos de estudo até então distantes deste tema, como o Direito Internacional, cada vez mais se aproxime e também ofereça alternativas.

Agora, além de romper fronteiras acadêmicas e políticas, a questão carcerária também segue os padrões mínimos da vida social conquistada pelas “nações civilizadas”⁵ que precisam dar respostas adequadas aos pressupostos da humanidade, solidariedade e desenvolvimento. Neste sentido, além de pensar o cárcere, tem se pensado de modo antecipado, como evitá-lo, e assim, outras questões relacionais exsurtem como os temas econômicos, ideológicos, étnicos, e sociais de modo geral.

Desta maneira, os Estados, isolada ou coletivamente, têm buscado formas de encarar esta problemática com os instrumentos existentes ou criando instrumentos que possam atuar na questão das prisões. Não é demais concluir que os instrumentos jurídico-legais têm sido fundamentais para avançar nestes temas de modo a garantir maior eficácia das ações, dado que uma atuação coordenada entre Estados, autônomos, soberanos e independentes, sempre é um processo custoso.

⁵ Destacamos a expressão “nações civilizadas” por entendermos ser bastante controversa sua compreensão. A expressão é extraída literalmente do artigo 38, item 1, alínea *c* do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que explica os princípios gerais de direito como fonte primária reconhecida do Direito Internacional a serem aplicadas em caso de solução de controvérsias. Na ocasião, 1945, pós Segunda Guerra Mundial, projetava-se que não mais ocorressem as barbáries que marcaram o período de guerra e que a sociedade internacional marcasse uma perspectiva de relações interestatais, no mínimo, condizentes com valores humanistas na atuação futura. Evidentemente, o conceito de civilidade, de modo geral, quer apontar algo universal, comum, homogêneo em todo o mundo, mas também admite críticas dado eventual ocultamento no sentido de se tentar impor uma característica hegemônica, a pretexto de suposta necessidade de se transformar em algo universal. A crítica, por exemplo, ao eurocentrismo como uma cultura a ser imposta em todo o mundo ilustra bem isso. Ainda, o significado de civilidade não coaduna com algumas práticas de muitos países que se apresentam como civilizados e realizam intervenções, invasões e outras ações incivilizadas, em uma clara mostra que não há um parâmetro respeitado por todos os Estados; portanto não há um conjunto claro de nações civilizadas. Advertimos, portanto, que a expressão é usada de modo literal como prescrito no texto acima mencionado e, no máximo, insere-se como perspectiva a ser considerada por todos os Estados na ação internacional.

Em que pesem os limites já verificados na ordem interna quanto ao sistema penal e prisional, para avaliar o conteúdo das Regras de Tóquio, originada da ordem internacional, é necessário compor melhor o cenário da prisão na sociedade moderna e para tanto, procedemos a uma análise teórica em grande medida discutindo o lugar da prisão na evolução da sociedade moderna e, com olhar interdisciplinar, analisamos os dispositivos do texto.

Por fim, atualizando a questão, tecemos algumas considerações sobre a implementação das Regras de Tóquio pelo Brasil, nos recorrendo aos institutos jurídicos criados por força destas regras, a despeito de sua não vinculação, mas como se constituiu o consentimento e adesão do Brasil a estas Regras, a partir de uma pauta problemática enfrentada no país. Ou seja, como no conjunto discutimos a normatividade das leis internacionais, relativizando o rigor do processo de produção legislativa, sobretudo ponderando a interveniência de fatores tão quanto ou mais importantes na definição de uma agenda internacional, inclusive para criação de normas, como fatores e demandas sociais, sem dúvida, a questão penitenciária ou carcerária é algo previsto nas Regras de Tóquio e, por estas, é possível nortear algumas práticas.

Por se inserir em um sistema jurídico, ao Direito Internacional é atribuído o papel de, ao mesmo tempo, garantir a legalidade e a segurança jurídica, de modo a assegurar a institucionalidade e integralidade da ordem normativa, como também, por ser uma norma social, também incumbe articular esta ordem normativa espelhada na realidade vigente, nos anseios e necessidades reais da população.

É também neste sentido que a teórica se coloca, posto que estes fenômenos sociais não são objeto apenas do Direito Internacional, mas de outras disciplinas que se conectam, necessariamente, dada a dependência e complementaridade resultante, para questões multifacetadas, como é nosso objeto de estudo. Daí a organização deste trabalho em uma parte, com maior ênfase teórica, mas outra parte reflexiva, crítica, analítica, a partir de uma variável mais dinâmica e pragmática que se constitui como cenário prático e metodológico de conexão destes saberes múltiplos.

Em termos metodológicos, como expressamos, temos que um ponto de partida no Direito Internacional, no que se refere à produção de normas internacionais, segue os parâmetros tradicionais de produção de leis, notadamente, a partir das formalidades dos sujeitos autorizados a produzir tais normas e aos processos legislativos rigorosos definidos em lei anterior. Em tese, este formato garante cumprimento da norma.

Questionamos se isso é o bastante para o cumprimento de normas em um cenário de Estados soberanos, com interesses diferentes e até mesmo contraditórios e com capacidades

desiguais de poder. A isso acrescentamos se a agenda, ou seja, o conteúdo das questões a serem decididas são de fato problemas ou questões comuns que exigem investidas de todos Estados, se outros agentes ou sujeitos também interferem na definição e deliberação desta agenda internacional. Nossa hipótese é que toda esta complexidade exerce influência no antes e no depois, ou seja, tanto as questões formais, como o conteúdo das normas, além da participação de atores diversos são determinantes para a criação e implementação de normas internacionais. Também, não é exclusivo o rito formalístico na criação da lei que lhe garante consecução, seguimento e implementação, posto que por si só não garante a efetividade. Há normas de menor rigor formal que são mais bem observadas que outras que seguiram as formalidades de sua criação, sobretudo pela natureza dos atores envolvidos, como os Estados autônomos e independentes.

Falamos e nos orientamos, como dito, em uma perspectiva teórica, pois o método dialético, muito fundamentado na proposta hegeliana, permite que possamos evidenciar as contradições, muito evidentes no cenário entre Estados e na complexidade da sociedade internacional; contradições estas que se transcendem dando origem a novas contradições que passam a exigir novas medidas, em um constante exercício. Assim, a dinâmica da realidade considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico, histórico e cultural. Com isso, abordamos o que identificamos como questões a serem enfrentadas de modo qualitativo considerando que há uma relação dinâmica entre o mundo real, ou seja, neste cenário internacional interestatal.

Definimos como objetivo explicitar estas questões que compõem nossa hipótese e seus conectivos, em uma pesquisa exploratória, descritiva e, por conseguinte, explicitar o que retiramos do levantamento bibliográfico a respeito do objeto pesquisado; por isso uma pesquisa bibliográfica apurada, alinhada com estudo de caso. O estudo de caso, especificamente é o mais indicado para um estudo mais profundo de maneira que se permita o maior detalhamento de nosso objeto. No caso, um estudo com a Resolução que externalizou as Regras de Tóquio no cenário internacional para implementação nos Estados se adequa ao pretendido.

Uma resolução da ONU, por um ente formado por um coletivo de Estados, trazendo obrigações, ou pelo menos, com forte apelo interno e internacional, se traduz como referência para levar a cabo este estudo. Esta conexão interdisciplinar, em termos metodológicos, permite alinhar nosso debate, melhor dizendo nossa hipótese de que mais variantes e condicionantes influenciam, quiçá, determinam o surgimento e implementação de obrigações internacionais, refletindo em cada Estado de modo característico, mesmo que seja por via jurídica,

obrigatória ou não. É dizer que não apenas pelo elemento obrigatoriedade se constitui uma agenda internacional, nem mesmo o fato de ser uma agenda garante a executoriedade a uma determinada norma internacional.

Desta maneira organizamos este estudo; alinhando questões práticas da realidade da vida interestatal internacional com a construção teórico-metodológica necessária para um trabalho acadêmico, no caso, focando temas do Direito Internacional.

Não há fronteiras tão delineadas que possam obstar, com as possibilidades dadas pela integração, cooperação e solidariedade entre os Estados, a busca de soluções adequadas jurídica e socialmente aos problemas enfrentados; problemas estes que mesmo não havendo precedentes em outros países, pelo simples fato de integrar o Estado com outros, permite a crescente socialização rumo a uma comunidade internacional. Neste caminho, certamente, a ruptura de excessos formalistas e das limitações excludentes de participação coletiva nos rumos da sociedade internacional, não podem impedir as interrelações entre os Estados, posto que isto impediria o desenvolvimento do próprio Direito Internacional.

2 O DIREITO INTERNACIONAL FACE À COMPLEXIDADE JURÍDICA E SOCIAL DA SOCIEDADE ATUAL

Nesta parte do trabalho partimos para uma contextualização do Direito Internacional em seus diversos aspectos, sobretudo quanto aos apontamentos que a realidade coloca, muitas vezes, configurando verdadeiros desafios para uma disciplina do Direito estruturada com temas em uma arena que envolve sistemas jurídicos diversos, Estados com estruturação ideológica, política e social também diversa, interesses contrapostos, por vezes, além da ampliação de outros atores que passam a exercer muita influência nos rumos da sociedade internacional.

Isso, então, passa a exigir do Direito Internacional a devida estruturação jurídica e institucional para responder, ou pelo menos tentar, às demandas destes vários sujeitos internacionais, especialmente, ordenando técnica e juridicamente, já que um sistema normativo, buscando a leitura da realidade com as interconexões necessárias cada vez mais sem delimitações fixas.

Portanto, nesta primeira investida discorreremos sobre aspectos gerais que influenciam o Direito Internacional e também pautam as ações dos principais sujeitos internacionais, no caso, apontando a pluralidade destes e seu contributo na ampliação exigida ao campo de atuação. Esta heterogeneidade, especialmente, passa a refletir no sistema jurídico-legal, notadamente quanto aos aspectos normativos das leis produzidas nas instâncias internacionais.

Desse modo, dada a pluralidade de atores, diversidade de demandas, e outras intervenientes que demonstram a complexidade das dimensões da vida em sociedade, centrada para o Direito Internacional, em alguma medida, exigem deste mais do que pode oferecer, ou pelo menos, exige uma adequação que pode não ser no tempo e velocidade que se operam as mudanças.

As fontes do Direito, especificamente no Direito Internacional, passam a ser centrais no debate e na prática estatal, constituindo-se como divisor nas relações de poder, é claro, sem ficar ileso às mudanças intransponíveis causadas por este processo. A definição de uma agenda internacional e a pauta dos problemas de cada Estado tem arena definida que é a sociedade internacional; arena esta que muda de configuração de modo dinâmico e que exige acompanhamento e alinhamento dos sujeitos internacionais para implementar as mudanças necessárias.

O caminho pela legalização, dada a matriz Positivista, ainda tem sido o caminho encontrado para encarar os novos desafios colocados ao Direito Internacional. Entretanto, já

não mais este caminho é o único, sendo que atalhos e novas aberturas se tornam cada vez mais evidentes, reconhecidas e operadas, alterando as práticas estatais e também a teoria das fontes que envolvem o processo de produção de leis. Novas formas de criação de leis exigem novas instituições e estas instituições passam a atuar em um cenário novo, inclusive operando mudanças em aspectos antes intocáveis, como a produção legislativa. Este é o debate inicial que servirá como base para problematização e estruturação do nosso estudo de caso, como veremos na parte 2.

2.1 A complexidade da sociedade internacional e as exigências funcionais ao Direito Internacional

2.1.1 o Direito Internacional e suas novas exigências em uma sociedade heterogênea e fragmentada

As transformações pelas quais a sociedade vem passando, inevitavelmente, afetam todos os setores variando a gradação, conforme a representação e importância das questões tratadas, pautadas pelos problemas que se apresentam nas relações, ou pela própria dinâmica da agenda social. Dada a relevância do Direito como um fenômeno social aplicado, sobretudo pelo papel na regulação de comportamentos da sociedade, faz com que esta recorra ao Direito para buscar soluções antes não exigidas. A própria vida em sociedade e o dinamismo desta naturalmente apresentam novos fatos e ocorrências que ao Estado e suas instituições passam a se incumbirem de certas responsabilidades e, para tanto, precisam dispor da estrutura necessária para atender às demandas geradas por tais mudanças.

O lugar do Estado em toda trajetória humana, as dificuldades das relações externas, com outros Estados e também dos reflexos da dinâmica dentro do próprio Estado, dimensionam-se problemas específicos que passam a ser temas do Direito. A evolução do Estado e os paradigmas políticos, de gestão, e mesmo as variáveis econômicas, ideológicas, sociais e históricas provocam alterações no Estado como instituição, ou seja, como representação na qual se estruturou toda a vida em sociedade.

Isso traz como implicações as mudanças operadas neste e através deste Estado que transmutam constantemente o seu lugar. Nas relações políticas, econômicas e sociais, especialmente pela natureza das relações entre Estados, temas como soberania, autonomia, hegemonia, poder e outros que sempre acompanharam a instituição Estado, tomam projeção pluridimensional maior *vis a vis* as relações intraestatais.

Outro aspecto, além das mudanças no próprio Estado e deste nas relações com outros, se deve ao surgimento de novos atores e, por consequência, novas relações que exigem cobertura para seus desdobramentos. Relações políticas e comerciais passam a exigir estrutura adequada para se desenvolverem e, por vezes, demanda ao Direito Internacional a atuação para dotar de instituições, órgãos e leis com mecanismos que possam dar sustentação e segurança em tais relações, sobretudo, segurança jurídico-legal. Resultante da ação ou omissão deste próprio Estado, outros atores e outras temáticas se inserem no cenário que há tempos somente se ocupava de questões de interesse exclusivo daqueles. O surgimento das organizações internacionais, dos blocos comerciais regionais, das organizações não governamentais e outros atores não estatais agregam maior complexidade e passam a exigir do Direito Internacional novas funções. Pela ação ou omissão do Estado, também, o indivíduo transpôs a fronteira de sua significância apenas como elemento formador do Estado (elemento humano) e de sua natureza acessória e restrita apenas na ordem interna de cada Estado. A história aponta uma série de fatores e fatos que mudaram a concepção do lugar do indivíduo nas relações e na política internacional. Especialmente pela ação estatal, com as guerras e a violência desenfreada que estas alcançavam com as descobertas, as tecnologias e os avanços e retrocessos nas relações entre os Estados, o indivíduo foi abrindo um espaço autônomo, inclusive nas relações internacionais.

Com isso, o espaço conquistado historicamente traz novas exigências e, especialmente em um cenário de debate de interesses e necessidades diferentes, agora com novos atores, também coube ao Direito Internacional a devida estrutura de comportamentos em tais relações, o que, de fato, passava pelo estabelecimento de leis e instituições estatais (e interestatais).

Ao Estado com suas mutações e novas relações, como também a inserção de novos atores na arena política internacional, se agregam as exigências de se fazer funcionar esta maquinaria que traz novos componentes e, logo, exige novas estratégias para seu funcionamento adequado. Não mais se inter-relacionam somente Estados, nem mesmo as relações entre estes são as mesmas ou sobre os mesmos temas. Muito menos, são somente relações estatais, dado que novos atores se colocam nesta arena. Também, estes novos atores desenvolvem relações diversas do Estado, muitas vezes contra este, vejamos os conflitos afetos aos direitos humanos e os julgamentos das Cortes e Tribunais.⁶

⁶ Embora seja fato mais recente, os indivíduos já podem, em alguns sistemas, como o sistema europeu de direitos humanos, demandar judicialmente contra o Estado. Também, o Tribunal Penal Internacional já aprecia demandas contra indivíduos que ocupavam funções governamentais e cometeram delitos no exercício destas. Além das

Verificamos que as exigências ao Direito Internacional não são somente na ordem legal ou jurídico-normativa, até mesmo porque o recurso à segurança jurídica e estabilidade normativa pode, também, significar uma estratégia para a não mudança ou não transformação. Como dissemos anteriormente, embora se trate, antes de tudo, do Direito enquanto ciência e disciplina social, pela natureza peculiar da sociedade internacional, o volume e intensidade das relações, e das implicações sociais, econômicas, culturais e jurídicas, vale dizer, destas relações, o Direito Internacional precisa responder, ainda que seja como componente de uma ordem jurídica, estruturada por um sistema normativo, a problemas que são mais amplos, ou seja, que decorrem de fatores variados e não somente de dimensão jurídico-legal. Ou, mesmo que sejam afetos a um regime jurídico, ainda assim, pela natureza diferenciada e implicações de outras dimensões, especialmente políticas, exigem novos atributos, outras estruturas e instituições, e uma construção teórica e científica que dê suporte, reconhecimento e legitimidade ao Direito Internacional como sendo capaz de responder às constantes demandas sociais.

Especialmente a partir do século XIX, verificadas as mutações nas relações entre os Estados e na conformação orgânica e relacional da sociedade internacional, o Direito Internacional absorve novos desafios, haja vista os conflitos e controvérsias naturais que as relações trazem. E, nas relações interestatais, antes sempre conduzidas no voluntarismo da ação particular de cada uma, quase sempre pautada por relações bilaterais, passam a adotar novas tendências, com tais acordos incorporando o envolvimento de mais Estados, ou seja, na medida em que complexificam as relações entre os Estados, também amplia a necessidade de acertamento na forma e conteúdo de tais acordos, já que passam a abranger vários países (multilateralismo) e não apenas dois (2), como antes.

Segundo Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier e Alain Pellet (2003), o Direito Internacional Público proporciona o entendimento de que na sociedade internacional “coexistem entidades iguais, tendo as mesmas pretensões ao exercício da soberania absoluta”. (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 4). Acrescenta que os objetivos do Direito

instâncias judiciárias, outros órgãos e organismos jurisdicionais ou quasi-jurídicos, também admitem os indivíduos em atuação direta. As comissões e conselhos de direitos humanos, e outros órgãos do sistema global e regional de proteção trazem os indivíduos como sujeitos capazes de atuação internacional. Vale destacar algumas das convenções internacionais que demonstram a positivação de direitos aos indivíduos com Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e das estruturas jurídicas dispostas para garantia de tais direitos como o sistema global ONU: Conselho de Direitos Humanos, Subcomissão de Promoção de Direitos Humanos e o próprio Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Além disso, vemos os mecanismos e instituições regionais como a Comissão e Corte de Direitos Humanos no sistema interamericano, sem contar os inúmeros tratados internacionais temáticos, como Convenções de Combate ao racismo, a discriminação de gênero, de garantia às minorias, aos povos indígenas, à criança, aos refugiados, combate à tortura, trabalhadores migrantes.

Internacional se diversificaram e vem se ampliando com temas relativos à paz, descolonização, luta contra racismo, *apartheid*, desarmamento, proteção dos direitos humanos, ambiente e outros. Cada uma destas preocupações tem como consequência um desvio ou complementos em diversos ramos do Direito Internacional. Desse mesmo modo, se insere o combate ao tráfico de drogas, a prevenção ao delito, o banimento de penas cruéis, desumanas e degradantes aos presos e as medidas e penas alternativas à privação de liberdade.

O Direito Internacional, que é, no essencial, formado em uma época em que as relações internacionais eram essencialmente políticas, não pode permanecer como é perante as novas e múltiplas necessidades de um mundo em movimento. Para responder aos imperativos da solidariedade internacional deve aperfeiçoar-se, enriquecer-se e adaptar-se. Os mesmos autores acima citados chamam a atenção dizendo ser mais fácil, atualmente, identificar problemas comuns aos Estados e que a tomada de consciência para atuação solidária é inescapável. Conclui que “esta tomada de consciência fez aparecer a necessidade de cooperação e do esforço coletivo, com vista a procura de soluções para os problemas de interesse comum.” (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 65)

É certo que em uma sociedade interestatal o poder influencia na definição da autoridade e, no caso do Direito Internacional, fruto da estrutura e contexto social, é determinante, dentre outras, na produção das normas internacionais e na definição de uma agenda internacional. Muito se fala em mudanças no Direito Internacional, mas é evidente que as mudanças se dão na sociedade e, assim, cabe a ele também se transformar para incorporar as exigências da nova sociedade que se altera regularmente. Novas normas, novos direitos, novos sujeitos e a penetração de novos temas que transcendem a regulação interna dos Estados, anteriormente exclusivas destes, passam a produzir demandas e se transformam em objeto do Direito Internacional. Há uma dinâmica neste novo contexto que exige novas formas de produção de normas e de obrigações e direito que não se pode impedir ou retroceder. Do mesmo modo, a participação de agentes até então que não compunham a arena de discussão e definição de agendas internacionais, enfim, agora participam e induzem valores, compreensões e perspectivas que em certa medida legitimam o processo de produção de normas internacionais.

Questão fundamental neste estudo é o lugar do Direito na sociedade internacional como referência na estruturação social em seus mais diversos e complexos setores. Antes de se estabelecer como elemento de uma ordem normativa, é o Direito uma ordem social que visa estabelecer determinados comportamentos, sobretudo pautados na reciprocidade (KELSEN, 2010, p. 20). Contudo, é inegável que seu caráter vinculante, característico de uma

ordem jurídica, com o diferencial da sanção e coerção, faz do Direito o elemento fundamental em uma estrutura social, sobretudo em uma estrutura estatal.

Percebe-se, então, que embora a maioria das análises se deem a partir de uma perspectiva voltada aos aspectos jurídicos do Direito, posto que é uma expressão e ao mesmo tempo conformador de uma realidade, pela natureza do Direito Internacional, se entrecruzam dimensões já que a realidade não é unidimensional. É certo que a realidade em seus muitos aspectos, históricos, sociológicos, políticos e filosóficos, estão inter-relacionados e, entendemos que o Direito se constrói também sobre a observação empírica da realidade e, neste raciocínio, temos que entre a ideia jurídica e sua realização material é evidente uma relação dialética ou inter-relacional.

Arenal (2002) apontava para a construção de uma comunidade internacional fruto da uma leitura da complexidade que a formata, mas utilizando os instrumentos desta complexidade, naturalmente, considerando elementos de união e de divisão. Destaca que isso é uma alternativa, considerando que temos hoje um “sistema mundial ou planetário, fechado espacialmente, profundamente fragmentado, heterogêneo e complexo, crescentemente transnacionalizado, independente e global, e politicamente não estruturado ou integrado”. (ARENAL, 2002, p. 18)

Mas, é evidente que o Direito Internacional caminha, mesmo que lentamente, até mesmo se espera, que faça uma mudança na natureza do ordenamento jurídico, sobretudo porque, historicamente, as funções atribuídas ao Direito Internacional continuam sendo os temas de coexistência e cooperação, sempre conduzidos para a prevenção de conflitos, repartição de competências, enfim, reservando um papel secundário, ao menos incompleto, ao Direito Internacional enquanto um sistema jurídico sistematizado e institucionalizado, com funções precisas, isto é, um elemento estruturador de uma comunidade jurídica.

Todavia, como reflexo da própria instabilidade da sociedade internacional e dos seus intervenientes de conteúdos variados como poder político, militar, econômico, além de temas como religião, ideologia, etnias, dentre outros, muito se adia do enfrentamento de tais questões a pretexto de se distinguir temas tão conexos e interligados e que moldam o Direito Internacional.

Assim, há uma secção da discussão colocando o Direito Internacional de modo distinto das relações internacionais, o que, ao revés, demonstra que o Direito Internacional, que evidentemente opera no meio social, não pode ser restringido nem desconstituído dos elementos que o conformam como ordenamento jurídico, dotado de normatividade característica e que, é evidencia da complexa sociedade internacional, o que serve como

argumento para ampliação das funções do Direito Internacional. Talvez, as evidências da diversidade, instabilidade e muitas vezes inoperância das relações internacionais, apontam, justamente, para a necessidade de uma estabilidade e consistência na dimensão de um ordenamento jurídico estável e permanente.

Refletindo sobre a relação do Direito com outras disciplinas, Barrado (2004) assevera que deve ser evitada a disputa entre disciplinas sobre o domínio de especialidade sobre determinada área do conhecimento, no caso com a política e relações internacionais. Na verdade, as abordagens diversificadas devem contribuir para melhor detalhamento e desenvolvimento de todos os temas verificados na vida em sociedade internacional. Pelo conteúdo e pelo campo de verificação há uma conexão necessária até mesmo metodológica nesta articulação de teorias e disciplinas. Diz o autor que:

“[...] em suma, há dois (2) elementos que devem ficar claros na configuração deste estudo: por um lado os traços e características que definem e que, progressivamente, vão definindo a sociedade sobre o que opera e atua o ordenamento jurídico internacional; e por outro lado, os elementos mais característicos deste e que, em boa medida, nos conduzem a refletir sobre os aspectos centrais que o definem tanto pelo que se refere aos procedimentos de criação de normas como em relação a sua aplicação.”⁷ (BARRADO, 2004, p. 16, tradução nossa).

O que em grande medida se sustentou, retoricamente, que as relações internacionais, especificamente, a política internacional era distinta ou superior ao Direito Internacional, na verdade, pelas constatações da sociedade internacional contemporânea, são conexões inseparáveis e inescusáveis, sendo complementares e tendo papéis construtivos que permitem a ambos atuarem para garantir a estabilidade social com dinâmica e dialética na leitura da realidade e na adequação desta de modo a buscar a estabilidade jurídico-social.

Há uma tendência de se buscar, na perspectiva sempre progressista, de avanços, de uma ideia de modernização, utilizando ditames, por exemplo, da Declaração do Cinquentenário das Nações Unidas que propunha a promoção e desenvolvimento do Direito Internacional, considerando as novidades advindas da tecnologia, transporte, informação, além de recursos e mercados financeiros internacionais.

Todavia, não se pode olvidar que a estabilidade e permanência de qualquer sistema jurídico-normativo passam por uma base legal e institucional legítima e reconhecida. É dizer,

⁷ En definitiva, hay de dos elementos que deben quedar claros en la configuración del estudio que llevamos a cabo: por un lado, los rasgos y características que definen y que, progressivamente, van definiendo la sociedad sobre la que opera y actúa el ordenamento jurídico internacional; y, por otro lado, los elementos más característicos de éste y que, en buena medida, nos conducen a reflexionar sobre los aspectos centrales que lo definen tanto por lo que se refiere a los procedimientos de creación de normas como en relativo a su aplicación.

que para relações dinâmicas, fragmentadas e complexas, exigem-se instituições estáveis, no mínimo, do seu ordenamento jurídico. É inegável que o processo de formação de normas jurídicas internacionais se dá de modo lento, às vezes interrompido, em certa medida pela própria estrutura diversa da sociedade internacional, que muitas vezes toma determinada norma como incerta, questionável, imprecisa, ou seja, limitando ou não aceitando a mesma.

Especificamente, um dos entraves à conformação do Direito Internacional como um sistema jurídico-legal, dotado de normativa e institucionalmente, em grande medida se dá pelos problemas que cercam a sustentação teórico-científica deste enquanto ramo do Direito com funções de um ordenamento jurídico ao passo que tem como objeto, também, a realidade e o pragmatismo das relações internacionais contemporâneas.

Parte da instabilidade e inconsistência que se aponta atualmente para não se verificar um ordenamento jurídico permanente que permita a construção de uma comunidade jurídica internacional, em grande medida se deve ao ainda inesgotável debate sobre fontes do Direito Internacional e suas decorrências como soberania, reconhecimento, vinculação, legitimidade, normatividade, dentre outros aspectos.

Em uma perspectiva histórica, o ordenamento jurídico internacional tem seu fundamento na própria organização da sociedade internacional, mais imediatamente a partir de Westphalia (1648) e no Sistema Europeu de Estados, como afirma Carrillo Salcedo (1994). Este autor acredita que as transformações ocorridas no século XVI, sobretudo com a pluralidade de reinos e a busca pela soberania interna e independência externa forjou uma corrida pela hegemonia e busca pelo poder que passou a exigir regramentos e limites, sobretudo para evitar excessos e barbáries. No mesmo sentido, a sociedade internacional contemporânea também traz herança histórica da Idade Média com a pluralidade de entes independentes, ou em busca de independência, com culturas, religiões, matrizes políticas e ideológicas diversas, mas que necessariamente, precisam se relacionar. Um ordenamento jurídico internacional não pode desconsiderar esta solução de continuidade posto que, em especial o Direito Internacional, por ser marcadamente histórico-social e político, depende e se relaciona com várias circunstâncias, “de tal modo que a ausência de uma visão histórica do nosso ordenamento jurídico resultaria incompreensível.” (SALCEDO,1994, p. 26-28).

A citar, a fim de ilustrar a conexão histórica do Direito Internacional com sua formatação institucional, orgânica e jurídica, por exemplo, os Tribunais Internacionais, que em grande medida se deram pelo acúmulo e aprendizado a partir de fatos históricos que, de modo dinâmico, reordenaram varias Cortes. A estrutura da Liga das Nações (1919), em especial a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), por exemplo, referenciou a

reestruturação de órgãos judiciários com alta organização legislativa e normativa. Do mesmo modo, os Tribunais *Ad Hoc* (Nuremberg, Japão, Ex- Iugoslávia), que sempre tiveram sua constitucionalidade questionada, já não mais o têm como cortes excepcionais, mas permanentes, com a instituição do Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional (1998), adequando aos pilares constitucionais ora aceitos.

Ao mesmo tempo em que se verifica a prática melhorada da organização institucional internacional, vemos também o aprimoramento jurídico-legal e científico do Direito Internacional, adequando e se estruturando para atender às exigências da dinâmica vida na sociedade internacional, com variedade de demandas, interesses e atores.

Embora muitos dos institutos e temas tratados no Direito Internacional sejam bastante antigos, como soberania, diplomacia, comércio, fronteiras e minorias, a dinâmica da vida em sociedade e toda a diversidade de atores, interesses e demandas acima mencionadas apresentam novas facetas, o que exige melhor qualificação das instituições e órgãos.

Todavia, em que pese o fato de que muita matéria de Direito Internacional, como exemplo, as relações diplomáticas, tenha uma codificação bastante farta, com tratados, práticas de Estados, jurisprudências e doutrinas, não significa, porém, que haja clareza ou certeza das normas que regulam este instituto, considerando que “as fontes são em geral, incoerentes e contraditórias e apontam a varias direções”. (DUGARD, 2002, p. 2-3, tradução nossa).⁸

Com tal dinâmica, Cástor Miguel Diaz Barrado (2004) conclui que o ordenamento jurídico internacional sofre de sobressaltos que vão se produzindo na sociedade internacional e que estes aparecem com relativa frequência e, igualmente, as normas jurídicas no ordenamento internacional é fruto de um processo longo de maturidade (histórica) que se consubstancia com caracteres normativos. Ainda, mesmo sendo normas jurídicas, por diversas circunstanciais, o conteúdo de tais normas sempre tem um alto grau de provisionalidade que precisa ser constantemente renovado.

Com referencia às fontes de Direito Internacional, a formação jurídica destas apresenta raízes em períodos e contextos históricos distintos, como seu desenvolvimento normativo também não foi idêntico, o que pode variar em termos de precisão, ou mesmo de força normativa, o que evidentemente, compromete sua compreensão e aceitação (cumprimento) por algum sujeito internacional.

⁸ Comissão de Direito Internacional. Terceiro Informe sobre a Proteção Diplomática, J. Dugard, Relator Especial, A; CN. 4:523, 7 de março de 2002. Acesso em 6 de fevereiro de 2013. “*las fuentes son em general , incoerentes y contradictorias y apuntan a varias direcciones*”.

É certo que, como antes, o Direito Internacional, atualmente, também se centra na estruturação e consolidação de um sistema normativo e institucional coerente que permita atuar na missão de conformar um ordenamento jurídico dotado de mecanismos eficazes de criação e aplicação de suas normas, além de buscar relações internacionais mais sólidas marcantes em uma sociedade internacional.

Faz-se especialmente necessária uma melhor apuração das fontes do Direito Internacional, dentre outros motivos, pelo fato de que se torna cada vez mais usual, e natural, a justificação de certas intervenções a partir de considerações políticas e nunca de base fundamentada do Direito Internacional, o que põe em questão a amplitude e intensidade da penetração de considerações políticas e quão comprometimento traria ao ordenamento jurídico internacional.

Há uma tendência à codificação do Direito Internacional que pressupõe não somente a conformação de uma ordem legislativa internacional como também aponta para respectiva estrutura jurídico-normativa com órgãos administrativos, jurisdicionais e judiciários para garantir o funcionamento enquanto sistema internacional.

No caso dos direitos humanos há mais uma questão no diz respeito a sua própria compreensão, interpretação e aplicação, conspirando a diversidade cultural e em termos de questões religiosas, políticas, linguísticas de tradições e costumes, que em grande medida influencia o caráter universal e, conseqüentemente, produz variados resultados pela diversidade de órgãos julgadores (global, regionais e locais).

Na busca de uma comunidade jurídica internacional forjada pelo ordenamento do Direito Internacional, verificamos que as profundas diferenças políticas, econômicas, ideológicas, sociais impedem ou, pelo menos, obstaculizam a existência de uma expressão jurídica comum através de princípios e regras de Direito Internacional.

Talvez, muita pretensão há em projetar, ao menos em curto prazo, a criação de uma comunidade jurídica internacional. Seja pelos apontamentos anteriores quanto às especificidades e diversidades na sociedade internacional, seja pelas próprias implicações de um sistema jurídico-legal que seja comum aos vários Estados. Fato é que a dinâmica e evolução da sociedade internacional pressupõe e carece de um ordenamento jurídico compatível com tal realidade. Truyol y Serra (2004) remonta os ensinamentos de Francisco de Vitória que defendeu a ideia de uma comunidade internacional universal a partir do gênero humano em uma sociedade diversa (Direito das Gentes), para afirmar que isso somente de viabilizaria com um mínimo de adequação às exigências de uma ordem racional. (TRUYOL Y SERRA, 2004, p. 21-22).

Reforça Orench y Del Moral (2004) que o Direito Internacional como sistema jurídico estabelece uma relação dialética com a sociedade humana sendo uma aproximação natural que resulta na ilustração da realidade de tal sociedade com suas evoluções e involuções. Nesse contexto, inclusive, considera que a regra jurídica traz em si uma carga ideal e necessária de justiça e isso dá uma característica transformante da realidade social. Diz ainda que “se essa relação dialética está presente em todo o Direito, com maior razão e força se dá entre a sociedade internacional e seu Direito.” (ORENCH Y DEL MORAL, 2004, p. 28-29, tradução nossa) ⁹

Evidentemente, na medida em que a sociedade evolui também se transformam as regras do seu Direito e, especialmente nas relações entre sociedades estatais, nem todas as situações estão cobertas pelo regramento jurídico, o que exige transformação para adequar à realidade, sendo esta o tempo social também para o alinhamento do Direito.

O Direito Internacional, dada a premissa de buscar a regulação das relações entre os Estados, se coloca com desafios ainda maiores que, antes, pautava apenas pela necessidade de controlar as autonomias e soberania dos Estados e, pela própria dinâmica societária, avançou para relações afetas aos Estados na sua perspectiva exterior. Ou seja, há questões que se relacionam a algum ou alguns Estados que têm a ver com o Direito Internacional na medida de disciplinar a equação entre ordens normativas diferentes (sociedade de Estados). Por outro lado, há questões que não se localizam neste ou naquele Estado, mas a todos os Estados haja vista que são afetos ou regulados por estes Estados ou são exigidos comportamentos coletivos ou individuais dirigidos a estes Estados. Estamos, portanto, diante de um fator intransponível na análise da Direito Internacional e seus limites e possibilidades, que é a pluralidade de atores na esfera internacional.

Mostra-se, cada vez com maior clareza, que não há como fechar o Direito Internacional a partir, apenas, de um marco normativo limitado e inspirado em princípios e regras isoladamente. Não é a ideia de uma comunidade jurídica internacional um processo de escolha, mas um processo de transformação a partir da leitura da realidade e das relações internacionais que também estão se transformando. As normas internacionais exigem a incorporação, nelas mesmas, de elementos diversos e complexos, espelhados nesta mesma complexidade da sociedade internacional. É dizer de uma visão multidimensional do ordenamento jurídico internacional considerando que se mostra estabelecida uma interdependência indissolúvel entre valores, princípios e normas que afetam a todos os

⁹ *Si esa relación dialéctica está presente em todo Derecho, com mayorrazón y fuerza se da entre la sociedade internacional y su Derecho.*

sujeitos e atores do Direito Internacional.

Devemos admitir que algo de novo surgiu de dentro da ONU, mas ainda persistem resquícios de segmentação, ou pelo menos uma grande divergência quanto a categorização destes novos fenômenos político-jurídicos. Para avaliar o impacto destes novos fenômenos, é imprescindível a interrelação entre o Direito Internacional e as Relações Internacionais.

Enquanto a disciplina de Direito Internacional está mais centrada no estudo do quadro normativo da comunidade internacional como uma ordem jurídica, a disciplina de Relações Internacionais analisa os modos de ação e a prática de atores em um contexto político. A justaposição dessas disciplinas científicas, independentemente das diferenças marcantes de abordagens, sofre de uma falha fundamental ao desconsiderar que o processo de produção de normas não é nicho ou exclusividade desta ou daquela disciplina posto que o domínio do “dever-ser” é relacionado com os fatos. A análise silogística diz respeito apenas ao discurso jurídico sobre as normas e as questões de sua validade jurídica não mais prospera nesta matriz positivista pura.

Por outro lado, uma concepção mais ampla da lei vai permitir que os fatos relevantes em que se baseiam as regras se coloquem como base empírica de natureza social e política, desta forma, refletindo de modo mais correto e concreto a realidade da comunidade internacional. Parâmetros factuais serão assim também avaliados em um contexto normativo, de forma que a prática do Estado possa ser analisada por categorias de Direito Internacional, mesmo se a prática não constitua regra legal, mas sim normas políticas e éticas de ação. Esta concepção mais ampla do alcance do Direito Internacional transcende a concepção da análise do puro “dever-ser”, e com isso tem muito a contribuir, pois quando se olha para o processo jurídico internacional considera-se que a fase das decisões finais e a vinculação das partes envolvidas é o ato final em situação. A lei ou a regulação de comportamentos pela lei não explica ou cessa todas as demandas, pelo menos não explica todas, e isso não pode ser atribuído ao êxito ou fracasso do Direito Internacional.

Georges Scelle (1932) afirma que a solidariedade social gera o Direito Internacional, e que este tem natureza obrigatória e o seu fundamento, portanto, reside na necessidade social que este representa. É dizer que, se o direito é um sistema normativo aplicado a um agrupamento social, este não pode ser determinado por uma única via, qual seja, a vontade. Contesta o voluntarismo e admite a existência de elementos com valores morais e da própria ideia de justiça como condicionante do Direito Internacional na medida em que estes representam uma necessidade social. (SCELLE, 1932, p. 117)

Desse modo, inverte-se a lógica formalista de entender fontes formais como elementos

definidores da obrigatoriedade e vinculação a uma norma internacional. Ao contrário, são as fontes materiais ou elementos materiais que dão o caráter obrigatório das normas, colocando em conformidade o direito objetivo que é constituído por fontes materiais resultante das necessidades sociais. Nesta perspectiva não há como se opor o direito interno dos Estados ao Direito Internacional.

Sem aprofundar a questão de que os únicos sujeitos internacionais são os Estados soberanos e iguais entre si, concepção esta destacada nos séculos XVII e XVIII, ou se somente são sujeitos internacionais os indivíduos, como assevera Georges Scelle (1932) na defesa da corrente sociológica do pensamento internacionalista, é notável que os postulados clássicos ainda perduram, o que nos faz concluir que ainda são os Estados que regulam e são regulados direta e imediatamente pelo Direito. É claro, que isso não retira o *status* de outros atores do Direito Internacional, ao contrário, somente reafirma a complexidade no Estado de se considerar as diversas demandas sociais e seus componentes que são produto da evolução e dinamismo nas relações ao mesmo tempo em que se colocam com certas contradições. Antes, somente questões relativas à soberania do Estado nas suas relações com outros; agora, além disso, os temas e problemas internos também se tornam objeto dos Estados, inclusive nas relações externas.

Para responder a tais situações é importante se ter clareza de que a natureza das relações internas no Estado se difere quando se trata de relações entre Estados. Estas são, sobretudo, relações de poder, o que inclui componentes políticos e também direciona as relações. O processo histórico aponta fatos que naturalmente mudaram e mudam as relações internacionais e, logo, as relações de poder. As ocorrências históricas apontam, sem dúvida, em que pesem os benefícios trazidos pela nova era das relações internacionais, também os ônus decorrentes, dada a constatação de que os problemas internacionais passam a se constituírem como problemas universais.

Porém, na condução destes problemas que adquiriram dimensão universal, dada a desigualdade de poder nas relações internacionais, o processo de construção de uma pauta comum também pode se tornar um problema e, por vezes, como se vê, o Direito Internacional se torna uma orientação, ou melhor, um instrumento que fornece a lei e sua normatização como elementos para manusear o exercício do poder, de modo mais pragmático, definindo o que é ou não problema internacional, ou seja, definindo e conduzindo a pauta internacional, refletindo a visão realista das relações internacionais.

A desigualdade de poder e riqueza entre os Estados também é um componente analítico importante, dada a concentração em um pequeno grupo de países que ocupa os

principais espaços decisórios na esfera internacional. Ainda que a igualdade jurídica *westfaliana* tenha tentado corrigir certa desigualdade formal, é claro que não foi capaz de corrigir a desigualdade de fato, característico das soberanias com maior poder e peso específico. (TRUYOL Y SERRA, 2004, p. 241)

Isso reafirma a complexidade das relações sociais internacionais, o que tem ocupado também o Direito posto que leva também a um tratamento jurídico das funções do Estado e seus membros, os novos atores e toda transformação na estrutura contemporânea destas relações. Sem explorar tanto neste trabalho, mas acompanhando Truyol y Serra (2004), sem dúvida que ainda perdura neste contexto internacional a supremacia europeia que pauta a busca por uma comunidade internacional na visão eurocêntrica universal, veja o Concerto Europeu.

Mas, também, é marcante o caráter político, e pouco jurídico, das relações internacionais neste percurso histórico até o século XX. A Convenção de Viena e suas rodadas; a Liga das Nações até a constituição da ONU mostram os limites políticos e, em certa medida, avançam no sentido jurídico-normativo de busca da paz, sem perder a dimensão política natural das relações entre Estados.

A pluridimensionalidade da sociedade internacional coloca que os diferentes aspectos e fatores complexos trazem pontos de vistas diferentes e, desse modo, inter-relacionam dimensões políticas, sociológicas, históricas, filosóficas e jurídicas. Notadamente no Direito Internacional, por buscar uma ordem de comportamento real, se faz necessário adaptar às características especiais da sociedade em que será aplicado, o que decorre da evolução desta sociedade e que exige transformação das normas de Direito.

A evolução da sociedade internacional influencia consideravelmente todos e cada um dos Estados, interna e exteriormente e, neste sentido, também permite a intensificação das sociedades nacionais, em que pese eventual divergência ideológica e política, além das desigualdades sociais que marcam Estados mais dependentes.

De todo modo, é preciso que o Direito Internacional se adapte ao processo evolutivo, sobretudo atuando em situações melindrosas como são as desigualdades econômicas e políticas. Não somente aspectos da força normativa da ordem internacional, desde *Westphalia* e sua igualdade jurídica entre Estados, mas neste novo paradigma de complexidade em função do poder, passa a se exigir do Direito Internacional novas referências para aproximar todos os Estados, ainda que não se constitua uma comunidade internacional, mas que se produza uma concertação internacional.

Sem dúvida, a abertura de espaços por novos atores no cenário internacional, pautando

novas agendas, também é fator relevante na ilustração da complexidade das relações internacionais. Evidentemente, o lugar primeiro dos Estados não é ocupado, mas novas relações de poder são postas com o surgimento das Organizações Interestatais e também de outras coletividades e dos indivíduos que, pelo menos, se colocam como objeto essencial nas deliberações dos Estados.

Especificamente, a criação das organizações internacionais representa uma nova forma de atuação coletiva e melhor alinhada na perspectiva de uma agenda universal. Em que pesem algumas avaliações de fracasso da Sociedade das Nações oriunda do Tratado de Paz de Versalhes (1919), ainda assim representou um avanço histórico e pelo menos a base da evolução institucional. Ainda, para além do aspecto normativo, agora institucional, neste contexto se estabelece a referência de uma dimensão universal aos problemas comuns dos Estados, ou que os afetam, rompendo com o regionalismo europeu que centralizava a ordem internacional.

Os temas paz e segurança internacional que ocuparam o desenvolvimento histórico dos Estados e das Organizações Internacionais, em especial pelas ocorrências de guerras mundiais, agora, uniriam todos, senão a maioria dos Estados de modo mais articulado e, com o aprendizado acumulado, na busca de equacionar problemas de representação, com a disposição regional de membros nos espaços institucionais ampliando a participação de Estados menores, a transparência nas sessões e espaços deliberativos, além da busca de soluções pacíficas nas resoluções de conflitos, com inclusão de meios políticos, jurisdicionais e judiciários mais efetivos. Estes foram alguns dos avanços proporcionados a partir da criação das Organizações Internacionais.¹⁰

A importância política incontroversa das Organizações Internacionais e certo otimismo com as possibilidades de uma comunidade internacional, ou mesmo universal, avançam para uma perspectiva jurídica, mais efetiva e legítima, em grande medida reconhecida e aceita pela grande maioria dos Estados. Com isso, há uma transformação na ideia de existência de uma sociedade internacional efetivamente regida pelo Direito Internacional, o que leva a doutrina e jurisprudência a também investir na compreensão de uma comunidade jurídica. A partir da CPJI já se tinham lançadas as bases de um Direito Internacional melhor estruturado como sistema jurídico, normativo e organicamente regido, é claro, se estruturando muito melhor com a fundação da ONU que pelo contexto do pós II

¹⁰ Vale destacar a importância do Pacto de Briand-Kellog em 1928 que, mesmo com aplicação em pouco tempo, fixou as bases do que temos hoje bem definido nas regras da ONU, que é a proibição do recurso à força como instrumento de política internacional.

Guerra Mundial, permitiu tirar lições para melhor alinhamento institucional e estatal, corrigindo deficiências e limitações da Sociedade das Nações.

Com as bases políticas necessárias, em que pesem as críticas ao modelo e primazia eurocêntrica, e com a estrutura jurídico-normativa dada pelo Direito Internacional, agora com o reforço da doutrina e jurisprudência, toma força a ideia de universalidade construída por regras jurídicas gerais e que sejam pactuadas por todos os Estados como um Direito comum e geral. Destaca Orench y Del Moral (2004, p. 60) que o grau de proposição de pactuação e unidade se deram tão forte que até mesmo a declaração de neutralidade “*delenda est neutralitas*” já não mais cabia como mera manifestação ou decisão unilateral, mas como construção coletiva dada a impossibilidade de indiferença de todos os países diante de eventuais conflitos internacionais.

Com efeito, além das dimensões política e jurídica, questão fundamental foi a nova configuração geopolítica de distribuição de poder, relativizando o protagonismo e primazia dos Estados europeus, em especial com a preterição dos Estados europeus vencidos na II Guerra Mundial. Além disso, contribui com a mundialização da sociedade internacional os movimentos mais intensos de descolonização na África e na Ásia, o que traz o caráter mais heterogêneo dos países participantes, componentes representantes de todos os continentes, inclusive com matriz política e ideológica diversa.

Evidentemente, ainda permanecem algumas bases fundamentais tanto da visão da autonomia e soberania dos Estados, sobretudo nos termos de não intervenção em assuntos internos, mas também sedimentam algumas bases obrigacionais às quais os Estados também se arregimentam, como a proibição ao uso da força, a boa-fé, e a solidariedade e cooperação econômica, social, cultural e humanitária entre os países.

Mas, o que também se destaca de modo especial a partir da Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1945) foi, também, a inserção do indivíduo como importante sujeito internacional e, logo, a ruptura da exclusividade das relações internacionais somente aos Estados. Desse modo, mesmo com o lugar distinto dos Estados, as Organizações Internacionais se colocam como sujeitos secundários e com papel característico nas questões internacionais e, ainda, se inserem os indivíduos que não somente se tornam sujeitos internacionais de fato ou imperfeitos, mas também inter-relacionam ora como sujeito ora como objeto na atuação dos outros sujeitos, como se vê com a proteção aos direitos humanos.

É certo, portanto, que na ordem normativa, o indivíduo é reconhecido com lugar de destaque no tocante a capacidade jurídica, em especial na condição de destinatário de princípios e regras internacionais. Evidentemente, o caminho para ocupar esse lugar de

destaque passa pela previsão de direitos e garantias, com a segurança dada pelo Direito Positivo, resultando na codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional.

Portanto, a diversidade de sujeitos internacionais se torna um elemento fundamental na caracterização da sociedade internacional com dimensões múltiplas e inseridas em todo e qualquer processo de relações internacionais. Desse modo, qualquer ordem jurídica, e política, precisa avaliar e incluir as demais variantes, interesses e sujeitos no contexto da decisão, talvez, da própria distribuição de poder. Embora não se coloquem os demais atores no mesmo patamar dos Estados e das Coletividades Estatais, atualmente, não podem ser preteridos outros atores como os indivíduos, organizações não governamentais, e outras coletividades não estatais ¹¹, que cada vez mais se colocam nas relações e exercem importante papel na política internacional.

Um importante componente, de igual complexidade, mas constatado nas relações jurídicas, políticas e sociais na sociedade internacional é a heterogeneidade de sujeitos e a dinâmica em que se dão as conexões entre estes sujeitos. No processo de demonstração da complexidade da sociedade internacional, especificamente, da diversidade de atores e o reflexo de suas ações no sistema jurídico internacional temos que, embora se evidencie a força e importância de sujeitos não estatais, prevalecem, ainda, os Estados e as Organizações Internacionais, em um segundo momento. Houve um aumento, sim, do poder de fala de alguns atores, como Organizações Não Governamentais (ONG's) e indivíduos, no processo de participação na criação das leis internacionais, mas isso decorre de uma exclusividade dos Estados com os tratados e costumes internacionais, já que detém a personalidade jurídica qualificada para produção de leis, com direitos e obrigações no cenário internacional.

Os doutrinadores internacionalistas têm sua importância, assim como as ONG's tem sido relevantes para a produção de leis internacionais, vejam as ações humanitárias, do mesmo modo que os indivíduos alçaram lugar fundamental na destinação da norma, assim como na responsabilização, como no Tribunal Penal Internacional, assim como os julgados das Cortes e Tribunais internacionais. Todavia, ainda é atribuição exclusiva dos Estados o processo maciço de produção de normas. Ainda, com a expansão das Organizações Interestatais, esta capacidade dos Estados na produção de leis se ampliou com a atuação coletiva e a presença dos Estados aumentou para várias frentes, com produção de regras

¹¹ Por coletividades não estatais entendemos aqueles atores que não se conformam como Estado, formalmente, logo, não reconhecidos de modo absoluto pelos Estados e Organizações Internacionais, mas que gozam de reconhecimento por Estados e/ou órgãos, ou possuem personalidade jurídica relativa, podendo atuar, em certa medida, como atores internacionais. É o caso dos movimentos de libertação nacional ou descolonização, movimentos beligerantes, insurgentes ou transicionais.

amplas e vinculatórias, formando “redes governamentais”.

Portanto, embora haja uma diversificação de atores, estes agem dentro da engenharia dos Estados, através e, em certa medida, condicionados por estes, figurando apenas como partícipes e atuando apenas de modo formal ou procedimental, sendo que os espaços normativos factuais e substantivos permanecem sob o domínio e controle estatal.

A isto Jean D’Áspremont (2010) chama de “ilusão doutrinária da heterogeneidade” de autores nos processos de produção de normas internacionais (D’ASPREMONT, 2010, p. 298). Segundo ele, os internacionalistas, na verdade, pautam esta abordagem a fim de que isso se confirme no futuro, ou seja, incorporada nos processos hermenêuticos e mesmo como contribuições nos processos dogmáticos, pois na verdade, mesmo com a presença de outros atores no cenário internacional, em termos de criação de normas obrigatórias, é ilusório achar que tais sujeitos, de fato, alteraram o cenário estatal vigente. No máximo, uma atuação na vocalização, com um espaço aberto em canais de interlocução com os sujeitos, de fato e de direito, responsáveis pela criação de normas internacionais.

Portanto, o que caracteriza a sociedade atual é, na perspectiva jurídica, o cenário diverso em que o Direito Internacional atua, sendo a heterogeneidade marcante na sociedade internacional, o que evidencia as diferenças e também as desigualdades, em especial, a desigualdade entre os atores que interagem nas relações internacionais; relações estas marcadas, sim, pelas divisões, contradições e antagonismos. Todavia, é certo, também, que somente se justifica a busca da estabilidade de um sistema normativo, sobretudo do seu ordenamento jurídico, através deste retrato do que é, efetivamente, a sociedade internacional em que se atuará.

Cesáreo Gutiérrez Espada (1995) destaca os aspectos jurídicos da análise da heterogeneidade da sociedade internacional e sua implicação nos desafios, limites e intervenientes deste processo. A heterogeneidade faz externalizar a essência do conjunto de normas e princípios que conformam o ordenamento jurídico internacional, muito além da perspectiva jurídica, o que faz elastecer as funções do Direito Internacional com maior pragmatismo dos desafios que uma sociedade internacional contemporânea dividida e diversificada.

A heterogeneidade da sociedade internacional contemporânea constitui um dado especial para compreender com profundidade qual é a missão de seu ordenamento jurídico, como é seu sistema normativo e em que consiste e o porquê de seu sistema institucional. Ou, de modo mais concreto, a divisão e diversidade da sociedade internacional contemporânea é o que explica a ampliação das funções do Direito

Internacional Público. (GUTIÉRREZ ESPADA, 1995, p. 124, tradução nossa)¹²

Evidentemente, ao contrário de algumas compreensões, o fato de existir diferenças, antagonismos, interesses contrapostos, não são elementos para inexistência de uma ordem normativa, ao invés disso, é um dado fundamental para demonstrar o seu reconhecimento, e também a necessidade de ordenar ou reordenar o sistema normativo internacional, em certa medida, partindo da heterogeneidade vista como espaço para construção de maior homogeneidade, no nosso entendimento, a partir de maior apuração de institutos jurídicos.

Nesse contexto de busca de homogeneidade cabe destacar, mais uma vez, a posição dos Estados que figuram como o principal sujeito do Direito Internacional e que, em grande medida, são responsáveis pelos avanços, impasses e retrocessos, também, da ordem jurídica. Algumas práticas internacionais demonstram um tratamento diferenciado entre os Estados por motivos de toda sorte, mas nos ocupam mais as discriminações entre os Estados pela própria previsão do ordenamento internacional, embora não seja o único sujeito do Direito Internacional.

São inúmeros os êxitos com a manutenção da paz e segurança internacional pela atuação das Organizações Internacionais. Há vários exemplos de atuação positiva como nos conflitos entre Irã e Iraque, no Chipre, na questão Namíbia e Angola, nos processos de pacificação na América Central, dentre outras. Todavia, na questão do Golfo Pérsico, é questionável a atuação da ONU, especificamente do Conselho de Segurança, o que avalia Sánchez Rodríguez (1991) como falta de protagonismo qualitativo já que sua atuação demonstrou profunda letargia, em especial pelo abandono dos fundamentos jurídicos aplicáveis e por um excessivo uso de juízos de valor em termos políticos, não se tendo precisão em termos jurídicos. (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1991, p. 22).

Embora seja evidente o discurso de que em uma eventual comunidade internacional deva existir uma estrutura jurídica própria, ou seja, distinta das ordens e regimes jurídicos internos, evidentemente, não há como seccionar de modo tão claro em que não se perceba um pouco de cada país, sistema ou regime jurídico. Pelo menos, não se pode garantir um alinhamento internacional comum, se não houver certo grau de vinculação política, ou certa adesão interna. Não é demais dizer que a motivação dos Estados, dada sua importância como sujeito internacional primário tem relação direta com o dito interesse nacional. Neste sentido,

¹² La heterogeneidad de la sociedad internacional contemporánea constituyen dato esencial para comprender em profundidad cuál es la misión de su ordenamento jurídico, como es su sistema normativo y en qué consiste y por qué su sistema institucional. O, con más concreción, la división y diversidad de la sociedad internacional contemporánea es la que explica la ampliación de las funciones del DIP. (tradução nossa).

como afirmam Judith Goldstein et al., (2000), a criação do Direito Internacional está intimamente ligada à dimensão política pela interferência de interesses políticos, poder e instituições e, na perspectiva inversa também, na medida em que tais normas internacionais atuam nos resultados e nos processos políticos. (GOLDSTEIN et al., 2000, p. 387)

Para além de uma discussão normativa de certas regras internacionais coloca-se o Direito Internacional e sua legalização como objeto analítico de maior relevância posto que às decisões, fruto dos debates internacionais, é dado o carácter impositivo a partir da regulamentação de normas que foram definidas como agenda internacional. Lage (2009) afirma que a compreensão do Direito Internacional a partir de um contexto social mais amplo é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado dada a dialética entre Política e sociedade nas relações internacionais. (LAGE, 2009, p. 47)

Portanto, a perspectiva de regulação das relações e da política internacional pelas normas, pelo Direito, é uma escolha que pode trazer custos negativos ou positivos e, por isso, a adesão a tais normas tem sido polêmica dados os custos políticos decorrentes. Daí, podemos inferir que menos a questão normativa é que define a aceitação ou não de determinada norma por um Estado, mas que a perspectiva pela legalização é inegável e, com isso, podem ocorrer ganhos, entraves e perdas. De fato, sendo a legalização uma instituição, mais que um método ou instrumento, a agenda internacional, para ser desenvolvida, se sujeita aos intervenientes característicos do cenário no qual se define tal agenda.

2.1.2 Direito e Legalização Internacional: desafios da ação normativa

A legalização como aspecto teórico e analítico, pode parecer óbvio, posto se tratar do contexto do Direito e do Positivismo, de modo geral. Porém, a legalização não é um pressuposto ou um critério inerente, sobretudo no Direito Internacional por existirem conectores políticos, ideológicos, econômicos que interferem no processo de legalização das relações, comportamentos e práticas. Também a complexidade aumenta como dissemos acima, porque os operadores desta legalização podem apresentar demandas diferentes e antagônicas, expostas em uma mesma arena, e dispostos a garantir neste processo de legalização, sua demanda particular.

Este cenário traz uma ideia de constrangimento aos Estados já que normatiza assuntos que, de certo modo, podem limitar ações, contrapor interesses ou mesmo trazer resistências de ordem interna. Daí que alguns temas, ditos importantes para alguns, podem não ser relevantes a outros Estados e, desse modo, não se constituir em agenda internacional.

Neste sentido, a norma sempre traz um adjetivo que a qualifica como mais forte (agenda) ou menos forte (não agenda). Estudo feito por Kenneth Abbott e Duncan Snidal (2000) conclui que os atores internacionais escolhem resolver problemas, isto é, partindo da legalização do Direito Internacional são feitas escolhas políticas e tais escolhas são definidas a partir da maior ou menor obrigatoriedade ou vinculação da norma. É feita uma classificação ou tipologia a partir da distribuição de normas por níveis de maior ou menor obrigatoriedade, seu grau de precisão e o nível de delegação.

O que nos colocamos a questionar a partir de então é se importa realmente o valor normativo dado a determinada norma ou, se de modo mais pragmático, a agenda colocada é, de fato, a agenda necessária ou se somente atende a estratégias de alguns Estados de estabelecer, pela legalização, sua obrigatoriedade ou não. Ou seja, na medida em que a perspectiva é pela legalização do Direito Internacional e este permite estabelecer o que é mais ou menos lei, pode ser a legalização uma medida para os Estados mitigarem prejuízos e ampliarem benefícios, interna ou internacionalmente, se apoiando em limites formais de tais regras.

Evidentemente, caminha este estudo por uma direção sociológica da compreensão do Direito Internacional na medida em que considera fundamental a articulação da dimensão axiológica e normativa em uma ordem jurídica internacional. Embora os valores não sejam suficientes para formatação de uma ordem jurídica internacional exercem influência moldando conteúdos de normas, pautando ou definindo agendas, o que refletem os desejos e necessidades da sociedade. Como afirmam Martha Finnemore e Stephen Toope (2001) “o direito é um processo social e não apenas parte de uma perspectiva estática em que as normas seriam estabelecidas em um único procedimento de tomada de decisões durante o momento de sua criação.” (FINNEMORE; TOOPE, 2001, p. 750)

Todavia, a despeito da discussão retórica que distingue comunidade internacional e sociedade internacional, o alinhamento de valores e obrigações não se dá de modo uniforme ou homogêneo. Valores e obrigações fundamentais de uma sociedade podem ter variantes e dissensos importantes posto que os Estados são os mais diversos e não existe no Direito Internacional um centro normativo hegemônico ou um Estado Mundial. Com isso, um dos equívocos constatados é a busca de uma centralização normativo-legal do Direito Internacional, ou criação de uma comunidade jurídica internacional seguindo a mesma lógica de ordens jurídicas internas ou domésticas. É claro, que embora ocorra de vários Estados apresentarem anseios, desejos e necessidades comuns, não refletem e nem definem ou orientam a conformação de uma ordem normativa internacional homogênea. É dizer que a

unidade do Direito Internacional não pressupõe a homogeneização ou centralização de órgãos e instrumentos jurídicos.

Embora se evidencie um processo positivo de construção do Direito Internacional, em especial quanto aos temas abarcados e a consideração da evolução histórica e dinâmica social diversificada de atores, sujeitos e temas, quanto ao conteúdo normativo, o ordenamento jurídico ainda se apresenta em etapa inicial de formação e, em certa medida, incipiente quanto à regulação formal da norma.

Afirma Cástor Miguel Diaz Barrado (2004) que tanto por razões sociológicas como por razões normativas, a formação e adequação do Direito Internacional é um processo lento, sobretudo por conta da sociedade atual, que também deve ser parâmetro para esta formação. E conclui que, “em sua essência, a figura e os contornos praticamente acabados do Direito das Gentes estão longe no tempo e, na atualidade, o que se permite constatar disso é que o ordenamento jurídico está imerso, desde sua gênese, em um complexo processo de formação.” (BARRADO, 2004, p. 44, tradução nossa) ¹³

Na sequencia deste trabalho faremos uma discussão mais detida sobre a teoria das fontes tradicionais do Direito Internacional e a repercussão nesta teoria com os novos movimentos de produção de normas internacionais, especialmente pelos novos atores, novas demandas, novos fluxos de relações e, sobretudo, pela nova institucionalidade do Direito Internacional neste complexo. Porém, temos que anterior a este debate, reside o próprio movimento de legalizar ou juridicizar e, como resultado decorrente, normatizar toda a complexidade que implica a vida em sociedade internacional.

Há uma tendência percebida no Direito Internacional de que os Estados têm buscado, cada vez mais, maior segurança nas relações com outros Estados e, em um contexto essencialmente formal e institucional, a legalização e codificação trazem, em tese, a segurança esperada. A materialização de tratados internacionais, até mesmo codificando costumes internacionais, ilustra certa desconfiança entre os Estados, o que fazem recorrer a instrumentos pela maior estabilidade das relações evitando confrontos políticos e diplomáticos, inclusive bélicos.

Mas, além da busca de segurança e estabilidade, também resta claro que este movimento não é puramente voltado para regulações formais entre os Estados. Muitos destes, senão todos, dada a sedimentação mínima de uma ordem jurídica internacional, se utilizam

¹³En esencia, la figura y los contornos “prácticamente acabados” del derecho de gentes están lejos en el tiempo y, en la actualidad, lo cabe constatar es que este ordenamento jurídico está inmerso, desde su génesis, en un complejo proceso de formación.

destes espaços para manejar instrumentos, instituições e leis na conformidade de seus interesses. Posto que os interesses desta sociedade de Estados podem não se encontrar, o conflito ou controvérsia é inevitável e para resolver tais controvérsias é preciso um mínimo jurídico e institucional.

Não há, como já dissemos, uma ordem legislativa ou jurídica internacional (ou mundial) centralizada nesta sociedade de Estados, e, diante disso, estes mesmos Estados têm a incumbência de levar a cabo a consecução das leis necessárias para regular suas relações.

Surge então o cenário que conforma o quadro positivista estatal do qual mencionamos, em uma ordem jurídica anárquica, formada por uma diversidade de Estados, com diferenças e distâncias de ordem econômica, política, ideológica, social, histórica, religiosa, cultural; fatores estes que refletem imediata e diretamente, nas relações entre os mesmos. É dizer que, como apontamos na seção anterior, que nos desafios e funções do Direito Internacional, cabe agrupar estes Estados em uma mesma arena decisória para operar os mesmos instrumentos.

Portanto, já é de muito mérito conseguir certa organicidade para agrupar Estados com características tão diversas, mas o desafio é manter tais Estados neste mesmo alinhamento e mais desafiador ainda é estabelecer o alinhamento institucional e político, dadas as intervenientes acima mencionadas.

Todavia, dispostos isolada e coletivamente, há uma situação limite que reúne os Estados, de modo a sempre existir um ponto de partida para o diálogo e posteriores negociações decorrentes das relações entre os mesmos. Mas, desde o ponto de partida, há uma variedade de Estados e esta variedade também ocorre em termos de apropriação das instituições políticas e orgânicas quando agrupados. Eis que se apontam as relações de poder, as quais se estruturam, normalmente, em função da reunião de condições por um ou por alguns Estados, em termos de agregar capacidades de dimensão política, econômica e militar.

Esta apropriação feita se reproduz na capacidade, inclusive, de manejar as instituições para manter tal poderio ou alterá-lo em qualquer medida, desde que não tenham resultados inesperados a seus interesses.

Sem mais, o manejo dos instrumentos legais dispostos aos Estados na sociedade internacional são fundamentalmente afetados por variáveis que não somente dizem respeito aos instrumentos legais propriamente, mas do modo de utilização destes. É dizer que a legalização não é um instrumento, mas uma instituição consagrada pelos Estados e que fazem uso da mesma para materializarem suas demandas.

Mas, por ser uma instituição permitida a todos os Estados é preciso ter em conta que a legalização pode trazer resultados positivos e negativos, ou pelo menos custos que podem

variar conforme a situação e interesses em jogo. Envolvendo Estados soberanos, autônomos e independentes, o contexto é diverso e os processos relacionais são igualmente complexos. A legalização, sendo uma instituição, como cremos, oferece alguns mecanismos mais específicos para operar a regulação dos interesses, anseios e necessidades dos Estados que são as normas internacionais.

Na elaboração destas normas se concentram todos os fatores acima mencionados relativos às particularidades de cada Estado, mas também se colocam elementos próprios da atuação coletiva quando da materialização destas normas internacionais. Uma decorrência que se constata, com isso, é a fixação de dispositivos para, conforme o interesse, particular ou coletivo, valorar o objeto de discussão como mais ou menos importante, ou mais ou menos necessário. Este processo, por vezes, persuasivo, resulta em estabelecer maior exigência (e cumprimento) dos termos postos em tal norma.

Surge a discussão sobre normatividade das leis e, por conseguinte, os fatores formais e materiais de tais normas, ou seja, maior detalhamento que tem nesta consideração a origem, forma ou veículo pela qual se exteriorizou o conteúdo, o modo de apropriação pelos destinatários, implementação, resultados obtidos, enfim, um rol de elementos que se conectam. Portanto, desde a fonte, que aponta os motivos que levaram a pautar uma questão e transformá-la em objeto de regulação (legalização), até os efeitos e resultados alcançados, é fundamental compreender todo o processo para melhor situar a discussão sobre algumas novas possibilidades que surgem quanto a externalização das demandas e sua transformação em um objeto do Direito Internacional.

Devemos reforçar a compreensão de que as fontes de direito, assim como os fatos da vida em sociedade internacional especificamente, apresentam mutações com o tempo e as circunstâncias. Claro é que as alterações não se verificam da noite para o dia, pois o processo de formação dos desejos e o surgimento das necessidades da comunidade de Estados são processuais e lentos.

Corroboramos com a proposta de Serge Sur (1985) que apresenta uma tríade – “relatividade, mobilidade e homogeneidade” - quanto à aplicação e resultados das normas jurídicas internacionais. Explica que tais normas são relativas quanto:

- a) ao seu campo de aplicação;
- b) às autoridades jurídicas das quais promanam. Nem todos os sujeitos que criam normas ou de algum modo participam de sua produção se inserem no mesmo espaço, até mesmo porque não há um órgão ou espaço específico e central de produção de normas internacionais. Pela diversidade de normas e certa *descentralização* na sua produção, há normas de aplicação global (mundial), de

aplicação regional com os blocos de integração e também de modo bilateral entre Estados. Desse modo, o campo de aplicação varia, logo variam também seus efeitos e resultados. (SUR, 1985, p. 901-903)

Também, nem todos os sujeitos detém poder ou o mesmo poder que os habilitem a produzir normas internacionais. Com a expansão de campos de atividade e a entrada de outros sujeitos internacionais nos processos de criação de normas legais também a origem das normas reforça a heterogeneidade de sujeitos e objetos de regramento internacional.

As normas apresentam “mobilidade”, ou seja, transformam-se em extensão e em intensidade dentro de dialética tanto unilateral quanto geral. Como dito, a diversidade de campos de aplicação e de atores destinatários e criadores das normas gera maior ou menor incorporação pela matéria (conteúdo) e pela forma que ela chega aos interessados. Desde o processo formal de sua criação até na produção de efeitos internos em cada Estado, a medida da abrangência e de cobertura de seus efeitos podem significar o sucesso ou não de uma norma internacional. Quanto maior a adesão, mesmo que gradual, a norma vai se cambiando no sentido de ser mais eficiente e eficaz. E, sendo implementada por número maior de Estados, além da demonstração de sua importância, ganha em intensidade posto que as elaborações em torno dela se incrementam através dos debates, conferências, troca de experiências, desenvolvimento de doutrinas, criações de órgãos de supervisão e acompanhamento, enfim, um conjunto de possibilidades para ampliação de seu conteúdo e da sua representatividade como agenda.

Por fim, buscam as normas “homogeneidade” de propósitos na direção de uma sociedade internacional, ou, como sugere o autor, de *société utopique* (sociedade utópica). É claro, como temos defendido, além de pactuarmos desta visão utópica de uma comunidade internacional, sobretudo jurídica, não se apontam garantias de que o resultado desta homogeneidade é possível e se resultará em melhorias e alcance esperado pelos Estados e pela sociedade de modo geral. Neste debate sobre a heterogeneidade de sujeitos, demandas, instâncias decisórias e outros fatores, talvez a homogeneidade seja apenas um dos propósitos gerais de justiça, paz e segurança internacional, mas em termos de procedimentos para alcance disso mais importa a combinação de procedimentos e o envolvimento de todos os atores, também com a diminuição de formalismos processuais.

Evidentemente, a cooperação e participação de todos trazem maior possibilidade de acertos e isso pode se dar pelo encontro de medidas próprias e adequadas conforme as peculiaridades sociais, econômicas, geográficas, políticas, ideológicas, históricas, religiosas, ou seja, considerando a pluralidade, ou a pluriversalidade de implicações.

Até aqui quisemos destacar o papel da legalização e seu funcionamento como instrumento das relações e da política internacional. Ainda, em que medida, já que a legalização se desenvolve em uma ordem normativa, o Direito Internacional compreende e como garante a maior legitimidade e integridade do sistema legal internacional. Em que pesem as variantes da soberania estatal, implicações de ordem interna quanto à recepção da lei internacional e, sobretudo, as motivações políticas que levam o Estado a cumprir ou rechaçar as leis, aponta também as técnicas desenvolvidas para se estabelecer ou não deixar se estabelecer uma demanda, ou seja, definir um jogo de poder, no caso, em um sistema jurídico, utilizando mecanismos da lei e sua normatividade.

Alguns autores enfatizam que os atores internacionais escolhem resolver seus problemas também adotando a legalização para garantir as condições de governança. Um elemento fundamental, talvez uma perspectiva necessária quando se discute a ordem internacional ou o Direito Internacional na sua conformação normativa é um aspecto já bem colocado pelos internacionalistas como governança global. Apesar da força do sujeito estatal, justificado pela própria organização da sociedade, ainda permanece a dimensão estatocêntrica. Todavia, conceitos como soberania, controle e poder passam, já faz algum tempo, a conviver com outros elementos que exercem relativa influência, mas que se mantêm como condicionante nas relações internacionais, como o tema dos direitos humanos. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (2003, p. 33), mesmo apontando a proeminência dos recursos de poder que determinados Estados (os mais fortes) se utilizam para manter a hegemonia, o controle e a definição da agenda internacional, ressalva que ainda será necessário incorporar algum mecanismo que faça garantir legitimidade e reconhecimento a pautas de outros Estados, o que ele chama de pautas de legitimidade.

Os custos para o caso de não aproximação com estas pautas podem ser perigosos, ou prejudiciais, para a própria manutenção da hegemonia, o que faz com que tais Estados, em alguma medida, abram mão dos discursos justificadores negativos, ou de objeção, para alinhar com outras pautas internacionais, flexibilizando seus interesses em prol para garantia de certo consenso dentro do sistema internacional.

Temos dito que a diversidade e pluralidade no cenário internacional, quer com as pautas mais diversificadas, quer com a ocupação crescente de espaços por outros atores internacionais (indivíduos, mídia, empresas transnacionais, sociedade civil organizada), em grande medida, trazem uma dinâmica a esta nova sociedade internacional, logo ao Direito Internacional. Nessa perspectiva analítica, face às limitações de inexistência de uma comunidade internacional ou de um sistema global e centralizado, sobretudo de produção e

controle de normas internacionais, verificamos que na atuação cada vez mais coletivizada dos Estados algumas estratégias ganham formato mais bem definido e adesão crescente.

Ao invés de se buscar uma organicidade tendo como parâmetro a ordem interna de organização dos poderes estatais, em especial judicial, os Estados têm buscado estabelecer, conforme a importância da temática ou objeto, os interesses e as necessidades da sociedade internacional (agenda), regimes específicos para tratar de certos problemas comuns. A isto Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (2003, p. 33-35) chama de governança global, como sendo a atividade dos atores internacionais (estatais e não estatais) ordenados por dispositivos formais ou informais, mas garantidos por certo consenso (por unanimidade ou maioria de peso), orientados por objetivos comuns, calcadas em convergências intersubjetivas objetivando a manutenção ou construção da ordem. Acrescenta que isso se dá, de modo mais operacional, com o estabelecimento de regimes internacionais, ou seja, conjunto de princípios, regras e procedimentos centrados em determinada área ou tema, para o qual os Estados reunirão esforços (investimentos, políticas, cooperação, produção legislativa), como nos regimes internacionais de controle de armas nucleares, combate ao tráfico de entorpecentes, proteção aos direitos humanos.

Temos que em termos mais pragmáticos, como medida mitigadora do tão pretencioso sistema global ou universal conformador de uma comunidade normativa internacional, o mecanismo de regimes internacionais responde de modo satisfatório tanto a manutenção do alinhamento da sociedade internacional com os padrões mínimos, como a efetividade e legitimidade de uma agenda internacional mais coletivizada, sobretudo pela crescente força institucional das organizações interestatais.

Ao se abordar a governança global, especificamente quanto à atuação dos Estados, isolada e coletivamente, através das organizações interestatais, um subtema que surge diz respeito à legitimidade. Embora importante sua inserção quanto à obrigatoriedade de normas, vinculação dos Estados, sujeitos participantes no processo de formação das normas, dentre outras dimensões, não centraremos detidamente no tema.

Neste trabalho, legitimidade acompanha outras variáveis contextuais para adoção de uma norma internacional, sua aceitação e adoção pelos Estados, na perspectiva de construção coletiva, bastando a participação e o consenso ao qual os Estados chegaram diante da agenda de prioridade ou de real necessidade da sociedade internacional.

Embora com caracterização diferente e complexa, evidentemente sendo um fator relacional, sobretudo para definição dos sujeitos participantes na arena de pauta e definição de agendas, nossa abordagem sobre legitimidade também se dá com compreensão relativa, isto é,

a construção dos consensos considera, sim, a legitimidade, mas esta não é o fator essencial para um Estado se sobrepôr, ou sobrepôr sua agenda, preterindo os demais.

Temos defendido que mesmo os Estados mais fortes e poderosos, teoricamente legitimados em todos os seus componentes, necessariamente se submetem, em alguma medida, a uma agenda que não é de total coincidência com seus anseios e necessidades.

Portanto, a legitimidade se insere em um contexto de evolução do próprio Direito Internacional que, como entendemos, caminha rumo a maior democratização entre os Estados, novas formas de articulação para definição de pautas internacionais, e também uma institucionalização cada vez mais orientada para espaços coletivos e legítimos, de tratamento de problemas comuns entre os Estados.

Importa mais a legitimidade dos sujeitos internacionais influentes na atuação ante aos problemas internacionais, de modo cooperativo, e não o debate polarizado de competências entre Estados e Organizações Internacionais. Em que pesem as considerações sobre hierarquia e prevalência do Estado diante de qualquer outro sujeito internacional, também entendemos que há perfeita compatibilidade na atuação de ambos, sendo desnecessário restringir competências. Sobre isso, já abordamos a pluralidade de sujeitos internacionais e suas possibilidades.

A legitimidade decorre da importância do sujeito internacional, de sua origem, isto é, o Estado como sujeito originário e a Organização Internacional como sujeito derivado daquele, mas também importa na legitimidade o exercício, ou seja, do que se ocupa tal sujeito e como a dinâmica social abarca a atuação deste sujeito. O que podemos argumentar é que mesmo sendo um sujeito originário, muitos temas são tomados com maior importância a partir do debate em instâncias coletivas (secundários ou decorrentes), no caso, nos espaços normalmente ocupados pelas organizações interestatais. De outro lado, há temas, também, originalmente pautados pelos Estados que, em virtude da dinâmica social verificada nas relações internacionais se tornam pautas comuns, logo, assumida pelas organizações interestatais, resultando, inclusive, em normas internacionais a serem respeitadas pelos Estados.

Ainda, mesmo que originariamente uma organização internacional tenha sido instituída para tratar de determinado objeto, isto não se coloca de modo exclusivo, dado que as normas refletirão, provavelmente, nos próprios Estados que dela façam parte, como também estes mesmos Estados, particularmente, estão autorizados a também tratar do mesmo tema.

Dito isto, temos que também não é absoluta, ou predefinida, a força e obrigatoriedade de uma norma a partir do ponto de partida da existência (origem) do sujeito. É dizer que

também é relevante aspectos quanto à conformação que a atuação consentida de cada Estado se integra as demais práticas, constituindo o consenso necessário. Vemos uma interação que não obsta a demarcação da importância e do lugar de cada sujeito isoladamente.

Creemos que não há conflitos de competências entre estes sujeitos, mas que a competência é definida pela mais adequada forma de deliberação, o que a torna mais legítima, especialmente em se tratando de temas sensíveis e comuns aos Estados, que mesmo no cálculo das perdas e ganhos, já ponderam a legitimidade não pela imposição de força, mas pelo necessário alinhamento com as exigências da vida em comunidade de Estados. Desse modo, compatibiliza-se a manutenção da soberania e independência estatal com a realidade objetiva que o cenário aponta a todos os Estados.

Assim, não há práticas exclusivas que afastam os outros sujeitos de atuação, sobretudo, para construção de normas que regularão suas práticas. O processo interativo que integra as fontes de produção de normas, também impescindem da própria interação dos sujeitos produtores do Direito Internacional.

A respeito das organizações não governamentais, por exemplo, mesmo não sendo sujeitos com personalidade jurídica absoluta e competência internacional, o lugar que ocupam na arena de debates é importante, inclusive para pautar temas que eventualmente não sejam agenda para os sujeitos principais. Talvez, para avanços nos debates e propostas, o lugar das ONG's seja um espaço singular que não implique, necessariamente, construir consensos deste ou daquele lado, mas avançar na profundidade dos conteúdos e das propostas que, talvez, os sujeitos formais não façam.

Temas de debate se inserem, como a fragmentação e relativismo das fontes. Uma evidência que explica esta fragmentação e relativismo do Direito Internacional está no fato de ainda ser marcante o fundamento da teoria voluntarista, isto é, na compreensão e na prática de que somente se obrigam os Estados que livremente aceitam e consentem determinadas normas internacionais.¹⁴

A fragmentação¹⁵ surge como tendência para redefinição, por atores estratégicos que

¹⁴ A teoria objetivista contesta a teoria voluntarista considerando que há agendas que são comuns a todos os Estados e que há normas internacionais que transcendem a mera vontade do Estado, como as normas *jus cogens* que elencam, por exemplo, a vedação ao genocídio, a escravidão, discriminação racial, de gênero e outras violações aos direitos humanos.

¹⁵ Sobre fragmentação, Koskenniemi estabelece três (3) padrões explicativos que demonstram: 1. Conflito entre diferentes compreensões e interpretações, veja julgado do *Case TADIC* Iugoslávia – efetivo controle = controle geral; 2. Conflito quando o corpo especial desvia a lei geral para aplicar lei específica, veja *Case Belilos* – CEDH – declaração interpretativa – reservas inadmissíveis e 3. Conflito: áreas específicas, simultaneamente, entram em conflito: comércio x meio ambiente. KOSKENNIEMI (2006, p. 3)

buscam realizar suas preferências, mais pela obediência e efetividade que pela análise normativa, estando no centro da discussão os aspectos da legitimidade ou ilegitimidade, afeta às questões de poder e decisão.

A fragmentação do Direito Internacional, exemplificada pela proliferação de tribunais internacionais, sobreposição de jurisdições e fragmentação das ordens normativas em campos específicos do Direito, pode ser entendida como um fenômeno, tanto mais do que uma ideia. Enquanto fenômeno, a fragmentação faz parte de um movimento maior, uma tendência de crescente especialização e autonomização nos mais diversos setores sociais, características inerentes ao paradoxo da globalização.

A questão é que a especialização e a autonomização trazidas por esta fragmentação frequentemente vêm acompanhadas de razoável desconhecimento a respeito das atividades legislativas e institucionais dos outros ramos do Direito e das próprias regras e princípios do Direito Internacional geral. Neste cenário, a ascensão de conflitos jurisdicionais e normativos é iminente, e a compreensão global sobre o Direito Internacional resta ameaçada. Neste sentido, Martti Koskenniemi (2006) defende que a fragmentação se trata menos da aplicação, de má técnica jurídica ou da ocorrência de efeitos indesejados de uma lógica globalizadora e mais do resultado de escolhas políticas.

À pretexto de eventuais problemas com a fragmentação, ao contrário, isso pode ser usado de modo a dar expressão às preocupações, por exemplo, o desenvolvimento econômico, direitos humanos, proteção ambiental, segurança, que são temas de conteúdo relevante e sensível.

O sistema jurídico internacional nunca teve o tipo de coerência que caracterizam as ordens jurídicas dos Estados. No entanto, o aprofundamento da complexidade da sociedade moderna, a tolerância e o incentivo das tradições conflitantes e objetivos sociais dentro sociedades nacionais têm exigido uma especialização técnica em determinados temas. Tudo isso tem atuado para este processo de heterogeneidade no Estado moderno e atualmente, nestes Estados, emergem de várias fontes normativas autônomas ou quase autônomas. Se isso pode ter prejudicado a coerência constitucional do direito nacional, foi contrabalançado pela contextual capacidade de resposta e funcionalidade do pluralismo que emergiu. De forma similar, o surgimento de regras conflitantes e sobrepostas pelos vários regimes legais, sem dúvida, cria problemas de coordenação a nível internacional. (KOSKENNIEMI, 2006, p. 6)

Todavia, é fato que não se vislumbra um sistema homogêneo e de coerência hierárquica, realisticamente possível para acabar com tais problemas. Assim, o Direito Internacional terá que operar dentro de uma área onde as demandas de pluralismo com

razoável coerência irão apontar em direções diferentes. Para isso, deverá aumentar a atenção para a colisão de normas e regimes e também regras, métodos e técnicas para lidar com tais colisões.

Este cenário diverso e, aparentemente contraditório, não impede o desenvolvimento do Direito Internacional posto o argumento de que a fragmentação é um dado e está para a superação ou adequação metodológica conforme as exigências naturais que implicam um dinâmico sistema jurídico.

Para muitos, uma utopia, para outros, algo factível, a formação de uma comunidade jurídica internacional ainda integra o debate no Direito Internacional. Alguns modelos até chegam a ser propostos, mas uma constante é que as formulações sempre passam por uma comparação, ou como referência, nos modelos de sistemas e regimes jurídicos de cada país, no máximo, um misto de todos. Ocorre que a sistemática interna dos Estados pode, como quase sempre, não refletir a conformação da ordem internacional, especialmente porque as práticas internas não são precedentes para uma ordem interna, especialmente em função dos atores que participam.

Em certa medida, muitas demandas essenciais à sociedade não se convertem em obrigações porque os Estados se utilizam de recursos e instrumentos jurídicos que existem na ordem interna e, conforme seu interesse transpõe na ordem internacional. O lugar que os Estados originalmente ocuparam construiu um suporte teórico e científico que reproduziram nas práticas e nas estruturas e instituições jurídicas.

O debate Voluntarismo *versus* Objetivismo teve o êxito de demonstrar que a formação do Direito não é unicamente produto de um consentimento formalístico, isto é, inclui-se, neste cenário a sociedade internacional como elemento da formação de sua natureza jurídica. Igualmente, permitiu reconhecer que o Direito Internacional é movido por duas forças por vezes antagônicas. De um lado ele delega aos Estados um pedaço significativo da capacidade soberana de decisão e produção normativa. Os Estados detêm, portanto a prerrogativa de manifestação do consentimento formal como instrumento de justificativa da existência e extensão da autoridade normativa. A justificativa da autoridade da norma desconhece, em grande medida, a dinâmica das relações internacionais. Por outro lado, o Direito Internacional reconhece na sociedade internacional certa capacidade de ação política, jurídica ou econômica suscetível de influenciar a decisão dos Estados soberanos ou mesmo garantir a existência de uma norma produzida por terceiros no seio de uma Organização Internacional. (BRANT; ELOI, 2009, p. 21)

Esta dialética está representada no movimento que leva os Estados a afirmarem sua

soberania reconhecendo simultaneamente sua necessária interdependência social. Tal equação pode ser assim resumida: potencializando-se a natureza descentralizada da sociedade internacional considerada como formada pela justaposição de Estados, maior a pretensão de se justificar a natureza normativa do Direito Internacional dentro da teoria da vontade ou do formalismo manifestado no consentimento. Por outro lado, quanto maior o reconhecimento de interesses ou valores comuns à sociedade internacional maior a possibilidade de admissão de um sistema de hierarquia normativa mais próxima da realidade constitucional e da ideia de vizinhança própria do conceito de comunidade.

Desse modo, se dilui a obrigatoriedade do cumprimento da norma internacional, como também desautorizam a exigência do cumprimento de tal norma pela sociedade internacional. Acresce-se a isto a descentralização e fragmentação tanto no processo de produção da norma quanto de sua aplicação. Com isso, fica difícil ter coerência e alinhamento do Direito Internacional enquanto sistema normativo, o que pode ser apontado como uma deficiência normativo-legal. Questiona-se não somente acerca da existência da norma internacional, mas sua precisão e também sua aplicação.

Mas, em geral, uma solução apontada caminha no sentido de buscar a centralização normativa de produção e de aplicação da norma internacional, como os sistemas comunitários que poderiam advir de uma comunidade jurídica internacional. Entretanto, ainda assim esta definição de comunidade jurídica internacional parece vaga ou, pelo menos, inespecífica. Centralizar normas internacionais em uma sociedade diversa pode se mostrar, de início, pouco promissor, considerando a variedade, escala, diluição e diversidade valorativa na aplicação da lei entre os Estados.

Apona-se que interesses comuns ou comunitários por parte dos Estados teriam a força de integrar a todos, inclusive, para unificar o processo de produção de normas e, ainda, de unificar sua aplicação, o que daria maior solidez e segurança quanto ao Direito Internacional. Surge a ideia de uma agenda comum, integrada em que certos assuntos seriam o objeto que necessita do alinhamento jurídico-normativo.

Uma questão, já antecipada acima, que podemos apontar como uma limitação no que se relaciona com o sistema jurídico internacional diz respeito, além da discrepância entre a produção de normas e a aplicação das mesmas (sistema institucional falho), é o fato de sempre se buscar que o sistema internacional tenha como referência os sistemas internos. Evidentemente, pela própria especificidade da qualidade dos sujeitos, pela característica descentralizada da produção de normas, pelo conteúdo de forma exigível na produção da norma, além de outras variantes como soberania, autonomia, interesses, justapor um sistema

internacional comparados aos sistemas jurídicos domésticos traz mais um entrave.

De todo modo, é preciso observar, também, que muitos dos problemas enfrentados pelos países privativamente, em grande medida coincidem com outros países e, por sua vez, se tornam problemas comuns ou coletivos, o que também passa a exigir uma resposta por parte do Direito, incluso, o Direito Internacional.

Todavia, diante dessas constatações o que temos visto é certa inércia no sentido de avançar para construir uma ordenação possível, mantendo-se os argumentos de impossibilidades frente às diferenças, de ambiguidade, desarticulação e inconsistência, ao invés de se buscar, pelas similaridades com as estruturas estatais internas, a construção de um sistema que dribla a anarquia. Isso exige, como afirma Juan Antonio Carrillo Salcedo (1994, p. 132), uma mudança na natureza do Direito Internacional que implicaria a aceitação e a exigência de normas de ordem pública.

Este autor sugere, de modo mais direto, que esta mudança na natureza do Direito Internacional pode ocorrer a partir da centralidade dos mecanismos de criação das normas e procedimentos claros e efetivos de sua aplicação. É dizer, portanto, que não se limitaria na exigência de um “Super Estado” como centro de produção de normas com jurisdição e controle, ou mesmo da reprodução, exata, dos sistemas jurídicos internos para aproximar Estados e legitimar instituições, mas, sobretudo, adaptar, ao seu modo característico, um sistema internacional jurídico com elementos também presentes nos ordenamentos jurídicos internos capazes de responder aos interesses e demandas comuns e coletivas. Desse modo, passaria a importar menos a forma de organicidade do sistema internacional, e mais a forma de resposta às demandas da diversa sociedade internacional.

Cástor Miguel Diaz Barrado (2004, p. 155) complementa, exemplificando com os processos de integração como a União Européia que avançou e avança na conformação de um sistema jurídico. De um lado, os esforços de integração, em grande medida, levam a segurança, criação e consolidação do ordenamento jurídico internacional, na ideia de um ordenamento comunitário e, de outro lado, nos leva a concluir que tal ordenamento comunitário se assemelha em muito aos ordenamentos jurídicos internos, ao menos no tocante aos processos centralizados de criação de normas e procedimentos institucionalizados.

Ao passo que, geralmente, a maioria dos publicistas internacionais investe na busca de um modelo de sistema normativo similar aos verificados internamente nos Estados e, em certa medida, pela inexistência de tal modelo, sustentam-se os argumentos de limitação ou inefetividade do Direito Internacional. Neste sentido, a dimensão positivista que, dentre outras, exige uma constituição formal, além de procedimentos e instituições também idênticas

ou similares às encontradas no Direito Interno, figuram como obstáculos ao desenvolvimento de um sistema jurídico internacional específico.

Todavia, concordamos mais uma vez com Cástor Miguel Diaz Barrado (2004) para quem a inexistência de uma Constituição formal e escrita não é uma condição imprescindível e absolutamente necessária para que se verifique uma comunidade jurídica internacional, como também não obsta a sua progressiva construção.

No aspecto mais específico de interpretação das normas, quando os elementos axiológicos se cambiam juridicamente e tomam forma de princípios estruturais do sistema normativo vemos um sistema constitucional implícito, constituído de normas intangíveis e devem ser interpretadas, no ordenamento jurídico, em seu conjunto. Este aspecto principiológico do sistema internacional lhe garante sua fundamentação e estabilidade, necessários a qualquer ordenamento jurídico-normativo. Neste sentido Cesáreo Gutierrez Espada (1995) afirma que os princípios asseguradores de valores fundamentais orientam a estrutura geral do ordenamento jurídico internacional, pois comporta um sistema normativo básico comum à sociedade internacional como um todo, o que conformariam regras de jogo indispensáveis e comuns a todo e qualquer jogador; e conclui que isso equivaleria aos princípios estruturais ou supremos do Direito Internacional.

Assim, vemos, por exemplo, as normas *jus cogens* que consagram princípios, além dos princípios gerais de direito que se constitui como uma fonte primária do Direito Internacional, em geral, princípios estes universais e gerais, como a Boa-Fé, Coisa Julgada, *Pacta Sunt Servanda* e outros.

A dimensão principiológica, por certo, dá coerência e coesão trazendo orientação, desse modo, aos processos de criação e aplicação das normas. A discussão acerca da gradação normativa, como sendo *jus cogens* ou *soft law* marcam apenas sua classificação, alcance e conteúdo, todavia, não diz respeito a sua existência, o que nos permite concluir que é possível, e já existem, normas de natureza imperativa e obrigações convergentes a um ordenamento jurídico internacional devidamente estruturado e institucionalizado.

A título de evidência da importância e da inclusão de princípios como elemento aglutinador do ordenamento jurídico internacional citamos o Parecer Consultivo sobre licitude da ameaça ou emprego de armas nucleares (1994), quando a Corte Internacional de Justiça citou a Cláusula Martens, enunciada na Convenção II de Haia de 1899, com nova versão dada pelo Protocolo Adicional I de 1977 que traz em seu art. 1º, § 2º que “as pessoas civis e os combatentes permanecem sob a salvaguarda e a autoridade dos princípios do direito das gentes, tais como os derivados dos costumes estabelecidos, dos princípios da humanidade e

das exigências da consciência pública”. (CEDIN, 2013). Ainda, acrescentou a Corte Internacional de Justiça que o processo de codificação do Direito, em especial Humanitário, permitiu à comunidade internacional dispor de um conjunto de regras já institucionalizadas como costumes em sua maioria e que correspondiam aos princípios humanitários mais universalmente reconhecidos e que tais regras indicam que as condutas e comportamentos normais esperados dos Estados.

Em suma, quanto à legalização, os atores internacionais examinam as escolhas políticas, seus custos e benefícios para adoção e cumprimento ou não de uma norma, o que, em um acurado controle eminentemente jurídico, não se observaria de modo natural. Portanto, elementos de natureza não apenas jurídica, também definem a existência e performance de uma lei, o que, nesse debate de legalidade, não há uma “Teoria Pura” do Direito Internacional.

2.2 Análise crítica sobre fontes internacionais e normatividade no âmbito das Nações Unidas (ONU)

2.2.1 Pluralidade normativa e as (novas) fontes do Direito Internacional

Acima buscamos um aprofundamento neste estudo para melhor evidenciar nosso propósito. Partimos do Direito Internacional e o lugar atual na sociedade com as exigências e as funções que se colocam, em alguma medida, ampliando seu espectro de atividades. Com a diversidade de demandas, e a ampliação de atores que também se inserem no mesmo contexto do Direito, a sociedade internacional, especialmente focando a utilização de uma ordem jurídica internacional, também se soma como mais um fator de complexidade.

Neste cenário, se conforma uma dinâmica própria, complexa, plural e que conduz a uma movimentação dentro desta ordem normativa, operando por motivações, anseios, desejos também diversos. Especificamente, na dimensão normativa, nos ocuparemos de modo mais detido a partir de então.

Nas seções anteriores fizemos uma conexão para evidenciar a multifatorialidade que envolve uma ordem jurídica; ordem esta múltipla e diversa que comporta instituições, órgãos e mecanismos, não somente jurídicos, mas para operar em uma perspectiva especialmente jurídica, dada uma ordem normativa internacional.

Mas, neste aprofundamento analítico, notadamente quanto aos mecanismos e dispositivos institucionais e legais, se inserem de modo mais central, as leis e a normatividade destas, ou seja, a existência e validade de uma norma criada. Nestas variáveis de existência e validade há

algumas dimensões problemáticas importantes que dizem respeito de modo mais efetivo à execução e cumprimento do conteúdo da lei e, neste sentido, ao alcance da norma para responder de modo eficaz aos motivos de sua criação.

Porém, temos contextualizado aqui que a legalização, ou seja, a regulação da vida em sociedade através das leis implica em um debate permanente. Nem toda lei agrada a todos os interessados e destinatários. Imaginando que estes são os Estados, Organizações Interestaduais, Organizações Não Estatais, Indivíduos, podemos ter a dimensão da complexidade. E, o fato de não haver um centro legislativo que coordene a criação de normas internacionais pode gerar um contexto nem sempre positivo, ao menos inadequado para qualificação de leis, ou seja, podem alguns destes atores manejarem para adequar a lei, inclusive o seu valor ou força executória (normatividade), aos interesses que, por vezes, podem ser contrários aos anseios e necessidades dos demais Estados ou da coletividade internacional de modo mais amplo.

Inserimos aqui uma discussão sobre fontes internacionais e normatividade. Calculamos uma busca construtiva no sentido de considerar a legalidade, com as características preservadas pelo Direito Positivo, como estabilidade e segurança jurídica, mas, consideramos também a necessidade inafastável de se incluir, na mesma discussão, os fatores que de fato motivaram para a pauta e criação de uma lei, ainda, sua eficiência com a produção dos resultados desejados.

É notável, então, que há um distanciamento entre o conteúdo e a forma pela qual se externalizam as normas, embora isso não constitua motivos para a polarização *soft x hard law*, posto que podem haver motivos que façam com que os Estados cumpram determinada norma mesmo não sendo obrigatória, tendo em vista que cumprir uma promessa é uma dimensão importante da justiça.

O cenário de debate em que se colocam as fontes tem a ver com a vida intersoberana, notadamente na relativização das relações de poder e autoridade, os quais têm sido utilizados como elementos de sobreposição aos critérios de consentimento. Passa-se a se admitir certa dialética entre *soft law* e *hard law* posto que certas normas, por seu conteúdo, podem romper com a tradicional forma concebida, de modo a legitimar o cumprimento de leis a partir da origem e estatura de poder de quem expede tal lei. Não se pode conceber mais, porém, que a base da discussão abstrata da fonte do direito seja pretexto para não abrir mão da soberania.

Assegura David Kennedy (1987) que há possibilidade de se compatibilizar *hard* e *soft law*, pois só se produz a doutrina quando se consegue evitar os extremos na argumentação entre eles. Nenhuma delas, sozinha, pode fornecer autoridade normativa. Propõe ele o que chama de técnicas de acomodação, ou seja, estratégias de escolha e aplicação de normas para

definir a fonte adequada.¹⁶

Christian Tomuschat (2006, p.78) fez importante consideração sobre as limitações do elenco de fontes previstos no artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça afirmando que a categorização de fontes tradicionais meramente descreve as formas externas pelas quais a comunidade jurídica de Estados se utilizam para veicular obrigações na ordem internacional, o que até agora tem sido limitado. Estas categorias são apenas indicadoras da existência de uma verdadeira vontade legal que a qualquer momento pode ter uma aparência completamente diferente.

Ao analisar as fontes tradicionais de Direito Internacional a partir do mesmo art. 38 do Estatuto Corte Internacional de Justiça e seus meios auxiliares, James Crawford (2006) reforça que em quaisquer delas, deve haver o assentimento. Os tratados precisam ser pactuados e reconhecidos para produzir efeitos e gerar obrigações; os costumes precisam ser tomados como gerais, universais e refletido nas práticas dos Estados e os princípios gerais precisam ser reconhecidos por todas ou por maioria das nações.

O que se extrai disso é que se evidencia um grau de importância maior ou generalidade maior, ou seja, estas fontes são assim tidas devido à ordem ascendente de generalidade. É dizer que os princípios são mais gerais, os costumes um pouco menos gerais, e os tratados, ainda menos gerais. Ou inversamente, os tratados são mais específicos, os costumes podem ser melhor especificados e os princípios gerais tem uma especificação mais difícil. Portanto, em termos de aplicação e reconhecimento, nesta análise, as fontes se colocam como veículos de obrigações; forma e não necessariamente, fonte de obrigações, dado que o conteúdo das normas tem outra forma de incorporação, ou são de outra natureza.

De modo geral, há um disciplinamento de procedimentos quando da adoção de uma ou outra fonte. O mais específico prevalece sobre o geral, o consentimento específico prevalece sobre o geral, como no caso dos princípios gerais do direito. Isso se estende também para a análise de aplicação de outras fontes, como o princípio da especialidade.

As relações entre as diferentes fontes de direito não diz respeito à hierarquia, mas à cobertura. Quando uma questão específica é coberta por mais de uma fonte, a questão não é qual é a que mais obriga, mas qual é a mais específica – importa a mais reveladora que a mais atraente, pode-se dizer. (CRAWFORD, 2006, p. 395-396).

Prosper Weil (1983) aponta para uma patologia do sistema normativo internacional a

¹⁶Para David Kennedy (1987, p. 58-59) as técnicas de acomodação se dão através da hierarquia, seguindo certa ordem de força normativa a partir do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e também a partir da proliferação doutrinária que aponta novas fontes e acabam por inserir e influenciar os órgãos de produção e aplicação normativa.

questão das fontes. Entende haver um agregado de normas legais que governam as relações internacionais, o que evidencia uma dupla dimensão, ora se constituindo como fontes de direitos e obrigações ditando normas prescritivas, proibitivas, permissivas, ora com a função de governar ou gerir relações internacionais. O Direito Internacional, portanto, apresenta facetas independentes como ordem normativa e como fator de organização social.

Como ordem normativa, o sistema internacional apresenta fraquezas estruturais, pois é menos elaborado e mais rudimentar, conta com inadequação de organização e aplicação de sanções e por vezes pela falta de norma sobre determinados temas, além das regras controversas para governar conduta dos Estados e a abstração das normas que só concretizarão de modo vagaroso. Muitas normas são apenas exortação, usando expressões como: tentarão, agirão, procurarão, cooperarão, etc. (WEIL, 1983, p. 417)

E, ao contrário do que muitos defendem, Prosper Weil (1983) afirma que a proliferação de normas *soft* não ajuda a fortalecer o sistema normativo internacional. O que se tem com isso, de fato, é que além destas falhas estruturais ainda há o que ele considera de fraquezas conceituais, isto é, uma displicência intelectual que permite, pela falta de rigor conceitual, a não definição do que é “normativo” e o que é “não normativo”. Há uma normatividade variável ou, o apagamento da fronteira desta normatividade.

Os atos são tão diversos que é difícil traçar a linha de transição do legal e o não legal, ou, o que seja e o que não seja uma norma e de que modo esta norma vincula ou não. A *soft law* é tida como atos pre-normativos e que não criam direitos e obrigações, mas apenas criam expectativas, ou exercem influências na conduta dos Estados até maiores que regras de tratados e nos costumes, todavia, e de modo oposto, as sanções são menos reais. Como não há demarcação tangível e precisa, especialmente jurídica destas normas, e não atingindo o estatuto normativo pleno, elas constituem normas embriônicas.

O autor, Prosper Weil (1983), discorda disso tudo dizendo que se considerada norma é preciso definir sua normatividade a fim de ab-rogar ou ser ab-rogada por outra norma, fenômeno legislativo que, necessariamente, se discute e se considera, inevitavelmente, o peso normativo. Neste raciocínio a gradação da normatividade não mais diferencia norma e não norma, mas, diferencia aquelas normas que trazem a qualidade de estarem situadas no lado positivo da normatividade, o que aparentemente lhes garante maior clareza e, teoricamente, menos resistência.

Nesta categorização de normas temos dito que há normas que fixam obrigações que incluem todos os Estados sem distinção, o que traz uma mudança de obrigações de uns contra outros (*erga omnes*) para uma nova concepção, ou seja, obrigações de todos (*omnium*), o que

altera não só a dimensão normativa, mas a esta se agrega também sua qualificação (positiva ou negativa), isto mensurado pelo quanto de normatividade, e legalidade no sentido de formalidades legislativas, foi observado no processo de produção da norma.

David Kennedy (1987, p. 5) fala da importância das fontes, mas ressalva que as análises contemporâneas da doutrina, em geral, começam sobre a definição abstrata e se centram no desenvolvimento dos limites das fontes enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Porém, quando se propõe a discutir outras fontes não incluídas neste elenco, tais como atos das organizações internacionais, a discussão é muito anterior e o que parece necessário explicar é se eles se encaixam dentro das formas clássicas concebidas como fonte. Tal investigação pode incluir, neste sentido, as resoluções da ONU.

É evidente certa hesitação para adicionar alguma outra fonte neste rol do art. 38 ECIJ e isso também retira a centralidade dos estudos sobre o alcance e o significado das fontes consideradas, restando apenas a tentativa generalizada para delimitar as condições de contorno para a categoria de uma forma abstrata, independente do conteúdo específico das normas. Busca-se um limite teórico para controlar o conteúdo das normas, ao invés de apenas registrá-los.

O discurso das fontes se destina a delimitar abstratamente e com autoridade, as normas que vinculam ou não os Estados, de tal forma que eles podem ser livres de se obrigarem e podem discordar, inclusive não cumprindo o seu conteúdo quando estas contrariarem seus interesses. Isto sugere que o problema enfrentado pela doutrina das fontes é a definição abstrata do conjunto de normas legítimas que vinculam os Estados.

Outro aspecto quanto à relativização do formalismo das fontes é que mesmo com a compreensão vigente de maior reconhecimento das fontes convencionais e consuetudinárias, como disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estas também não são superiores, em caso de fixação de hierarquia. No caso do *jus cogens*, por exemplo, que cobre uma série de temas importantes, o poder dos Estados se dilui, posto que nem mesmo a inexistência de um tratado ou de um costume vigente pode admitir violação de normas de natureza imperativa. Assim, mesmo não sendo estabelecidas pelas chamadas fontes tradicionais, caso sejam compreendidas como normas imperativas cogentes, são consideradas obrigatórias, inclusive para os Estados que não se vinculam por nenhum tratado ou costume relativo. Logo, podemos dizer que estas normas *jus cogens* são mais específicas e dizem mais, dado o detalhamento de tais normas, independente de serem veiculadas por uma fonte formal tradicional. Portanto, o critério do formalismo que define a obrigatoriedade da norma, e vincula o Estado, se esvazia diante de uma norma tida como superior (*Jus Dispositivum*).

Avaliando a questão da hierarquia das fontes e sua autoridade, Nguyen Quoc, Dailliere Pellet (2003, p. 29) afirmam não haver hierarquia entre as fontes, inclusive ressaltando a igualdade das mesmas, o que ele chama de igualdade social. Aponta uma interdependência recíproca entre as fontes e que a igualdade é derivada do próprio texto, isto é, importa a substância e o objeto que a norma se destina.

Lassa Oppenheim (1921, p. 45-46) enfatiza a autoridade relativa das fontes e ainda reafirma que o tratado não é fonte de lei, mas fonte de obrigação sob o desígnio da lei. Ou seja, antes de veicular uma obrigação há uma referência anterior que leva a consecução de um instrumento obrigacional. Esta sim é uma fonte de lei, como os fatos e motivos que a realidade traz às relações políticas, históricas, econômicas, sociais que exigem uma regulação através do Direito Internacional.

Jean D'Aspremont (2010, p. 101), também, acrescenta ao discurso das fontes, afirmando que não há ordens hierárquicas e que isso se deve ao fato de as fontes não serem conectadas normativamente, ou seja, não ordenadas pelo seu valor normativo. São apenas empiricamente classificadas (tratados, costumes e princípios gerais de direito), isto é, organizadas pela prática dos sujeitos na criação e estabelecimento de obrigações e na forma de cumprimentos de tais obrigações.

De todo modo, não se quer dizer que não há nenhum critério de fixação de lei ou de obrigações, ou que se estaria diante de uma anarquia entre as fontes, mas que a existência de todas estas fontes não se traduz em antagonismo, ao contrário, é preciso alguma forma de acomodação que permita a compatibilização das fontes no sistema internacional garantindo-se coerência e interdependência. Há risco caso a compreensão fosse de que todas as fontes são iguais, situação em que se poderia escolher uma fonte ou outra conforme seu conteúdo. Mas, há risco também que seja predefinida a forma de externalizar um conteúdo e que esta forma seria a única determinante para vinculação ou não a uma norma pelo Estado.

Logo, até mesmo as hierarquias precisam ser explicadas, como se faz com as normas *jus cogens*, o que reforça o argumento de igualdade social das fontes e, a partir deste parâmetro se estabelece um discurso das fontes para fundamentar a aplicação desta ou daquela, em grande medida, definida a partir do consenso possível entre os Estados, refletindo as necessidades da sociedade internacional.

Ainda, na dimensão normativa, o fato de serem as normas advindas de órgãos tidos como políticos, ou de ter um processo deliberativo diferente do tradicional, já que para sua aprovação concorrem todos, ou a maioria, dos Estados que compõem uma organização internacional, incorpora também elementos jurídicos que agem na execução e cumprimento

de uma norma. O que chamamos de normas *erga omnium in omnes* ou simplesmente *omnium*, também se constrói na crença de que outros fatores apostos em certas normas, ou em certos conteúdos, passam a atribuir maior valor, inclusive normativo. Seriam normas mais qualificadas que passam a consideração especial pelos Estados dando ênfase a partir da consciência legal dos Estados, especialmente desenvolvidas em espaços compostos, como nas organizações internacionais, que coloca a primazia da ética sobre a aridez do Direito Positivo.¹⁷ A melhor qualificação destas normas se daria, com isso, pela relevância do seu objeto antes de tudo, evidentemente, não abrindo mão dos procedimentos legislativos mínimos, mas não somente para atender regras e formalismos, mas para garantir, também, que sua compreensão incorpore também a normatividade para fins de seu cumprimento. Ou seja, a legalidade seria um componente da norma que agregaria sua qualidade normativa, mas não teria este componente a significância para retirar sua exigibilidade dado que outros elementos concorrem com tão ou mais força indutiva da norma.

Agregado a esta consciência ética da qual falamos, acrescentamos os valores morais superiores que garantem que o Direito Internacional não seja apenas uma tentativa “sem alma” (WEIL, 1983, p. 421), ou seja, a ideia de que uma norma se sustente apenas pelo itinerário processual legislativo regular. Mesmo que na utopia, o conceito de comunidade internacional traz consigo uma solidariedade maior e a superação de diferenças econômicas e ideológicas, transcendendo os egoísmos justapostos. Acredita o autor que o aumento de uso do *soft law* traz transformações ao Direito Internacional, na medida em que propõe temas antes não enfrentados, e necessários, como passa a exigir arcabouço jurídico-legal e institucional para recepcionar e abarcar tais temas.

Também, há quem defenda que a norma *soft law* é um estágio de transição mais adequado e satisfatório para o *hard law*; uma espécie de trânsito (passagem) para um nível de vinculação maior. Além disso, o *soft law* traz menos custos ou mesmo evitam eventuais questionamentos de ordem política e jurídica interna, não comprometendo as relações institucionais nem colocando em xeque a soberania ou qualquer outro tema sensível internamente.

Especialmente quando os atores são os Estados ou as Organizações Estatais a legalização *soft law* é o meio mais efetivo de lidar com incertezas, especialmente quando o

¹⁷ Embora não seja nossa frente de estudo temas de maior detalhamento, como *ética*, utilizamos neste trabalho apenas com o intuito de reforçar o argumento de mitigação dos efeitos legalistas que o Positivismo incorpora, sobretudo em processos legislativos de produção de normas. Aqui, apenas para ponderar que outras razões de ordem ética, no sentido de uma construção coletiva de reais necessidades e das bases nas quais deve se estabelecer as relações e a política internacionais, isto é, em temas que de fato são importantes para todos os Estados e não para atender somente a interesses, muitas vezes nefastos, dos Estados na sua particularidade.

impacto será entendido com o passar do tempo. É o que vemos, por exemplo, com os temas ambientais que se relacionam diretamente com a exploração de recursos naturais que, por sua vez, refletem na economia dos Estados, o que é variável sensível. No mesmo sentido, quando de trata de atores com valores e interesses diferentes a norma *soft law* facilita a negociação e cooperação entre atores com diferentes valores e interesses considerando que diante da variedade de problemas se exigem formas específicas de *soft law* e diferentes formas de flexibilidade. Isto é, mesmo que pautados com menor exigência e comprometimento, por ser inescusável, é melhor que seja tratado determinado problema, mesmo que isso não implique em uma obrigação alta, de modo a pelo menos diminuir perdas e não comprometer a relação entre Estados.

Portanto, em que pese a defesa vigorosa de Prosper Weil (1983) em se resgatar os rigores formais do processo de criação de regras internacionais, com melhor definição e rigor quanto a quem pode, sobre o quê se pode, e como se opera e resulta o feito, ainda assim, este mesmo autor, não repete os mesmos equívocos de outros quando desconsideram outros intervenientes neste processo, como os elementos axiológicos e mesmo pragmáticos, além das exigências formalistas.

O que se poderia avaliar como perda de características formais essenciais com o rigor dos processos de criação de normas, ao contrário, traz ganhos com o incremento de outros componentes, como a opinião pública favorável, base principiológica sustentável, reconhecimento da doutrina, precedentes de julgados dos Tribunais, além de ser reflexo e tendência do Direito Internacional atual, que também deposita muito crédito e legitimidade nas instituições coletivas.

A suposta desestabilização da ordem internacional, com estes argumentos citados, se esvai com a reconfirmação das fontes de direito, mas não nos parâmetros tradicionais a partir do rigor formal isoladamente. Agora, o rigor legislativo se compatibiliza (relativiza) com outros componentes na mesma medida de exigência, o que garante a efetividade formal e material. Portanto, do mesmo modo que o Estado não perde lugar preponderante no cenário internacional com a entrada de outros sujeitos, também não perde poder executório, a norma, pela incorporação de outras variáveis até então preteridas. Não diz respeito à validade o fato de se seguir padrão de elaboração legislativa, tampouco significa maior aceitação ou eficácia; diz respeito à condicionante anterior, ou seja, à leitura adequada da realidade que exprime as necessidades, e não apenas interesses, de todos os sujeitos internacionais, mitigando efeitos da polarização inadequada entre legalidade (formal) e necessidade (material).

Entendendo, objetivamente, *hard law* como obrigações vinculatórias ou passíveis de

serem precisadas, muitos atores manipulam certas normas internacionais com o fito de restringir comportamentos e limitar a soberania, legalizando valores e interesses¹⁸. Em certa medida, a gradação de arranjos com obrigação, precisão ou delegação maior ou menor, ou maior ou menor qualidade delimita o que é *hard law* e *soft law*¹⁹. Na perspectiva de que a legalização seria o mais legítimo instrumento, a norma *soft law* ou *hard law* polariza o debate do que é lei que vincula os Estados e o que é não lei, onde se coloca a norma *soft law* que se insere quando os arranjos entre os Estados são enfraquecidos em quaisquer das dimensões de obrigação, precisão ou delegação. Em alguma medida, normas *soft law* seriam “desvios” da *hard law*, pois não alcançariam as dimensões no grau desejado.

Contudo, a escolha por *soft law* ou *hard law* não é binária pois muitos fatores influenciam. A ausência de um Judiciário independente, centralizador ou supraestatal conclui, em certa medida, que todo Direito Internacional é *soft law*, e o fundamento voluntarista sobrepõe. Este é o argumento Realista.

Há também os Racionalistas para quem as motivações por interesses materiais mobilizam os atores a fim de produzir normas para resolver problemas de políticas domésticas. Assim, o argumento da vinculação internacional pode ser reflexivo de alguma questão interna controvertida e que o argumento de certa vinculação externa pode conter ou mesmo reforçar eventual demanda ou objeto de debate interno. E os construtivistas ou normativistas que têm foco em atores não estatais e intergovernamentais com motivações

¹⁸ Ilustram as normas *soft law*, ou pelo menos a estratégia de não se vincularem obrigatoriamente os Estados, como o caso de uso de produtos e químicos e pesticidas que para serem usados deveriam ser autorizados pela Agência das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação, juntamente com o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (FAO , UNEP), o que não foi levada a cabo, permanecendo o voluntarismo dos Estados. Ainda a imprecisão da Convenção de Viena sobre o Controle do Ozônio, onde embora se obrigasse legalmente, o texto trouxe imprecisões sendo que o problema deveria ser tratado ao longo do tempo através de negociações em forma de orientações normativas, ao invés de limitados por regras precisas. Ou ainda, não aceitando a vinculação jurídica em caso de textos muito precisos, como a Agenda 21, os Princípios Florestais, e outros instrumentos adotados na Conferência do Rio de 1992 sobre Ambiente e Desenvolvimento. Além destas estratégias, a delegação às Tribunais administrativos, arbitrais ou jurisdicionais ou Cortes judiciárias é também uma medida visto que envolve a aceitação da jurisdição em cada Estado ou sua deliberação, sempre com o fundamento voluntarista.

¹⁹ Esclarecendo as dimensões temos que a OBRIGAÇÃO é a intenção (ou não) dos atores se submeterem às normas de Direito Internacional. Daí tem-se a cautela em estabelecer tal vínculo, considerando os efeitos causados pela escolha de um nível maior ou menor de vinculação. Estão em jogo outras variáveis até mais importantes que a simples regra comportamental, posto que o vínculo, e as implicações deste quanto aos princípios e valores ínsitos repercutem na produção da norma, interpretação e aplicação em futuros casos. Portanto, conforme que se declara ou se coloca um Estado frente a uma norma jurídica, pode o Estado se comprometer política e juridicamente. PRECISÃO especifica o que é esperado de um Estado ou de outro ator (tanto em termos objetivos quanto aos meios para atingi-los) em certa circunstância. O que se deve destacar é que quando inserida em um conjunto normativo maior essa norma deve guardar conformidade com as outras normas com as quais se relaciona, de modo a prover coerência no ordenamento. Acredita-se que os elevados níveis de precisão reforça seu valor político e normativo, embora com baixo nível de obrigação. Por fim, a DELEGAÇÃO diz respeito ao grau de competência a uma terceira parte (Cortes e Tribunais) para que estes possam interpretar aplicar e implementar acordo. Este terceiro atua na medida da competência e de acordo com o procedimento decisório preestabelecido.

morais e sociais, para quem os acordos internacionais, tanto por interesses ou por vinculação jurídica compartilham normas e compreensões comuns, e, quase sempre, necessitam de persuasão para modificar comportamentos. Faz-se crer, então, que a lei é tanto interesse como normativo, ou seja, os Estados olham a lei para alcançar seus fins e usam estratégias normativas para viabilizar seus interesses a partir da criação de normas legais, o que garantirá certa obediência às leis e às instituições. Este fenômeno da legalização aumenta a credibilidade, limita a autointerpretação em juízo próprio, limita comportamento oportunístico, as manobras ou concessões de autoridade aos tribunais, em alguma medida aumentando os custos de negação ao cumprimento de tais normas *hard law*. A violação de norma *hard law* pode gerar efeitos a todos os acordos e comprometer todo o sistema jurídico, o que prejudica o próprio Estado violador. A legalização ainda aumenta a capacidade para execução posto o fundamento do *Pacta Sunt Servanda* e da Boa-Fé.

A busca pela garantia que a legalização traz apresenta mais uma vantagem visto que os compromissos legais internacionais, frequentemente, transformam-se em leis domésticas²⁰. Todavia, mesmo mais hermética, não é a norma *hard law* totalmente inflexível e pode ser maleável, sobretudo pela ação dos países mais influenciadores e fortes. Por outro lado, não implica que a *soft law* seja somente o caminho (transição) para o *hard law* e também que o *hard law* seja a melhor forma para assegurar o cumprimento de uma norma internacional. Isso pode não se resolver em áreas sensíveis, isto é, onde os custos de negociação envolvam objetos de interesse nacional que provoquem debates e possíveis danos, sobretudo, danos ou perdas internas.

Mas, neste caso, uma *soft law* será superior a uma *hard law* nunca realizada, pois com certas aparas, é melhor não perder também no coletivo, demonstrando a participação e pactuando futuros ganhos externos, ao mesmo tempo não comprometendo os interesses e instituições internas, dado que a *soft law* pode garantir menor ou nenhuma obrigação, maior imprecisão que poderá se objetar com interpretação e aplicação, ou mesmo delegando a atribuição a outro órgão, com quem ficará eventuais ônus. Além disso, no debate Estado fraco e Estado forte o *soft law* facilita a negociação posto que pode garantir a proteção aos fracos ou também pode ser instrumento dos poderosos. Porém, podem ajudar ambos os Estados a alcançarem objetivos distintos.

Em que considere a discussão entre norma *soft law* e *hard law*, suas vantagens e

²⁰ Nos Estados Unidos da América o Congresso Nacional votou lei que diz que nos casos de violações da Convenção Baleeira e da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas (CITES) podem haver sanções penais posto que também viola a lei interna. É também o caso do Juiz espanhol que processou Pinochet, por tortura, pois a Convenção Internacional contra Tortura já era parte do D. Espanhol.

desvantagens, concluímos que a política internacional e Direito Internacional não são alternativas ou contraditórios, mas são profundamente interligados. A criação e desenvolvimento de arranjos legais é altamente político, na mesma medida em que a política permeia o Direito internacional e limita sua autonomia. Conversamente, a política internacional está fundamentada em considerações legais, pois vai de soberania, diplomacia, comércio até aos regimes específicos, chegando ainda nos acordos legalizados.

Martti Koskeniemi (2005) argumenta que há uma contradição evidente no Direito Internacional que provoca uma constante oscilação entre a necessidade de se verificar o conteúdo da lei, por referência ao comportamento concreto, vontade e interesse dos Estados (concretude) e a necessidade de apuração imparcial da aplicação do direito independentemente do comportamento, vontade ou interesse dos Estados (normatividade).

Isto é assim porque nem concretude nem normatividade podem sustentar um programa positivista na sua visão, ou seja, na verdade, a lei não é capaz de cumprir todas as funções e exigências colocadas ao Direito Internacional, a menos que goze de um certo grau de autonomia do comportamento, vontade ou interesse do Estado.

Contudo, se a lei for totalmente independente do comportamento, vontade ou interesse dos Estados, se resumirá em mera moralidade natural. Esta oscilação entre concretude, o que o autor lança como uma “Apologia” e normatividade “Utopia”, sem dúvida, impede a objetividade da argumentação jurídica internacional. Neste sentido, o Direito Internacional é inescapavelmente indeterminado e sua objetividade é uma miragem. (KOSKENIEMI, 2005, p. 590-591)

Dada a indeterminação, segundo o autor, é preciso aceitar que não há racionalidade privilegiada nem objetividade do D. Internacional e, por outro lado, há um movimento político inevitável que envolve uma escolha moral-política.

É inevitável politizar a argumentação do Direito Internacional e isso pode dar à teoria do Direito Internacional um papel mais significativo e acabar com a vertente positivista e técnica vigente. É o que entendemos tratar-se de doutrinadores e outros aplicadores do Direito Internacional com uma atuação de agentes sociais. Isso permitiria maior contato com a sociedade, saindo do patamar de meros bibliotecários de regras cruas escritas pelos Estados.

Acrescenta o autor, ainda, que o raciocínio legal é uma forma de raciocínio hierárquico e, com isso, por vezes, o caráter hierárquico da lei é elaborado como aspecto essencial, o que não pode ser descartado sob o argumento de que não há hierarquia entre fontes do Direito Internacional. Exemplo disso é o Naturalismo de São Tomás de Aquino, para quem o conceito de direito fundamental pressupõe relação de hierarquia normativa por

conta do conteúdo moral, que é mais forte e significativo. No mesmo raciocínio, também é Hans Kelsen com seu Positivismo Jurídico que defende que aquilo que é específico da norma legal é validado em contraste com a efetividade sociológica ou a bondade moral.

Contudo, no mesmo discurso da hierarquia das fontes o elemento social emprega conceitos menos articulados de hierarquia, mas insere o componente da prioridade integrando uma base sociológica para ter uma superestrutura normativa. Em certa medida, a realidade (nível básico) está em posição superior e controladora; acima da lei. (KOSKENNIEMI, 2005, p.566-588. Acrescenta, por fim, que há uma relação instrumental em que a base determinante precisa recorrer ao elemento superestrutural e que este foi o argumento de Marx para inverter a hierarquia Hegeliana com a revolução social, o mesmo que foi usado pelos neoliberais para fundamentar a posição do mercado para reconstrução social. De fato, qualquer que seja a diferença entre naturalismo, formalismo e realismo cada uma reflete o direito em uma luz hierárquica e isto é considerável.

No judiciário, a questão da hierarquia no formalismo é tratada a partir de tipologias sistêmicas, como lei geral e lei especial e cronologia, sendo as tipologias de hierarquia usada pelos juristas, especialmente como modo de controle direcionado à conduta do que seja legal ou ilegal; da tese compatível ou incompatível.

No discurso legislativo busca-se controlar comportamentos futuros sobre a legalidade ou ilegalidade, estabelecendo uma hierarquia ideal (bom/ruim) e informam as crenças morais do legislador e os objetivos institucionais.

No discurso diplomático ou no âmbito dos Estados particularmente, as partes também tentam qualificar comportamento em termos binários, ou prevalece o argumento da autorização (autoridade) do Estado ou a legalidade. As ações são conduzidas de forma negocial e leva a suspensão de uma determinação final para se buscar uma reconciliação procedimental, através de acordo ou deslocamento de procedimento. De todo modo, envolve o reintricheiramento da autoridade dos disputantes ou a soberania sobre a lei (direito).

Koskenniemi (2005) propõe a desconstrução da tipologia fixa e imutável da hierarquia como ponto de partida e pouca possibilidade de adequação para o que chama de possibilidade de reversão, em grande medida, com a desconstrução e novo modo de pensar o Direito Internacional como prática social.

Contudo, este caminho também enfrenta percalços. Não há que se falar em desconstituir toda forma de hierarquia, o que geraria um vazio de insegurança, mas pode ser razoável estabelecer, ou reverter hierarquias a partir de componentes importantes em tal transformação. Muitas vezes o que está colocado como lei não reflete a realidade, mas, em

função da hierarquia pela qual entrou em vigor ou de onde se originou, fica imutável, mesmo produzindo resultados não esperados ou injustos.

Com isso, algumas possibilidades de hierarquia também podem ser positivas, ou pelo menos trazer resultados que reflitam os anseios e necessidades reais sem, no entanto, romper com limites legais. De um lado, a hierarquia entre formas de comportamento e de outro lado, a hierarquia entre autoridades controladoras. Do que há de comum, há um vínculo ambíguo entre ambas, posto que a autoridade controladora deva agir, e ser controlada também, por uma legalidade substantiva, ao passo que esta legalidade substantiva se origina da autoridade controladora.

Neste contexto, considerando que há espaço de interpretação diante das possibilidades analíticas em casos concretos, surgem as possibilidades de respostas. A conhecida doutrina das fontes lida com a origem e força vinculante das normas internacionais: Tratados, Costumes e Princípios Gerais de Direito, ainda vinculando sentidos ambíguos fora da Doutrina das Fontes como consentimento das partes e justiça internacional para elucidar o seu sentido. A Doutrina da Soberania lida com oposição entre efetividade e legitimidade, discutindo condicionantes como o Direito soberano, competência, jurisdição, território, imunidade e justifica a alocação de poder contestada por referência a realidade sociológica, ou seja, por conta da ideia normativa. Analiticamente, em separado, as doutrinas das fontes e da soberania constituem dois nós opostos dentro da substância legal, posto que aparentemente incompatíveis Lei/Poder, as manobras exegéticas reduzem uma na outra.

Por seu turno, a Doutrina das Fontes não tem nenhum sentido independente, mas mera sombra dos resultados que recebe dentro de si mesma, por exemplo, a jurisdição é o que diz os tratados. Já na Doutrina de Soberania o sentido das fontes legais é meramente descrever o que significa soberania em relações específicas e o que os soberanos decidiram. Esta estrutura fornece um movimento perpétuo de exegese, enquanto assegura que em seu horizonte sempre haverá estas duas aberturas normativas, ou seja, uma lei uniforme e estável e uma soberania uniforme e estável.

Assevera que hierarquia implica estrutura de poder social, e desse modo não está imune à revolução, ou seja, às transformações e mudanças e a exegese em muito contribui com isso com as interpretações judiciais a partir de leis ambíguas. Neste processo de polarização legal *versus* ilegal, conclui que nenhuma conduta pode ser permanentemente qualificada como legal ou ilegal. As regras não respondem a complexidade do mundo social e por isso ocorre a sobredeterminação ou subdeterminação da norma com as exceções, os princípios interpretativos, enfim, ocorre a reversão da hierarquia onde se coloca a lei contra a

justiça.

Nesse dilema de que só se encontra a lei através da justiça, ou somente se encontra a justiça com a aplicação da lei, fato é que regras não possuem prioridade hierárquica em relação às razões pelas quais elas são executadas. É dizer que não há crença em uma justiça *a priori* do sistema, pois são poucas as formas de conduta generalizada e não há razões para temer inconveniências de uma sanção, considerando que os desvios são admitidos e aceitos se o Estado informar aos demais sobre as razões forçosas e, sendo assim, é impossível estabelecer hierarquia geral, pois a lei está para a segurança, mas também para a mudança.

No argumento de Koskenniemi (2005) sobre a indeterminação do Direito Internacional, neste sentido de maior abertura a partir de uma visão do todo social, tem-se o que ele denomina de geratriz de um pluralismo saudável. Ou seja, o Direito Internacional deve ser visto como uma gramática de um sistema de produção de normas internacionais, o que traria maior aceitação, maior legitimidade, pois garante abertura e diálogo.

Como fundamento para aceitação deste pluralismo do direito, o autor constata a variedade contextual do direito ante a diversidade de interesses, comportamentos e vontades dos Estados, a marca da subjetividade e a emergência de várias áreas e vários atores que sugere que o centro do Direito Internacional entrou em colapso.

Os elementos e condicionantes políticos como a persuasão no regime e nas relações, assim como o estabelecimento de exceções dos conceitos clássicos estabelecidos apontam não para um cenário de novas regras, mas de novas exceções e a política internacional tomou forma de briga por jurisdição. Evidentemente, para a proposição de uma investida na politização do Direito Internacional é preciso equacionar devidamente com a técnica jurídica tal investida, não permitindo, em função da busca pela teoria e uma agenda política, que deixe de ser entendido como sistema e seja transformado o Direito Internacional em uma disciplina vaga, sem coerência interna. (D'ÁSPREMONT, 2007, p. 2).

O debate, então, mostrou que os argumentos característicos que sempre sustentaram a vigência da teoria das fontes na dimensão tradicional de criação e exigibilidade das normas internacionais a partir do art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça se coloca no limiar da transformação. Não somente pela mudança no cenário internacional com os novos atores, mas pela realidade que aponta a insuficiência desta previsão formal responder a toda a conjuntura que a vida internacional tem apontado. Também, a base teórica doutrinária, formalista, cede espaço para as novas clivagens que permitem retirar elementos para uma ruptura empírica e científica, na medida em que a prática dos atores e a leitura feita destas práticas pelas instituições jurisdicionais, na academia e nos vários espaços da sociedade têm

cambiado para se readequarem aos novos parâmetros.

Embora sejam sujeitos de interlocução internacional mais reconhecidos e que detêm a hegemonia para iniciar vários processos na sociedade internacional, especialmente na dimensão jurídica, os Estados, agora, lidam com a socialização de poder, ou, com a distribuição do mesmo. Novos atores, nova concepção e novas operações ocorrem na esfera internacional, alterando também a ordem jurídica e normativa, sobretudo, a partir de uma decorrência do próprio poder dos Estados, qual seja, de criar espaços coletivos de atuação.

Se antes mantinham a exclusividade na ordem normativa, de criar e manejar a lei internacional, agora, de modo inelutável, precisa se alinhar com as novas instituições que emergem do Direito Internacional moderno. Uma das mudanças que são vislumbradas é que a produção da norma ganha nova forma de se exteriorizar, pois os sujeitos internacionais que atuam nestes novos processos são de natureza jurídica diferente e, com isso, exigem instrumentos diferentes. Com as Organizações Internacionais temos a norma institucional, que passa a conviver com norma estatal.

2.2.2 As Organizações Interestatais e a produção de normas institucionais.

A seguir, demonstrada a pluralidade de atores e a *pluridiversidade*²¹ surge como outro fator essencial nesta pluridimensional sociedade internacional, a criação e reconhecimento de normas internacionais que possam ser aceitas e legitimadas na regulação dessa sociedade, sendo efetivas e refletindo a realidade de problemas comuns e gerais atinentes a todos os Estados, ao menos, de interesse destes. Nesse contexto, é preciso que o tema seja posto e incorporado nas preocupações de todos os Estados de modo a se constituir uma agenda comum.

Em linhas gerais, quando se aborda uma agenda internacional no que diz respeito às pautas fundamentais a serem enfrentadas pelos Estados, se recorre, imediatamente, a buscar elementos para defender ou rechaçar algum tema conforme seu interesse, ou seja, seus aspectos positivos ou negativos. Assim, vem logo à tona a discussão sobre legalidade e

²¹ Por Pluriversalismo entende-se uma ‘regionalização policêntrica’ do direito internacional, em vez de se basear sobre uma estrutura hierárquica que arriscaria provocar a revolta das ‘periferias’. Em certa medida, seria a convivência entre vários centros regionais – pluriversais, em contraponto a idéia de uma ordem normativa central, em que tais centros teriam convivência regular e baseada no solidarismo ou doutrina solidaristagrociana. Teria espaço para temas específicos dos Estados (ordem doméstica), com total compatibilidade e convivência com temas comuns e pactuados pelos Estados como idéia de um ‘supranacionalismo mínimo’, em que se preservasse a jurisdição doméstica, mas reafirmasse a ‘subsidiariedade normativa’ com a preservação da competência dos espaços regionais. (TEIXEIRA, 2011, p. 293-294).

normatividade menor ou maior, ou seja, se determinada regra vincula em maior ou menor medida, tornando-se obrigatória ou não. A forma de regulamentação de determinado tema pode garantir ou não sua efetividade; sua execução ou não e, dependendo da responsabilização, dos ganhos e perdas, os Estados cumprem ou não tais regras internacionais.

Algumas ponderações são necessárias. Temos que as questões da sociedade internacional complexa, mesmo com todas as instituições internacionais temáticas e territoriais dispostas, em grande medida, a partir da perspectiva de solidariedade e cooperação, ultrapassam estas dimensões de uma dita solidariedade internacional. (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 2004, p.37). Ultrapassam na medida em que deposita no Direito Internacional o encargo de responder, e resolver, questões transcendentais a um sistema normativo, como os vários problemas e interesses que envolvem a sociedade internacional e a diversidade de objetivos. Tais questões devem ser enfrentadas pelo conjunto dos Estados e na dimensão da cooperação e solidariedade internacional e não como função do Direito Internacional. Mohammed Bedjaoui (1980, p. 218) sintetiza afirmando que as fronteiras do Direito Internacional têm sido deslocadas para transformá-lo em “direito do universal”.

Contudo, esta constatação aponta, também, para a necessidade do ordenamento jurídico internacional precisar suas normas e instituições, restringindo, ou melhor, delimitando, seu lugar nesta busca de uma comunidade internacional com relações pacíficas e de cooperação.

Para o que chama de “dispersão normativa”, Cástor Miguel Diaz Barrado (2004) aponta riscos para a busca de uma codificação do ordenamento jurídico internacional, na busca de uma pretensa estabilidade, certeza e precisão de normas jurídicas. Segundo ele, a corrida pela codificação pode gerar a ruptura da unidade da ordem jurídica internacional e a perda da juridicidade das normas internacionais. Dentre outras medidas se deve levar em conta, por exemplo, as limitações e possibilidades da Comissão de Direito Internacional (CDI) que pela abundância de tarefas, isto é, quantidade de temas propostos a serem codificados, o que demanda tempo e também a natureza (conteúdo) de alguns temas que envolvem maior complexidade para serem codificados, talvez, nem seja indicada tal codificação.

Como exemplo, podemos citar o tema responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos que enfrenta sérias barreiras e restrições quanto à codificação que gere, ainda, um instrumento jurídico de caráter normativo. Isto demonstra a complexidade no que se refere ao conteúdo. Outro, quanto à abundância acerca da codificação dos direitos humanos há

inúmeros textos, produzidos em contexto global e também regional, com instrumentos variados, mas com variação normativa, ou escala de valoração normativa desigual e incoerente.

Esta variação, evidentemente, gera certas distorções normativas, além de problemas complexos de interpretação, duplicidades ou justaposições e, finalmente, geram descompassos institucionais e mecanismos ineficazes de proteção. Com isso, demonstra-se a setorialização normativa em alguns temas, como os direitos humanos, o que aponta para a necessidade da aclaração normativa através de melhor sistematização.

Portando, há uma variação qualitativa da norma dos temas internacionais, da agenda internacional em função dos desenhos normativos característicos em cada Estado que refletem as necessidades políticas, sociais, econômicas que compõem a agenda internacional. É dizer que não há uma normatividade absoluta de temas que obriguem os Estados, mas que se trata de uma normatividade relativa na medida em que as condicionantes políticas, sociais ou outros interesses e anseios marcantes na política interestatal podem definir a vinculação ou não a determinadas normas internacionais, o que ilustra não somente a relativização das normas, mas também a relativização do próprio Direito *vis a vis* a política e as relações internacionais que se conectam com os interesses, anseios e organização interna de cada Estado.

Nesta parte do debate convém, ainda, uma análise especial do próprio Estado enquanto sujeito internacional, ou seja, sobre qual Estado, quem é este Estado e como se deu o processo evolutivo do mesmo, pensando os interesses e as forças que apropriaram deste Estado, inclusive, refletindo nas organizações interestatais.

É claro, não é objeto deste estudo a construção de uma teoria sobre o Estado, mas é imprescindível, ao menos sucintamente, descrever o processo de transformação (ou de evolução) do Estado, notadamente quanto à conformação de forças no cenário internacional, especialmente na definição, criação e funcionamento de órgãos coletivos interestatais, como a ONU.

Fixando um marco temporal e simbólico a partir das grandes navegações e expansão europeia (1492), ao que chama de invasão das Américas, José Luiz Quadros de Magalhães (2012) traça uma construção histórica do que seja modernidade e como o Estado Moderno se estruturou, inclusive como forjou o próprio Direito Internacional. Para ele, o Direito Internacional não é internacional, mas europeu. O modelo de modernidade que se expandiu ao mundo, partindo dos europeus, foi um modelo uniformizador, construído na ideia de homogeneização, isto é, um povo estruturado por padrões únicos de comportamentos,

instituições e representações sociais, além da ideia de normalização, que definem padrões hegemônicos únicos, negadores da diversidade e da diferença. (MAGALHÃES, 2012, p. 11)

Evidentemente, é inegável a proeminência dos Estados europeus como um dado histórico e temporal, mas é relevante a crítica de como se deu o processo de construção desta hegemonia europeia, em grande medida, negando outras formas de constituição de sociedade e de identidades, como os povos originários, isto é, que já habitavam os territórios ocupados.

De fato, a estruturação do Estado reflete nas suas instituições e representações, logo, tudo o que o Estado cria segue seu próprio modelo constitutivo e, assim, o que deriva deste Estado se alinha com as forças e interesses vigentes que o formataram. No caso das organizações internacionais interestatais não é diferente. A ONU é produto reflexivo de uma sociedade de Estados que traz consigo elementos advindos das ocorrências históricas, como também das articulações das relações e política internacional.²²

Todavia, o autor também reconhece que aparece algo de novo no “sistema mundo” que aponta novas possibilidades, inclusive refletindo nos entes das Nações Unidas, que passam a incorporar dimensões democráticas e participativas na estrutura estatal, como vem ocorrendo em alguns países andinos, como a Bolívia e o Equador que vêm no Estado Plurinacional a possibilidade de superação das bases uniformizadoras e intolerantes do Estado Nacional que sustenta a sociedade capitalista como sistema único, fundando na falsa ideia de naturalização da família e da propriedade e mais tarde da economia liberal. (MAGALHÃES, 2012, p. 29)

De todo modo, mesmo não sendo uma crítica nova, também corrente no próprio seio da ONU, as discussões têm se intensificado com a recorrente proposição de reforma, sobretudo, democratização dos espaços decisórios mais importantes, como o Conselho de Segurança, de marcante hegemonia europeia. Embora Magalhães (2012) acredite em uma mudança, com uma nova ordem internacional (mundial), sobretudo relativizando o direito europeu, trazendo um sistema não hegemônico, com reconhecimento da existência de sistema de valores e culturas diversos e complementares, para que isto aconteça será necessária uma

²²A conformação do Estado Moderno, mais especificamente a criação do Estado Nacional exigia a criação, desde o século XVI visando por fim ao caos instalado, unifica o poder, as armas e o direito. Desse modo, este mesmo Estado Moderno estabeleceu um padrão de mundo uniforme e global de hoje, trazendo também, paratanto, a construção de identidades nacionais pautadas pela imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados por diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano. O que de fato se deu com isso foi o encobrimento do outro, ou seja, a criação de uma única nacionalidade por sobre as outras, negando estas já existentes. Conclui o autor que “o direito internacional na sua origem, talvez ainda mais do que o direito comunitário, é hegemônico, europeu, excludente e racista. Não é necessário muito esforço para constatar isto. Basta para confirmar ler o Tratado de Versalhes e a Carta das Nações Unidas (ONU) nos artigos referentes ao Conselho de Tutela, por exemplo.” (MAGALHÃES, 2012, p. 25-27).

reformulação radical nas bases ideológicas que sustentam este sistema vigente.

Mas, como dito, mesmo reconhecendo a conformação de forças nas estruturas do Direito Internacional, e do sistema internacional institucionalizado nos seus órgãos e organismos, isto é um dado histórico que constatamos e, em que pesem as críticas e apontamentos importantes de mudança, também reconhecemos a instabilidade e insegurança em se operar mudanças radicais, vejamos os processos ocorrentes como Sociedade das Nações (1919) e a Organização das Nações Unidas (1945); fatos históricos que demonstram a cautela e hesitação em proceder a mudanças que alterem, sim, estruturas de poder, mas que também podem trazer riscos à própria manutenção de organizações coletivas interestatais.

Mais adiante, sucintamente, trataremos algumas abordagens das relações internacionais que procuram explicar este cenário de forças vigentes nas instituições internacionais, especialmente, nos órgãos das Nações Unidas. Análises da política internacional, sobretudo sobre coalização e equilíbrio de forças vêm no modelo vigente muitos elementos positivos e promissores, também com uma leitura histórica que explica a distribuição de forças pela conjuntura de poder em todas as suas dimensões: política, bélica, econômica, e que isso, por si só, não explicam eventuais erros cometidos na condução das instituições coletivas.

Não se pode negar que os argumentos da hegemonia europeia no mundo e nas instituições sejam robustos, e que muitas decisões têm afetado a credibilidade destas instituições, podendo também, trazer instabilidades e incertezas, até mesmo podendo causar a derrocada destas estruturas. Ou seja, tanto a ação como a omissão podem levar ao mesmo fim instituições como a ONU, o que traria um vazio, também incerto.

A apropriação das instituições, como dissemos, pode sim desvirtuar sua proposta originária, mas outros fatores influenciam e direcionam, é claro, conforme circunstâncias e interesses, mas, ainda, é preciso tentar operar mudanças necessárias, dentro de uma realidade possível e que possa trazer melhorias, ainda que lentas, mas que gradualmente incorpore a vontade e as necessidades de todas as expressões sociais.

Desde os princípios fundamentais da própria criação da ONU, a cooperação e solidariedade têm sido conceitos cada vez mais incorporados na ação interestatal ampliando para áreas cada vez mais específicas. (BRASIL, 1945)²³. Ainda que preserve os parâmetros mínimos de soberania e autonomia estatal, os problemas comuns têm reunido os Estados em

²³ Capítulo I – Propósitos e Princípios. Art. 1º - Os propósitos das Nações Unidas são:

[...]

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

conferências, congressos e também resultando em tratados de várias espécies a fim de atuar em temas que afligem a sociedade internacional.

Certamente, além do desenvolvimento da própria organização, como demonstração da tendência do Direito Internacional na atuação coletiva, garante-se ainda maior integração da sociedade internacional corrigindo ou mitigando efeitos indesejados de eventuais controvérsias ou desacordos entre Estados, fazendo com que a participação em outros espaços, e tratando de outros objetos, reflitam em áreas mais sensíveis. De todo modo, direta ou indiretamente, os efeitos se estendem, no mínimo, garantindo a participação nos debates em torno de alguns temas, o que por si só já se manifesta como constatação importante de adesão e compromisso.

O processo de institucionalização da sociedade internacional é evidente que se propunha uma nova tendência, sobretudo eficaz, de romper com o interestatismo, posto que as crises e tensões da sociedade internacional demonstram insuficiências de tal modelo de cooperação, fazendo surgir as organizações internacionais, como é a ONU.

Decorre disso, pela inevitável vigência e aprimoramento de uma nova ordem internacional, a necessária aproximação entre os países, com reflexos imediatos em sua ordem normativo-legal, especialmente pelos instrumentos jurídicos internacionais, com a celebração de tratados, além de estabelecimento de parcerias cooperativas, como também adoção de políticas temáticas para tratamento de problemas comuns.

A despeito dos limites e avanços vistos por ocasião das intervenções da ONU, Canedo (2004) observa que “A ONU, malgrado os percalços de sua trajetória, simbolizados em omissões imperdoáveis, representa ainda, no essencial, a ideia de uma sociedade internacional capaz de estabelecer mecanismos de ação coordenada e regulada pelo Direito Internacional.” (CANEDO; COSTA, 2004, p. 171).

Evidentemente, o processo de institucionalização da sociedade internacional intensificou bastante o modo de formação de normas internacionais, sobretudo com o incremento dado às normas institucionais, em que pese a manutenção, reconhecimento e força já garantida às normas convencionais e consuetudinárias.

Como dito antes, embora não seja novo o debate, as fontes internacionais ocupam central importância na formação, interpretação e aplicação das normas, em especial pelo crescimento do número de organizações internacionais interestatais, marco fundamental moderno que coletivizou várias demandas e estabeleceu novos procedimentos para trato de questões comuns aos Estados.

Notadamente com a criação da ONU, por sua atuação mundial e constituição

normativa, e por todo o contexto para sua criação e estruturação, *pari passu*, se desenvolveu a necessidade de melhor sistematização, como sistema jurídico-normativo, ou tratamento dado às normas produzidas em seu seio.

Daí em diante, as normas já não podiam simplesmente ser presumidas ou deduzidas de conceitos comuns do direito e equidade, historicamente enraizada no esquema do valor da *Pax Christiana* europeia, mas necessária justificação cuidadosa, a fim de ser aceitável para todos, senão a maioria dos Estados, muitos dos quais ajudaram a promover a criação de novas ordens mundiais, substituindo a velha ordem dos tempos pré-guerra.

A ampliação das frentes de atuação de entidades, resultando também no aumento da atividade de produção normativa pós 1945 não se deve apenas ao aumento do número de Estados, mas resulta de uma tendência que também refletiu a inerente falta de fé de muitos Estados, que diante de um modelo tradicional positivista, formalista e hierárquico, sob domínio do modelo hegemônico ideológico e político das nações europeias, preferiram subscrever regras de direito internacional apenas se eles tivessem desempenhado um papel em sua formulação, ou seja, romperam com a coadjuvância a qual sempre foram relegados.

Por outro lado, quando estes Estados descobriram que a independência política não implicava automaticamente a plena liberdade sócio-econômica, posto que as estratégias e planos, em geral, definidos por outros Estados não funcionavam com eficácia na melhoria de sua condição, perceberam a necessidade do desenvolvimento de outras possibilidades para trazer a igualdade dos Estados que a Carta da ONU (BRASIL, 1945) prometeu. Posteriormente, viram que a estratégia política para a superação dessa desigualdade histórica, também institucional, passaria pelo processo de criação de norma de Direito Internacional.

Isso, evidentemente, provocou reações e, diante de um quadro numérico maior de Estados alinhados pela desigualdade, as reivindicações começaram a surtir efeito com estas arenas coletivas que representavam as organizações internacionais e seus espaços de discussão e deliberação. Avançando com a capacidade de se produzir normas, os Estados que antes viam nesta prerrogativa a principal distinção e meio de assegurar seus interesses ante aos demais, reagiram com a regulação jurídica, melhor dizendo, com a classificação ou qualificação de lei e não lei, ou mais claramente, definindo quais espaços poderiam produzir leis obrigatórias, estabelecendo, portanto, critérios normativos distintivos de maior ou menor obrigatoriedade e também critérios em razão da pessoa e da matéria para definir espaços de poder e decisão, obviamente, garantindo o máximo controle possível.

Questionamentos quanto à capacidade de se criar e de se aplicar leis ainda perdura no debate internacional muito em função da própria organicidade dada aos órgãos e outros

fatores de cunho interpretativo de normas e funções. Vejamos, por exemplo, que entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da ONU ainda permanecem o debate doutrinário e dogmático quanto à capacidade ou não de se produzir normas e, exigência ou não de vinculação às mesmas.

Desde o final do século XX não mais os Estados atuam isoladamente, dada a existência de uma sociedade internacional e, esta dimensão societária também repercutiu na produção da norma que regularia a convivência não mais particular ou individual do Estado, mas certa transcendência que passa a exigir mecanismos de expressão do grupo social em seu conjunto.

Esta pluralidade de sujeitos internacionais atuando na produção de leis nos permite dizer que estamos diante de uma normatividade graduada²⁴, mesmo porque a própria Carta da ONU (BRASIL, 1945) não pode ser vista como geradora de normas essenciais, pois na sociedade internacional não há previsão da Carta como fonte específica. A Carta da ONU não é tipo formal (fonte) superior sendo apenas um tratado de origem convencional, como outros e, do mesmo modo que ela não pode ser vista como fonte super legal de leis internacionais, mais uma vez ressaltamos que a diferenciação de normas deve ocorrer por critérios eminentemente substantivos, ou seja, não importa a forma, mas, a natureza do tema que lhe confere o caráter de essencialidade, obrigatoriedade, ou mesmo o *status* de *jus cogens*, posto que a preeminência é determinada pelo seu conteúdo e não pelo processo de criação.²⁵

Mesmo com as dificuldades, o consenso coletivo a partir das deliberações de organizações internacionais se mostra uma tendência irreversível no Direito Internacional na medida em que as próprias demandas que se apresentam dizem respeito a todos, senão a muitos Estados, o que permite aproximação, diálogo e cooperação.

Com os dilemas na formação do consenso, e os riscos de também se formarem grupos distintos, ou muitos grupos diluindo a força do consenso, ainda assim nos parece o caminho mais adequado, sobretudo para romper com o tradicional decisionismo qualitativo dos componentes proeminentes da organização, por critérios nem normativos, nem por relevância, ou mesmo pela “não decisão”, esbarrando em aspectos formalísticos, em prejuízo da latência de temas fundamentais que assolam a sociedade internacional.

²⁴ A ideia de ordem internacional pautada por “normatividade graduada” consiste não só nos graus de aplicação conforme as fontes clássicas do art. 38 do Estatuto da CIJ, como incluem neste rol o *soft law*, as obrigações *erga omnes* e as regras de *jus cogens* como uma sequência hierárquica, também estabelecidas pela obrigatoriedade. (FASTENRATH, 1993, p.331)

²⁵ Devemos destacar que a questão do *jus cogens* (normas imperativas) não é consensuada no cenário internacional, nem pela doutrina ou jurisprudência, sequer tem na sua análise formal um processo claro de sua criação, apenas se aproximando por critérios principiológicos, remonta ao direito consuetudinário. Também, não é sedimentado, em sentido normativo, a superioridade de tais normas ante às demais.

Exige-se, então, um aprendizado com o desenvolvimento de uma gramática da ação coletiva, e não definição de regras puras e formais de Direito, para conduzir o processo de construção e normas internacionais. Nessa gramática, a ação institucional passa do reconhecimento de grupos específicos e traz a adesão de todos os componentes essenciais. Assim, uma regra adquire densidade normativa superior porque é aceita e reconhecida por todos os componentes essenciais da comunidade e mais, a forma deste reconhecimento nos permite apontar, agora, para a própria construção do consenso essencial, ou seja, mesmo nos procedimentos decisórios, as regras tradicionais (votação, maioria, *quórum*) cedem lugar para o consenso via convencimento, fruto de processo dialógico e mesmo que represente sacrifício de alguma parte, caso um interesse não seja contemplado, ainda assim, não se configure como um processo de perdas e ganhos, e de afastamento ou recrudescimento de relações políticas ou ideológicas. A expectativa é de uma gramática das relações de poder vigorosa e reconhecida com mais força da justiça que possa decorrer, que das regras de Direito e que seja institucionalizada de modo permanente para estabilidade na prática dos Estados.

Em certa medida, ao invés de planos e projetos para se criar órgãos, convenções ou mecanismos para se instituir, legislar e impor uma ordenação jurídica e política rumo à formação de uma comunidade internacional estamos convencidos que tal construção pode se iniciar de modo mais simples, mas muito mais consistente a partir de medidas que se pautem pela valoração da participação e pela coordenação, ao invés de ações verticais. Os espaços para isso, sem dúvida, são os espaços coletivos, mais especificamente, as organizações internacionais.

Um sistema jurídico carece também de fundamentos de caráter e dimensões sociais. Sabemos que a mudança radical, brusca, em contexto de autonomia e soberania estatal, pode não lograr êxito. Assim, propomos que, gradualmente, sejam recompostas algumas instituições, sobretudo, institutos normativos como as fontes de direito.

Disso, extraímos que o ponto central de discussão acerca das fontes no Direito Internacional sejam os seus elementos materiais, ou seja, a variedade de formas de comprovação da existência do consenso entre Estados relativamente a normas ou práticas concretas. Assim, as decisões das Cortes e Tribunais Internacionais, as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e os tratados normativos multilaterais constituem prova determinante da atitude dos Estados em relação a regras específicas e à presença ou ausência de consenso. (BROWNLIE, 1997, p. 15)

Especificamente, no caso das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, a aceitação por votação majoritária, no mínimo, faz prova das opiniões dos governos emitidas

no maior fórum existente para a expressão dessas opiniões. Mesmo quando formuladas como princípios gerais, as resoluções deste tipo estabelecem uma base para o desenvolvimento progressivo do Direito e para a rápida consolidação das regras consuetudinárias. Ainda, em alguns casos, a resolução pode produzir um efeito jurídico direito como interpretação autêntica e como aplicação dos princípios da Carta.

O Direito Internacional Público, modernamente, se propõe um veículo de representação de uma organização social e política alternativa à atual, sendo, portanto, antecipador de uma ordem internacional que privilegie as formas de autoridade partilhada e a dignidade de todos. Este papel antecipatório constitui uma manifestação peculiar da eficácia simbólica, ou seja, do impacto do Direito como discurso que cria uma representação legitimadora de certas práticas ou promotora de valores alternativos aos dominantes.²⁶

PUREZA (2002) entende que nos últimos tempos o lugar do Direito Internacional sofreu uma transformação profunda. Em primeiro lugar, registou-se uma emancipação conceitual do bem jurídico “meio ambiente” em sede de regulação internacional, rompendo com a tutela territorialista da soberania. A celebração de mais de 300 tratados multilaterais e de 1000 bilaterais põe em evidência esta mutação. Por outro lado, a regulação jurídica internacional do ambiente passou a guiar-se cada vez mais intensamente pela consideração do ambiente como interesse fundamental e indivisível da comunidade internacional no seu conjunto.

Esta transformação de concepção foi acompanhada por uma mudança significativa na escala e na natureza da mesma regulação jurídica, de um alcance transfronteiriço bilateral para uma perspectiva global. Na escala, desde logo, uma vez que os regimes ambientais tendem a ter uma aplicação *urbi et orbi*, tanto nos espaços sujeitos à soberania territorial dos Estados ou à sua jurisdição funcional, como nos espaços situados fora de tal competência estatal. Na natureza dos regimes normativos, depois, já que se trata de regimes de carácter

²⁶Nesta agenda antecipatória o autor destaca três (3) áreas que em grande medida delinea a sistemática de atuação e funcional do Direito Internacional. A primeira é a da institucionalização dos interesses comuns. A densificação da malha de organizações internacionais e, com ela, a acentuação dos regimes de regulação multilateral, suscitou, ao longo do século XXa institucionalização do tratamento de interesses básicos para a comunidade internacional no seu conjunto. O domínio em que essa institucionalização adquiriu um valor de referência para as restantes experiências de disciplina coletiva foi o da manutenção da paz e da segurança internacionais. Uma segunda área de interesses comuns abarcada pelo processo de institucionalização foi a do combate ao subdesenvolvimento. É o que resulta claro, desde logo, da inserção da realização “da cooperação internacional na solução dos problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário” no elenco dos propósitos fundamentais da Organização das Nações Unidas (artigo 1.2). Disso dão conta as sucessivas declarações adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, acima de todas, a “Agenda para o Desenvolvimento” elaborada, em 1994, pelo então Secretário-Geral Boutros-Ghali. Enfim, em terceiro lugar, cumpre destacar a regulação do ambiente global como outra projeção do direito da humanidade. (PUREZA, 2002, p. 30-32)

transversal, desenhados em função dos problemas que visam atacar e não dos espaços físicos em que eles emergem. Neste contexto, o Direito Internacional contemporâneo tem acolhido a qualificação do ambiente como preocupação comum da humanidade. Trata-se de um conceito que está no cerne do direito da humanidade, embora de contornos pouco precisos.

Merece destaque a atividade do Grupo de Consultores Jurídicos do Programa das Nações Unidas para o Ambiente que tem contribuído para a amplificação e ampliação de uma agenda comum internacional, definindo assim, por exemplo, um conjunto de características definitórias fundamentais dessa qualificação jurídica que exige uma agenda:

- a) aplica-se a problemas de importância essencial para a comunidade internacional no seu conjunto, mas colocando o acento no *modus faciendi* e não na titularidade: é a protecção baseada em critérios de ordem pública e operando em termos de não-reciprocidade que tem primazia;
- b) envolve, não só todos os Estados, mas também todas as sociedades e todas as comunidades dentro de cada sociedade nessas formas de regulação;
- c) sublinha a repartição equitativa de responsabilidades. (PUREZA, 1998, p. 277)

Um segundo campo da agenda antecipatória do novo Direito Internacional é o da sua humanização. À velha blindagem dos Estados, alicerçada num entendimento amplo do seu domínio reservado, se pôs a consolidação de uma obrigação internacional geral de prestação de contas pelo tratamento conferido por cada Estado aos indivíduos sob sua jurisdição. Esta ruptura profunda suscitou a afirmação do princípio da protecção internacional dos direitos humanos como um novo princípio constitucional do Direito Internacional, com dignidade sistemática idêntica àquela que era reclamada, em termos monopolísticos, pelo princípio da soberania territorial dos Estados, no quadro do Direito Internacional tradicional. Toda a segunda metade do século XX foi atravessada por esta transformação, tornando o Direito Internacional num instrumento argumentativo forte de antecipação de uma comunidade internacional não só de Estados, mas de pessoas.²⁷

A impetuosidade desta revolução – porque é disso que se trata – atinge mesmo a sustentação do individualismo estatal que é o princípio da não ingerência nos assuntos

²⁷Essa dinâmica de mudança foi desenvolvida em três frentes, complementares entre si. A primeira frente teve um conteúdo normativo e declaratório, traduzindo-se na multiplicação de textos jurídicos proclamadores dos direitos humanos fundamentais, com uma amplitude universal ou regional e com um âmbito geral ou temático. O desenvolvimento progressivo deste trabalho permite hoje constatar a existência de uma rede normativa densa e extensa e que evidencia áreas de irredutibilidade e inderrogabilidade entre os fundamentais tratados internacionais nesta matéria. A segunda frente tem uma natureza orgânica e consubstancia-se na criação de inúmeros organismos intergovernamentais de fiscalização e acompanhamento da aplicação das convenções internacionais de direitos humanos. Finalmente, a terceira frente reside no desenvolvimento de técnicas procedimentais de fiscalização internacional do cumprimento dos direitos humanos, que conduzem do tradicional *reporting system aos mecanismos ostensivos*, desenvolvidos no quadro das Nações Unidas com base na resolução 1235 do Conselho Econômico e Social da ONU e que dispensam os Estados de cumprirem o ditame tradicional do consentimento prévio dos Estados. PUREZA, 2002, p. 36).

internos dos Estados. Sem prejuízo das funções e poderes que a Carta atribui aos órgãos das Nações Unidas em caso de violação das obrigações assumidas pelos membros da Organização, os Estados, atuando quer individual quer coletivamente, têm o direito de adotar, relativamente a qualquer outro Estado que haja infringido a obrigação de respeitar e assegurar o respeito pelos direitos humanos fundamentais medidas diplomáticas, econômicas, ou de outra índole, admitidas pelo Direito Internacional e que não impliquem o uso da força armada em violação da Carta das Nações Unidas. Estas medidas não podem ser consideradas como intervenção ilícita nos assuntos internos dos Estados.

Por fim, um terceiro componente fundamental da agenda antecipatória do direito da humanidade é a substituição da primazia absoluta da territorialização pela emergência do regime de patrimônio comum da humanidade. O territorialismo *westefaliano* assentou numa aparente duplicidade de tratamentos jurídicos entre soberania territorial em terra e liberdade no mar. Mas essa aparência escondia uma efetiva complementaridade: legitimação da expansão da soberania territorial dos países centrais (conquista, ocupação, *debellatio*) e apropriação seletiva de fatodos espaços não apropriados qualificados como *res communis*, ao abrigo da lógica *first come, first served*. As externalidades ambientais e a interdependência econômica suscitaram, entretanto, o aparecimento de outros regimes jurídicos, guiados pelos princípios da equidade e da gestão comum.²⁸

Evidentemente, isso não impede a externalização de agendas contraditórias que em certa medida causam confusão fazendo entender que toda e qualquer demanda é uma agenda e que deve ser inserida em apelo a justiça. Contudo, a pretexto de se fazer justiça, há limite na deformalização do Direito. No processo de criação de normas é preciso ter critérios, ao menos

²⁸A primeira consubstancia-se fundamentalmente na qualificação como patrimônio comum da humanidade de espaços e recursos físicos, materiais, que sobejaram das vagas apropriacionistas dos Estados. É essa a lógica que está presente, desde logo, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, cuja Parte XI qualifica os fundos marinhos situados para além da jurisdição nacional e respectivos recursos – que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) designa por “Área” – como património comum da humanidade, atribuindo a sua administração a uma organização internacional criada especificamente para esse fim (a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos) e dotada inclusivamente de um órgão próprio para a exploração operacional dos recursos da Área, a Empresa. É esse também o espírito do Acordo de 1979 sobre as atividades dos estados na Lua e outros corpos celestes. Num como no outro caso, não obstante o arrojo das soluções jurídicas e institucionais de contestação da extensão das soberanias dos Estados, o que ressalta é que essa contestação se faz de fora dos espaços apropriados, não constituindo mais do que um remanescente de dimensão diminuta. Aliás, a própria força jurídica dos textos que referi é, também ela, muito diminuta: a Parte XI da CNUDM foi alvo de um processo de revisão pré-natal, concretizado no Acordo de 1994 sobre a aplicação do regime da Área e que constitui um completo desvirtuamento da redacção inicial da Convenção; já o Acordo de 1979 sobre a Lua enferma de um mal endémico em muitos tratados internacionais: no caso concreto, nenhuma das potências espaciais o ratificou. O que nela há de essencialmente novo é que a lógica reguladora do património comum da humanidade passa a actuar dentro do reduto da soberania territorial dos Estados, obrigando a uma alteração substancial no modo como é exercida essa mesma soberania. (PUREZA, 1998, p. 279).

um elementar formalismo, ao que Jean D'Áspremont (2011, p. 29) chama de teste formal de *pedigree* já que há nas fontes uma determinação relativa, o que exige melhor identificação.

Neste sentido a purificação das fontes, o que chamamos de reconfirmação, busca no elemento indeterminação das fontes a revitalização destas especialmente para garantir maior legitimidade. O autor exemplifica os costumes afirmando que não se procura formalizar a evidência do direito costumeiro, mas somente o raciocínio legal do aplicador de tal direito, na verdade a forma de conceber tal costume como norma e não exclusivamente seu conteúdo. Chama a atenção, também, o que se entende como formalismo na interpretação das normas fazendo crer a existência de princípios formais de interpretação, dando uma aparência de formalismo, sobretudo quando se interpreta a política internacional com ênfase ao realismo, estabelecendo o realismo legal.

Ou seja, com ceticismo na recepção de tal regra, se interpreta a partir de uma compreensão fundamentada em um Realismo, de tal modo que garanta legitimidade pelos demais membros da sociedade internacional, incorporando elementos de legalidade, já que a maioria aceita tais normas e assim as compreendem. Este formalismo na interpretação, que difere da reconfirmação ou purificação das fontes, e em grande medida confirma regras sem nenhum instrumento escrito.

A fim de dar certa formalidade às fontes do Direito Internacional, logo às normas internacionais, Jean D'Aspremont (2011) propõe uma “Semântica Comunitária”, ou seja, o desenvolvimento da consciência social, atualmente deficitária das autoridades aplicadoras da lei. Aponta a necessidade de diálogo e alinhamento das autoridades públicas, especialmente aos produtores de normas para que se construa um consenso comunitário. Esta semântica comunitária, baseada no argumento da linguagem, atacaria este isolamento da aplicação da lei em que cada um no seu canto e na sua aplicação, em uma evidente falta consciência de pertença de uma comunidade linguística reconstituiria a aplicação do Direito levando em conta a prática social, o que colocamos como a tese social que tem a virtude de renovar a si mesma de dentro. Ainda, sustentando em Jeremy Bentham (1843, p.58) traz a “convergência do uso”, que garante normatividade às leis tendo a prática social um fato que por si só garante suficiência e validade às normas. Ou, como afirma Ludwig Wittgenstein (1968, p. 91), precisa-se de semântica comunitária reconfirmada pela prática social, mais ou menos determinada, suficientemente clara e extraída também no próprio sentido da palavra como ela é usada, daí a gramática firmada por esta nova semântica.

Isto reafirma a pluralização na produção das normas, que se dá fora do esquema clássico formal, em um evidente alongamento do processo de produção que, por um lado,

demonstra a necessidade de adequação do Direito Internacional a esta normatividade plural e, por outro lado, exige métodos mínimos de formalidade para não esvaziar conteúdos importantes e temas que precisam de maior regulação normativa.

Portanto, coadunamos com perspectiva da matriz sociológica da interpretação do Direito Internacional, segundo a qual os elementos sociais são condicionantes importantes na criação da norma devido ao processo de produção que traz atores (agentes) que antes não participavam, o que permite a vocalização de demandas, interesses e anseios, além de qualificar a participação e mesmo de influenciar atores tradicionais como os representantes de Estados e Organizações Interestatais. Em grande medida, este processo traz maior legitimidade ao processo de produção da norma internacional, o que gera maior adesão, respeito e cumprimento de tais normas e obrigações decorrentes, reforçando o Direito Internacional como uma ordem social e normativa.

Fica claro, então, que a diversidade e complexidade internacional não somente evidencia a necessidade peremptória de uma adequada conformação jurídico-normativa do Direito Internacional, como também mostra que para tal conformação, convém considerar as instituições internacionais que operam o Direito Internacional, os procedimentos normativos e também o próprio poder dos Estados na configuração do sistema internacional.

3 ANÁLISE-CRÍTICA SOBRE AS RESOLUÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS: UM ESTUDO DE CASO DA RESOLUÇÃO 45/110 – REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO)

No desenvolvimento das seções e subseções que integram este capítulo optamos por analisar de modo mais específico a normatividade das Resoluções, como uma nova fonte, em contraponto às fontes tradicionais, com o intuito de tentar apontar a relatividade, sobretudo, do formalismo jurídico que se coloca nas exigências procedurais, o ponto forte para, ora se garantir privilégios, ora se esquivar de obrigações. Neste contexto, o debate doutrinário sobre normas rígidas (*hard law*) e normas flexíveis (*soft law*) se coloca como importante variável para esta pesquisa.

Com o apontamento geral de que tais normas (*soft law*) tem flexibilidade como critério de não vinculação pelo Estado para se obrigar a seu cumprimento, neste capítulo queremos verificar que aspectos têm sido mais mais relevantes na produção de normas internacionais e na sua incorporação. Um estudo, na perspectiva analítica, e não meramente comparativa de origem de criação das fontes, pode nos apontar além da relativização das fontes, ou mesmo a sua apuração. Após breve situação normativa da resolução, buscamos uma definição mais adequada ao termo, revisitando autores que se dedicaram mais profundamente ao estudo dessa modalidade de lei.

Metodologicamente, utilizamos o estudo de caso de uma norma concreta, produzida pela ONU, especificamente pela Assembleia Geral e avaliaremos, criticamente, com as conexões jurídico-legais e formais, o quanto as resoluções são cumpridas ou não e quais fatores determinam o cumprimento.

Ainda, pela importância dos temas relacionados à pena e prisão, o conteúdo desta Resolução 45/110 – Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, também será contextualizado para reforçar o argumento de que, também, o conteúdo veiculado por um instrumento, quer seja, *soft* ou *hard law* é fundamental para que os Estados se vinculem ou não a certa norma internacional.

3.1 Análise sobre o processo de produção de normas a partir das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU).

3.1.1 As Resoluções da Assembleia Geral e a busca de densidade normativa

A intensificação da atuação coletiva dos Estados através das Organizações Internacionais resulta na materialização de várias normas, em especial com muitas resoluções que são os instrumentos jurídicos adequados para esta atuação política. A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou milhares de resoluções no seu percurso desde 1945, assim como o Conselho de Segurança, sem contar outras organizações e organismos subsidiários. Naturalmente, a resolução se torna objeto de análise importante, não somente pela quantidade, mas também pela relevância de seu fundamento e conteúdo legal.

Partimos de uma premissa, em geral difundida, de que somente em situações excepcionais tais instrumentos obrigam os Estados, da mesma forma que as fontes clássicas ou tradicionais do Direito Internacional, como os tratados e os costumes. De início, houve uma tendência de se avaliar a legalidade, e obrigatoriedade das Resoluções a partir dos instrumentos constitutivos da própria organização intergovernamental, por uma espécie de modo dedutivo, postulando uma explicação teórica de obrigatoriedade fundada, ou por remissão, a partir do órgão que cada um dos Estados construiu e, desse modo, tal obrigatoriedade advém dos atos emanados deste.

Com o decorrer dos anos e, com o crescimento da atuação e importância das organizações internacionais, em especial, com o volume substancial cada vez maior do objeto das resoluções, esta tendência atingiu um ponto alto de debates, também trazendo algumas reflexões críticas, como a sua expansão para temas mais caros aos Estados isoladamente e também ao excesso de resoluções, o que coloca em xeque sua normatividade e mesmo sua legitimidade. Com isso, a resolução tornou-se dependente de vários fatores e sua função e natureza cada vez mais questionada ou, pelo menos, mais debatida a ponto de ser necessário, intensificar o processo de definição os seus efeitos.²⁹

A partir de uma análise funcional, talvez pragmática, temos que a ONU, de modo geral, é uma instituição que visa atingir a paz e o desenvolvimento através da cooperação,

²⁹O Instituto de Direito Internacional, na sua 30ª Conferência criou uma Comissão para um estudo sobre "A elaboração de convenções multilaterais gerais de instrumentos não-contratuais que tenham uma função normativa ou objetiva" que foi adotada em 1987 no Cairo (Egito) através de uma resolução com 26 conclusões denominada "Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas". Ver *Annuaire IDI*, v.62, Parte II,(1989) p.274 -289 .(INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 2014).

solidariedade e boa-fé internacional, em especial com o fomento para uma consciência coletiva cada vez mais objetiva, na medida em que aos Estados cabe realizar e cumprir determinados atos internacionais que, por vezes, podem ferir sua própria conformação política, estrutural ou ideologia particular.

É certo, porém, que não é a ONU um espaço genuíno para proteger e aplicar as normas legais internacionais existentes, algumas das quais já não refletem as necessidades reais da sociedade internacional. Assim, convém identificar e caracterizar melhor o significado jurídico das resoluções adotadas nas Nações Unidas e situar melhor seu lugar no quadro global de Direito Internacional. A partir disso, surgem questões relativas ao valor ou força jurídica das normas emanadas das organizações internacionais. Algumas respostas surgem como, por exemplo, o valor vem fixado pelo ato constitutivo da própria organização, como o artigo 189 do tratado da Comunidade Européia que explicita que os regramentos, diretivas e decisões possuem força vinculante que obriga todos os membros.

A literalidade de trechos da Carta da ONU (BRASIL, 1945), mais especificamente no tocante à Assembleia Geral, define tal obrigatoriedade expressamente, como no artigo 17, que trata da aprovação do orçamento da instituição, ou no artigo 18, que fala da eleição dos membros do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social, da admissão de novos membros, da suspensão ou expulsão de membros, ou no artigo 22 que traz decisões sobre a criação de órgãos subsidiários. Todos estes exemplos ilustram casos de resoluções que tratam de questões internas, organizacionais e que vêm expressamente com *status* de obrigatoriedade.

Contudo, esta precisão não é regra, nem mesmo no texto da Carta ONU (BRASIL 1945). Considerando que o artigo 25 da Carta diz que os membros das Nações Unidas aceitam e executarão as decisões do Conselho de Segurança, muitos entendem que somente estas decisões são obrigatórias, logo, as demais, inclusive que tocam a Assembléia Geral, seriam não obrigatórias.

Todavia, por uma simples análise já poderíamos questionar um papel meramente figurativo da Assembléia Geral que somente poderia discutir e recomendar, um papel secundário e vazio, sem qualquer possibilidade deliberativa, o que Francis AimeVallat (1995, p. 203) chama de uma simplificação grosseira.

A questão crucial quanto ao valor jurídico de normas advindas de órgãos coletivos, no caso da Assembleia Geral do ONU, como antecipamos, menos diz da sua nomenclatura e mais sobre a forma de criação e na sequência com sua implementação, na demonstração prática da legalidade e juridicidade da mesma. Assim, a determinação da obrigatoriedade de

uma norma jurídica realiza-se a partir da vinculação que a mesma estabelece no ordenamento jurídico de onde depreende sua força legal, inclusive com sanções em caso de descumprimento. No caso das resoluções da Assembleia Geral reside a obrigatoriedade no consentimento individual de cada Estado e no consenso geral de todos conjuntamente, o que faz a incorporação e cristalização da norma chamada norma institucional.

Portanto, a existência dos elementos: consentimento de cada Estado e consenso plural de todos os Estados traz o fundamento da obrigatoriedade e vinculação da norma, não importando se é denominada “recomendação”, “decisão”, “deliberação”, “diretiva”. Também, não depende da discricionariedade ou do poder de apreciação outorgado ao destinatário da norma, mas da atitude do destinatário quanto à adoção da norma.

Carlos Fernández de Casadevante Romaní (1996, p. 121-123) diz que as resoluções tanto repercutem nos Direito consuetudinário, seja declarando tais costumes ou cristalizando normas costumeiras, como também se constituindo como ponto de partida de um costume internacional. Diz de uma interação entre os vários tipos de normas, ou também, uma manifestação distinta do tratado e do costume visto que a atuação as organizações internacionais moldam uma nova expressão do consentimento individual e do consenso entre os Estados institucionalizados, resultando em norma institucional. Na análise do valor ou força da norma jurídica, sobretudo aquelas oriundas do contexto da institucionalização da comunidade internacional, é necessário e, inevitável, uma mentalidade aberta para compreender que há outras formas de produção de normas, especialmente as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas. A compreensão da Resolução como fonte produtora de normas exige análise quanto o seu conteúdo, linguagem, procedimento de aprovação e a postura do Estado na sua aceitação ou não. Este autor apresenta uma classificação das recomendações emitidas pela Assembléia Geral da ONU ordenadas em algumas categorias.

As Resoluções declarativas de normas consuetudinárias são aquelas que em geral vêm intituladas “Declaração” sendo a reafirmação de uma regra de direito existente, ou forma de determinação ou de interpretação do Direito Internacional como prova de costume ou enunciação de princípios gerais de direito. Em grande medida, esta modalidade de resolução se presta a influenciar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e, embora atue em texto que já existe, não se coloca como mera reiteração de uma convenção já firmada pelos Estados. Elas servem para definir, formular, reformular, clarificar, especificar e autenticar um texto ou regra expressa nela. Ainda, se configuram como fonte de regras de Direito Internacional similar à formação do consenso das conferências visando posterior codificação, servindo para precisar o sentido da prática (elemento material do costume) ou

como prova da *opinio iuris* (elemento subjetivo), já que adotadas por unanimidade ou por maioria.

Uma ilustração para a confirmação a resolução com valor normativo se dá com o julgamento na CIJ no assunto das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua, quando os juízes manifestaram que a aceitação do texto de uma resolução pode ser interpretado como uma adesão a validade da norma ou do conjunto de normas declaradas na resolução e consideradas em si mesma. (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2013)

A segunda modalidade de Resoluções são aquelas cristalizadoras de normas consuetudinárias *in statu nascendi*, ou em via de formação. Estas contribuem para a consolidação de uma norma consuetudinária, o que se dá pelo consenso da maioria ou pela unanimidade. Como exemplo, a Resolução 1962 (XVIII) que tratou das atividades dos Estados na exploração e utilização do espaço ultraterrestre resultou em aprovação unânime em 1963, sendo que tal declaração resultou mais tarde (1966) em um Tratado Internacional sobre o tema. No mesmo sentido foi a Resolução 2749 (XXV) que declarou os princípios que regem o Fundo do Mar (1970), que em 1982 foram codificados na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Outra forma, por fim, são as resoluções *lex ferenda* que se constituem como ponto de partida para um costume, sendo sua consubstanciação construída de modo escalonado e gradual, encorpendo, por etapas, a normatividade no processo de criação e normas. Entende-se que a adoção desta resolução pode ser a base para a prática dos Estados. Nesta modalidade, a prática dos Estados é o nexos que confirma o consentimento e o consenso que reafirma a institucionalização na sociedade internacional, fazendo evidenciar o efeito jurídico vinculante pelo comportamento dos Estados.³⁰

Mas, além destas três (3) modalidades de resoluções, Blaine Sloan (1987) acrescenta que há as resoluções interpretativas da Carta da ONU (1945), que tem a mesma força normativa da própria Carta, obrigando os Estados Membros como se fossem tratados e princípios gerais, como Direito Internacional geral.

Pela previsão do artigo 10 da Carta da ONU, a Assembleia Geral pode tratar de quaisquer temas e, também, o seu poder de interpretação é amplo, que se materializa nas

³⁰ Citando a Resolução de O Cairo, em 1987, do Instituto de Direito Internacional, Carlos Fernández de Casadevante Romani (1996) apresenta as seguintes categorias de Resoluções Lex Ferenda: a) resoluções que contribuem para a criação de um costume internacional; b) resoluções que contribuem para a emergência de princípios gerais do direito; c) resoluções que delimitam o campo das negociações relativas a um tratado multilateral, especialmente que enunciam regras a serem incluídas em futuro tratado e d) resoluções que estabelecem políticas determinando a substância de um direito futuro, consuetudinário ou convencional. (ROMANI, 1996, p. 134).

Resoluções declarativas (explícitas) e Decisões ou Recomendações invocando dispositivos da Carta (implícitas), o que produz efeitos jurídicos aos Estados qualquer que seja a forma de sua externalização.

Uma melhor metodologia analítica para avaliação a normatividade das resoluções da Assembleia Geral é conhecer desde o processo de formação de cada norma, rompendo inclusive com a preconcepção de que fontes são aquelas enumeradas no artigo 38 do ECIJ. Neste sentido, como temos dito, não há limitação quanto às fontes, considerando ainda que tendo como ponto de partida o consentimento particular de um Estado quanto a se obrigar a uma norma internacional, se concretiza de modo mais vinculativo a partir do encontro de consentimentos particulares, com a formação de um consenso geral pela pactuação dos demais Estados em torno de determinado objeto.

A este respeito, com foco especial no consenso para formação da obrigatoriedade da norma, algumas decisões da Corte Internacional de Justiça ilustram bem, como o caso das Zonas Pesqueiras – Reino Unido versus Noruega³¹; caso este em que a CIJ considerou que a prática reiterada e notória dos noruegueses com um tradicional sistema de delimitações de zona exclusiva no mar para pesqueiros nacionais, nem mesmo o procedimento de tal medição, não violava normas internacionais e, especificamente no caso da delimitação de mar territorial em 10 milhas, a Noruega sempre se opôs, logo, não havia consenso, especificamente, havia óbice permanente do país norueguês e, por isso, não se tornou norma de Direito Internacional geral, pois não havia um assentimento geral dos Estados. Outro exemplo que ilustra que a falta de consenso não permite a conformação de uma norma jurídica é o caso da Plataforma Continental do Mar do Norte envolvendo a República Federal da Alemanha e a Dinamarca e a mesma República Federal da Alemanha e os Países Baixos. Nesse caso, a CIJ considerou que não havia consenso porque a Alemanha não ratificou a Convenção de Genebra de 1958 sobre a plataforma continental e sequer aceitava o princípio da equidistância como regra de direito internacional advinda do regime jurídico da plataforma continental. Com isso, ficava evidente a falta de consenso, logo, faltava a normatividade institucional que permitiria cristalizar uma norma para lhe dar a obrigatoriedade.

³¹O Reino Unido em 28/09/1949 apresenta pedido à CIJ contra a Noruega no sentido de desconstituir a limitação da zona exclusiva de pesca norueguesa feita por decreto doméstico desse último país. Alega o Reino Unido que a delimitação local realizada por decreto doméstico é contrária ao direito internacional. Em resposta manifesta-se a Noruega, basicamente, alegando o que seu decreto não é inconsistente frente à lei internacional devendo ser considerado no caso, ainda, que a Noruega tem um título histórico de posse para todas as águas dentro dos limites estabelecidos por sua legislação. Julgando a matéria a CIJ estabelece que os métodos empregados para delimitação da zona exclusiva de pesca pela legislação doméstica norueguesa não é contrária à lei internacional e que as linhas base elegida no decreto ao aplicar tal método não são contrárias ao direito internacional, do mesmo modo. (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2013).

É notável que atualmente a sociedade internacional avançou na dimensão institucional com a atuação das organizações internacionais interestatais, o que relativizou o conceito e aplicação de soberania que passou a experimentar a produção de normas pelo consenso, com a cristalização das mesmas nos vários espaços de discussão e tratamento das questões comuns aos Estados, como as conferências e mesmo os espaços coletivos da ONU, como a Assembleia Geral.

Sobre a Assembleia Geral da ONU, também, alguns julgados ilustram a capacidade de produção normativa obrigatória, como na apreciação pela CIJ que resultou na Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança (1970). Neste caso, a África do Sul manteve a ocupação do território namíbio e resultou em uma Recomendação da Assembleia Geral da ONU (Resolução 2.145/XXI), que destituía a África do Sul de seu posto de país tutor da região, devendo ainda, entregar imediatamente a administração do território ao Conselho de Tutela da ONU. Novamente a África do Sul não respeitou a citada decisão. Dentre outros argumentos alegou que tal resolução constituía-se apenas uma recomendação, que poderia ser aceita ou rejeitada pelos membros da ONU. A CIJ não só confirmou a validade e juridicidade da Resolução originada na Assembleia Geral como reforçou sua capacidade produtora de normas internacionais, inclusive estendendo os efeitos de tal resolução, confirmada e executada pelo Conselho de Segurança como extensiva aos membros e não membros e aos demais signatários da Carta da ONU (BRASIL, 1945).

Finaliza Leonardo Nemer Caldeira Brant (2005) que a Assembléia Geral agiu de acordo com o artigo 11, parágrafo 2º da Carta, solicitando a cooperação do Conselho de Segurança que agiu em conformidade com os artigos 24 e 25 da Carta e que em sua decisão a CIJ ponderou que a Assembléia Geral não estava investigando fatos em relação à ocupação da Namíbia, mas formulando uma situação jurídica e que não seria correto supor que, a Assembléia Geral da ONU é, em princípio, investida de poderes de recomendação, estaria excluída de adotar, em casos especiais e dentro da estrutura de sua competência, resoluções que têm o caráter de decisões ou de uma intenção de execução. No mesmo sentido, na Opinião Consultiva sobre reparações dos danos sofridos a serviço das Nações Unidas³², se reafirmou a capacidade deliberativa e decisória da Assembleia Geral da ONU em proferir decisões executórias vinculativas.

³² Nesta manifestação a CIJ conclui que há situações em que a Assembleia Geral atua proferindo algumas decisões de caráter recomendatório, mas isso não é regra ou conclusão finalística, posto que a teor do artigo 18 da Carta ONU (1945), há decisões tomadas pela AG, em questões importantes, que gozam de força dispositiva e efeito normativo. (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2013).

Mas, além da produção normativa no seio da Assembleia Geral, excepcional, cabe dizer, a metodologia do consenso não é o único ou o último recurso. Até mesmo o artigo 18 da Carta da ONU acima mencionado, estabelece um *quórum* qualificado para aprovação de assuntos importantes, além e ser uma possibilidade residual ante ao Conselho de Segurança.

Um estudo feito por Jaume Ferrer Lloret (2006) apresenta dados afirmando que houve uma progressiva adoção de Resoluções na Assembleia Geral da ONU com o passar dos anos. No início da década de 1970 apenas 30% das resoluções foram aprovadas por consenso. Em meados da década de 1980 este percentual aumentou para 60% e desde a década de 1990, cerca de 80% das resoluções foram aprovadas por consenso. (LLORET, 2006. p. 58-59)

De todo modo, quer seja aprovada por consenso ou por votação com *quórum* simples ou qualificado, por si só, o consenso, em que pese a repercussão material ou substantiva da resolução, não define sua obrigatoriedade. Outros fatores são essenciais como a previsão no tratado constitutivo da organização de obrigatoriedade de tais resoluções e a prática dos Estados que reconfirme tal vinculação.³³

A participação dos Estados desde a negociação e adoção de uma resolução, sequer um posicionamento oposto ao consenso em exigir, ao menos, a votação da mesma, *a priori*, demonstra a aceitação, em grande medida, porque seguem o mesmo procedimento de adoção de fontes formais.

Retomando Nguyen Quoc, Daillier e Pellet (2004, p. 42), processo de demonstração de normatividade de uma Resolução se dá, inclusive, quando os Estados apresentam reservas a estas, logo, demonstrando o mesmo procedimento formal exigido na elaboração das fontes tradicionais.

Acrescentamos que todas as etapas, regularmente previstas nas Convenções de Viena de Direito dos Tratados (1969) são seguidas, também, no processo de formação de uma resolução. O processo das negociações para adoção de um texto por grupos específicos, os próprios debates e reservas adicionados, a conclusão de um texto e autenticação do mesmo, levando ao órgão plenário, com votação de artigo por artigo pelos Estados demonstra seu rito formal. Como afirma José Pastor Ridruejo (2002), a característica do consenso é que a proposta de resolução que faz a organização de onde ela se origina, por seus espaços formais é elaborada como resultado de um trâmite de consultas, negociações e transações entre as

³³A partir de análise da CIJ no caso das *Consequencias jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia 1968*), apresenta as seguintes técnicas para se determinar a vontade do Estado na aceitação dos efeitos jurídicos das resoluções: a redação, os termos empregados, o conteúdo da norma institucional, o procedimento de adoção, o contexto em que se elabora e se adota a resolução, incluindo os fatores políticos pertinentes, os debates precedentes à sua adoção, a intenção dos Estados e a prática subsequente dos Estados. (ROMANÍ, 1996, p. 138).

delegações interessadas, ou seja, constituindo-se em um compromisso que teve todas as etapas possíveis para objeções, reservas, inclusive não produzindo efeitos para aqueles que votam contra, o que, por isso, aponta que a resolução é um ato jurídico internacional concertado, de natureza não convencional, pois não se trata de uma convenção, com valor jurídico, se constituindo como um novo procedimento de elaboração de normas internacionais. PASTOR RIDRUEJO (2002, p. 187)

De todo modo, ainda assim se deve considerar a prática demonstradora do Estado na aceitação da resolução como vinculativa, notadamente com a regular processualística legislativa interna particular de cada um, em que pesem as considerações de que não mais se busca limitar uma norma, de forma excludente, pela sua origem ou forma de externalização, quiçá, uma combinação interativa de todas as etapas em que os Estados evidenciem seu consentimento particular, integrando isso de modo a constituir um consenso amplo aponta para o novo cenário no tocante a criação de normas internacionais. O que se configura em um processo de cooperação e profunda interação na criação de normas no sistema jurídico internacional. (CAMPOS; RODRÍGUEZ; SANTA MARÍA, 2002, p. 153)

Como ressaltamos, mesmo após a tramitação legislativa interna, a questão da obrigatoriedade de uma norma aprovada por consenso via resolução da Assembleia Geral da ONU ainda se sujeita a comprovação ou como dito, à reconfirmação pela prática internacional a ser demonstrada pela prática posterior dos Estados. É evidente que mesmo na extensão das atribuições da Assembleia Geral para atuar sobre determinados ou todo e qualquer tema apresentado, algumas questões têm sido mais demandadas ou têm sido objeto de análise com maior frequência. Os direitos humanos e o meio ambiente, sem dúvida, foram maiores referências nas resoluções editadas pela Assembleia Geral da ONU.

Como temos defendido, em definitivo, as resoluções da Assembleia Geral da ONU se alinham com as exigências da própria característica da sociedade internacional em seu processo evolutivo, notadamente quanto às exigências atuais do ordenamento jurídico que precisam apresentar respostas consonantes com os novos problemas que se apresentam na atualidade.

Neste contexto, o processo evolutivo do Direito Internacional que levou a esta tendência verificada de institucionalização, com a ONU em especial, aponta para maior amplitude no processo de formação da norma internacional, até então preso aos ditames clássicos da teoria tradicional das fontes, para contemplar novas exigências que a realidade apresenta, sobretudo partindo da institucionalização, ou seja, da atuação coletiva pautada nas premissas do consentimento e do consenso, mas assentadas em bases firmes de cooperação,

boa-fé e solidariedade, desenvolvendo mecanismos deliberativos adequados aos problemas apresentados, pautando-se na negociação, discussão, deliberação e flexibilidade na tomada de decisões, inclusive na elaboração da norma internacional.

A título de argumentação para fundamentar a pluralidade de normas e frentes de aplicação que demonstram a necessidade ante ao contexto social diverso e complexo, Leonardo Nemer Caldeira Brant (2002) acrescenta que as sentenças internacionais, mais especialmente o exercício da jurisdição, no caso, da Corte Internacional de Justiça, atendem ao componente do consentimento das partes, mas também à finalidade social de estabilidade e harmonia, em grande medida, contribui definitivamente para o desenvolvimento do Direito Internacional. Ultrapassa limites convencionais formais sobre consentimento ou *Pacta Sunt Servanda* e, mesmo com a ressalva dos Estados de que à CIJ caberia apenas declarar direitos e não criá-lo, se mostra irreduzível o papel das sentenças da CIJ pelo fato de que as mesmas, inelutavelmente, são aptas a revelar e inspirar a formação do direito internacional, como de fato o fazem. (BRANT, 2002, p. 510)

E neste processo de institucionalização, as resoluções da Assembleia Geral têm se mostrado cada vez mais um instrumento adequado tanto na forma ou processualística entre os Estados, pela democracia procedural, como na externalização do conteúdo, em grande medida alinhados com os anseios e necessidades comuns dos Estados. De modo que, como conclui Michel Villary (1973, p. 281), as resoluções são as expressões do acordo político realizado entre os Estados que têm participado na sua adoção, na medida em que compartilham compromissos mais precisos que cabe a cada um e, tais compromissos, vinculam os mesmos sem nenhuma diferença das formas de vinculação tradicionais. E, sobre a normatividade das mesmas, elabora que “As resoluções se colocam entre o tratado e o costume, particularmente porque a resolução tem a função de definir o alcance de uma norma estabelecida de outra maneira, ou pode constituir uma norma em si mesma” (VILARY, 1973, p. 281).

Para fins de delimitação do objeto utilizamos a expressão “Resoluções das Nações Unidas” especificamente para distinguir de instrumentos editados por outros órgãos internacionais, mesmo sendo subsidiários, subordinados ou vinculados às Nações Unidas (ONU).

A questão sobre o valor jurídico não é nova, mas se intensificou a partir da proliferação das organizações internacionais, de sua atividade e incidência nas relações internacionais, inclusive na proporção das resoluções emitidas e no seu valor jurídico, sobretudo aquelas emitidas pelo Conselho de Segurança e Assembléia Geral da ONU.

A par das várias classificações possíveis dadas ao termo Resolução há diferenças

básicas na sua tipologia (decisão, recomendação, resolução), como também da sua obrigatoriedade ou não. Decorre disso o debate sobre a consideração ou não das resoluções como uma fonte de direito internacional, conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Embora se reconheça a existência de uma ordem jurídica internacional dotada de um sistema de direitos e deveres e de órgãos aplicadores e julgadores, sem embargo, ainda se vê certa obscuridade sobre o processo de criação de uma norma jurídica internacional, seu alcance e obrigatoriedade, sobretudo, em razão da fonte que lhe deu origem.

Como já apontamos, a grande variedade de conteúdos das Resoluções e, especialmente, a desigualdade em seu valor jurídico tem conduzido o debate sobre sua consideração como fonte de Direito Internacional. Não há menção à resolução nas citadas fontes e meios auxiliares do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, desse modo, extraímos que também não se questiona eventual valor normativo atribuído às mesmas, inclusive acerca de seu conteúdo legislativo material já que resultam como expressão jurídica dos direitos e comportam obrigações no sentido jurídico.

As resoluções por sua aplicação e conceituação variadas exigem uma taxonomia mais apurada, especialmente para delimitar o campo de aplicação. Assim, há distinções doutrinárias e legais a partir de critérios variados. Alguns doutrinadores partem de perspectivas diferentes, o que em muito contribui com o desenvolvimento do tema, como por exemplo, Schwebel (1979) que desenvolve uma perspectiva analítica das recomendações como instrumentos vinculantes ou não vinculantes. Outros, como Jorge Castañeda (1969), debatem os efeitos jurídicos a partir do assunto, ou seja, o objeto, antecipando uma premissa de que há variação normativa a depender do que se trata.

Ainda, de acordo com a importância de seu conteúdo, Obed Asamoah (1966) reforça uma frente maior de autores que partem de considerações materiais ou substantivas das resoluções, ainda que permaneça o debate do viés positivista tradicional, como já apontamos. Este autor propôs a categorização das resoluções para sistematizar criação de leis pela ONU, o que ele considera como uma função extraordinariamente complexa, concluindo que Resoluções tomadas internamente, mas que impliquem em determinações que invoquem obrigações e exijam práticas externas e assunção de obrigações, como tratados ou declarações são obrigatórias porque a intenção é suficientemente presente. Para ele quando se estruturou a ONU seus idealizadores não a consideraram como instrumento de produção legislativa. Por ocasião da Conferência de 1945 (São Francisco – EUA), foi rechaçada tal proposta. Contudo, no mesmo sentido, o elenco de fontes apontados pelo art. 38 do Estatuto da Corte

Internacional de Justiça, também, não inclui as decisões das organizações internacionais.

Mas, evidentemente, o conteúdo das normas internacionais mudou de 1945 para cá, como também a própria prática dos órgãos e organismos internacionais e, sem dúvida, um lugar de destaque foi preenchido pelas Resoluções na evolução natural de mudanças ocorridas na substância e na forma de produção das normas. A manifestação externa de atividade das Organizações Internacionais, materializadas nas Resoluções, e o valor jurídico a elas atribuído, é fundamental para fixar a base legal das obrigações em uma comunidade internacional organizada.

Todavia, há dificuldades em se estabelecer uma teoria geral das Resoluções posto que seu conteúdo é variado, assim como seu alcance, o que não permite, ainda, uma uniformidade. Para se tentar alinhar melhor a obrigatoriedade ou vinculação de tais Resoluções é preciso analisar a prática dos órgãos das Nações Unidas.

Grigory Tunkin (1993) cita que a legislação soviética recebe as resoluções de organizações internacionais como fonte de Direito Internacional, no entanto, esclarece que para que isso ocorra é preciso que os Estados assim reconheçam tais resoluções. Resoluções exercem grande influência no processo de criação de normas do Direito Internacional mesmo quando elas não façam parte deste processo. Algumas delas iniciam o processo de tratado, assim como de costumes influenciando a prática dos Estados ou acelerando a formação do *opinio iuris*.

As resoluções também podem contribuir para a clarificação e desenvolvimento geralmente aceita dos princípios e normas do Direito Internacional já em vigor. Richard Falk (1966), acredita que não há um limite formal e rigoroso entre uma Resolução obrigatória ou não e que o grau de respeitabilidade que uma determinada Resolução irá adquirir depende de uma série de fatores contextuais, “incluindo as expectativas que regem a medida do comportamento admissível, a extensão e qualidade do consenso, e o grau em que o poder efetivo é mobilizado para implementar as reivindicações posto em um resolução”. (FALK, 1966, p. 785). Esta teoria que está sociologicamente fundamentada tem como premissa a reinterpretação da base de obrigação do direito internacional e se traduz em uma ousada tentativa de se retirar as resoluções da abordagem tradicional do teste (formal) de vinculação legal.

De outra frente, os defensores do formalismo e da legitimidade apontam limitação da doutrina *falkiana* e afirmam que é demais pretensiosa quando quer crer a resolução com instrumento legal, por si só, tem capacidade de servir de fundamento para sua justificação. Interligada a esta primeira limitação, outro questionamento feito diz respeito à competência e

atribuição da Assembleia Geral ter como função a criação de leis, ou seja, sobre seu funcionamento como corpo legislativo, notadamente quanto a autoratividade (obrigatória e legítima) de determinadas resoluções.

Todavia, temos dito, que embora relevante, o debate sobre inexistência de um centro normativo internacional, não significa a inexistência de leis, ou a esquivia em seu cumprimento. Uma construção simples permite dizer que embora não revestida de alguma formalidade tradicional, a resolução pode ser um veículo de conteúdos legais. Tanto pode ser o próprio instrumento legal, a depender de sua origem institucional ou orgânica, como também pode ser o condutor de conteúdos de extrema exigibilidade, posto que a existência da norma não se confunde com sua eficácia. Estas são variáveis de natureza diferente, sendo que esta diz respeito ao seu cumprimento e resultados esperados e alcançados; aquela (existência) diz respeito a seu processo de criação, sua origem.

Portanto, o fato de um Estado negar a exigibilidade de uma norma e até se questionar em Cortes e Tribunais, por si só, demonstra que a norma existe. Diferente é quando se fala em sanções pelo descumprimento destas. É dizer que embora se tenham mecanismos próprios de fazer valer uma norma em determinadas estruturas que inclusive possam aplicar punições, como são as sanções ou mecanismos de pressão baseados no Capítulo VII da Carta ONU, não é por isso que outras regras, por não preverem punições por seu descumprimento deixem de ter conteúdo normativo, logo, exigível.

As sanções na ordem internacional não são somente aquelas materializadas imediatamente por previsão convencional ou consuetudinária. De outra perspectiva, as repercussões negativas de ordem política interna e externa, a exploração da opinião pública, as demonstrações de desalinhamento com o senso de justiça e princípios internacionais basilares podem trazer outras espécies de punição ou gerar outros efeitos negativos tão ou mais prejudiciais aos Estados que as tradicionais medidas jurisdicionais.

Neste raciocínio, se criadas tais leis a partir de ente internacional que não tenha funções precípuas de criação de leis, nem mesmo funcione respaldado por base sancionatória já estabelecida legalmente e, sequer seja exteriorizada pelas vias legislativas clássicas, é possível que o grau de cumprimento delas seja até mesmo superior às outras que seguem o padrão. Pelo seu conteúdo, significado ou apelo de justiça diante da sociedade internacional, pela forma de construção e participação pelos que se obrigam no seu conteúdo, e pelos ganhos políticos mobilizados e agregados com seu cumprimento, a norma pode tangenciar a exigência formal de obrigatoriedade, retirando legitimidade (e também legalidade) por outros fatores, inclusive com dimensão de vinculação por parte dos Estados.

Algumas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas se enquadram perfeitamente nesta caracterização. Acreditamos que o mérito de Richard Falk (1966) reside sua tentativa de se evitar o impasse no qual todos os outros esforços e argumentos usados para dar mais significado às resoluções das Nações Unidas são desconsiderados, posto que sempre a explicação do significado jurídico de uma resolução é essencialmente traduzido à luz da lei ou tratado ou costume, ou seja, em padrões formais já existentes e tradicionais. Portanto, não mais os argumentos jurídico-legais e formais são os únicos, ou os mais relevantes para levar a cabo a produção de uma norma internacional. Também, por isso, não poderão impedir com estes mesmos argumentos que outras normas surjam no mundo jurídico, mesmo que este seja um forte argumento em eventual questionamento quanto a sua obrigatoriedade. No mínimo, no cenário de debate normativo definido pela legalidade, incluem-se fatores de ordem social mais ampla, que também devem ser consideradas.

Rosalyn Higgins (1987) se insere no grupo de autores que acreditam que as resoluções da Assembleia não são vinculativas, por si só, mas podem encarnar regras de Direito Internacional geral que podem vincular os Estados-Membros da ONU, sendo ou não conduzidas através de uma resolução. Ou seja, há que se distinguir a forma de externalizar uma regra e a regra em si mesma. Ainda, dependendo do conteúdo que se verifique em certas resoluções, no mínimo, estas podem representa rica fonte de evidência para confirmar indícios de Direito Consuetudinário.

Outros, com Krzysztof Skubiszewski (1965), creem que o processo de adoção de legislação internacional pela ONU é dinâmico e as resoluções se enquadram como a quarta categoria de regras de direito internacional e diferindo-se das outras três (3) categorias, que são mencionados no artigo 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou seja, os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos. Embora este argumento tenha sido considerado bastante progressista para o início de atividades da ONU, uma vez que estava bastante sedimentado o entendimento mais formal e tradicional de fontes, algo tem mudado. Este entendimento ainda perdura, embora já mais flexibilizado, o que Antonio Cassese (2005, p. 29) aponta conclusivamente quando declara que os atos dos órgãos da ONU formam uma categoria de fonte e que esta é uma característica contemporânea do Direito Internacional.

Não obstante o tratamento bastante melindroso dado aos positivistas acerca da centralidade do Estado no processo de produção legislativa, ainda referenciada somente pelas fontes clássicas previstas no Estatuto da CIJ, é fato que uma grande quantidade de leis vem sendo produzida fora deste espaço, especialmente, através das organizações

intergovernamentais.

É claro que nem todas as OI têm a capacidade de criar normas jurídicas com efeito obrigatório aos seus membros, entretanto, isso não é previamente determinado pelo gênero e categoria do sujeito internacional, mas por diversos fatores como a falta de previsão no tratado constitutivo da organização prevendo tal competência, ou o conteúdo da matéria tratada que não atraiu atenção ou não se colocou como agenda comum dos Estados.

Por sua vez, Johnson (1955) afirma que, embora, se generalize que as recomendações tenham significado apenas político e moral, desprovidas de sanção, então, isto não é algo claro. Ele escreve que os meios de pressão a serviço de organismos internacionais para alcançar a execução de recomendações não obrigatórias, tipicamente políticas, são os mesmos que os utilizados para impor o cumprimento das obrigações jurídicas, vinculatórias. (JOHNSON, 1955, p. 107-108)

Uma observação que se faz sobre as recomendações é que seu conteúdo pode trazer temas diversos, desde a organização e funcionamento de determinados órgãos e organismos, até mesmo enunciando normas internacionais. Retomando, Jorge Castañeda (1969) fez estudo minucioso que apontou que resolução pode implicar em uma ordem, um convite ou um misto de conteúdos e formas híbridas que podem evidenciar certa imprecisão. Também, pode tratar de questões políticas e assuntos técnicos e, além disso, podem ser resultantes da atividade de órgãos de naturezas diferentes no sistema internacional, como também pelo conjunto de Estados, por alguns destes e por outros atores. Neste mesmo cenário, a arena política em que as resoluções tomam vida também influencia, sendo um mecanismo de decisão marcado ora pela igualdade entre os Estados, ora pela distinção, ora deliberada por maioria, ora por *quórum* qualificado, ou mesmo por distinção por peso (poder de veto). (HERNANDEZ, 2011)

Com esta idéia, vêm se desenvolvendo também as teorias de que as resoluções das Nações Unidas adquiriram (ou estão adquirindo) o caráter de fonte de direito. Isso se baseia na constatação de que a substância de um princípio jurídico é a consciência jurídica dos povos, que se manifesta nas formas de convenções, costumes e as opiniões dos juristas qualificados. De acordo com esta teoria, a resolução é uma manifestação tangível da "consciência jurídica dos povos." (SKUBISZEWSKI, 1964, p. 170-173).

Para o que chamamos de teste de normatividade, ou seja, sujeição de uma resolução à consideração de sua vinculação ou não a partir do cumprimento de regras legislativas formais, inclusive definindo graus de normatividade, ou seja, se é muito lei ou não, ou se é lei ou não lei, carecem algumas ponderações. Mesmo que uma resolução seja adotada por uma maioria

esmagadora ou por unanimidade, a resolução, como tal, não ganha qualquer valor adicional legal ou formal pela sua significância. Ou seja, não são vistas como fonte de obrigação vinculante. De outro lado, pode ser que mesmo não se submetendo a este teste de normatividade, a norma advinda por resolução alcance patamares altos de vinculação pelos Estados.

Portanto, não convém uma análise tão simplista com premissas rigorosas formais, ao passo que também convém cautela quanto a inexistência de qualquer formalidade na produção de normas, qualquer que seja seu contexto ou origem.

De antemão, uma superficial reflexão sobre o assunto atinge rapidamente complicações insuperáveis sobre as implicações legais de resoluções. Quanto aos argumentos acima expostos eles não são incorretos, como tal, mas eles são incompletos em dois pontos. Primeiro, eles discutem a natureza jurídica e os efeitos das resoluções, mas tira conclusões apenas com base na sua capacidade de vinculação legal, ou seja, seu efeito vinculante. Vale dizer que caráter legal (natureza jurídica) e vinculação legal, não são a mesma coisa. A natureza jurídica de uma resolução é apenas um aspecto do efeito legal e é preciso distinguir a natureza vinculativa com elemento com uma função normativa ou objetiva. (IDI, 1984).

Uma conclusão já pode ser feita, a par da relativização das resoluções, quanto a sua importância e eficácia: se não fosse importante os Estados não participariam de sua produção, com os debates de sua elaboração, inclusive fazendo reservas às mesmas, o que demonstra sua relevância jurídica. É dizer que mesmo sendo numerosas as resoluções, isto não pode ser considerado fato negativo quanto aos questionamentos normativos ou de agenda interestatal, ao contrário, somente evidencia a sua relevância e a busca por todos, senão a maioria dos Estados, em estabelecer novos padrões de comportamento internacional.

3.1.2 As Resoluções da Assembleia Geral e a construção de uma agenda comum entre Estados

A questão que envolve a eficácia das resoluções, especialmente aquelas sobre as quais se discute a normatividade, como é o caso de algumas resoluções editadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, também se coloca como uma condicionante, tendo em vista a distinção entre os sistemas Direito Interno e Direito Internacional. Apesar do debate sobre as teorias monista e dualista, no Brasil, por força do artigo 84, inciso IV da Constituição Federal de 1988, ao Presidente da República cabe, privativamente, sancionar, promulgar e

fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. No mesmo sentido, este artigo traz em seu inciso VIII que também é competente o Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Ainda, se insere como atribuição do Parlamento, a teor do artigo 49, I, que diz ser da competência exclusiva do Congresso resolver, definitivamente, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem compromissos ou encargos gravosos ao patrimônio nacional.

Desse modo, trata-se, também, da necessidade de adequação aos termos da legislação nacional da decisão e do conteúdo da resolução internacional tanto os aspectos formais e materiais. Embora não seja objeto deste estudo, convém ressaltar que há uma celeuma, pelo menos hermenêutica, acerca da competência entre os Poderes Executivo e Legislativo quanto às atribuições para formalizar procedimentos de recepção de normas. (DROUBI, 2006; BAILEY; DAWS; SCHWEIGMAN, 2001; FREUDENSCHUB, 1993).

Isso se verifica de modo mais evidente, no Brasil, quando se trata de resoluções do Conselho de Segurança, que traz conteúdos mais específicos, como são as medidas coercitivas (represálias: embargo comercial, boicote, bloqueios econômicos), relacionadas à paz e segurança internacional, sobretudo pela exigência da Carta ONU de 1945, artigo 25, que traz obrigatoriedade aos Estados-membros para aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança. Não há menção específica às demais resoluções, como da Assembleia Geral e, no caso dos tratados internacionais, nos termos do artigo 5º, §§ 2º e 3º, a matéria é mais bem esclarecida quanto aos procedimentos legislativos de recepção de normas internacionais.

Contudo, além da importância da tramitação legislativa, como temos defendido, mais importa o consentimento do Estado, com todas as variáveis de cunho político, jurídico e social discutidas neste estudo, e o consenso contruído junto com os demais Estados da organização.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 576), avaliando os óbices quanto ao debate jurídico devido às teorias vigentes, afirma que determinados Estados - entre eles, note-se, o Brasil - quer seja dualista ou não a teoria amparada, o que, no fim, faz a diferença é a prontidão de um Estado em acatar a decisão. Ou seja, há elementos e condicionantes tão quanto ou mais importantes que as eventuais limitações de natureza procedimental quanto à recepção e produção de efeitos das normas internacionais.

Esta relação entre os Estados, soberanos e autônomos, e as Organizações Internacionais, tendência moderna e cada vez mais legítima, inclusive de produção de normas, traz a possibilidade, talvez a necessidade, de se compatibilizarem soberania e cooperação, especialmente em âmbito material dado pelo conteúdo de algumas resoluções.

Então, há uma relação dialética entre soberania dos Estados e socialização ou necessidade internacional, inclusive fundamentado na pluralidade de sujeitos internacionais, nas novas funções e exigências feitas ao Direito Internacional. Para responder a tudo isso, como dissemos anteriormente, vemos o estabelecimento de regimes específicos para tratar de determinados temas.

Ainda discutindo aspectos normativos das resoluções, cabe ponderar a respeito de alegações sobre a natureza convencional das resoluções. Ou seja, por se constituir um ato internacional, por vezes resultando obrigações aos Estados, deveriam as resoluções seguir o mesmo procedimento de recepção seguido pelas convenções internacionais. Como enfatiza Krzysztof Skubiszewski (1964), com o intuito de diferenciar a natureza legal com efeitos das resoluções, tanto as resoluções obrigatórias como os tratados produzem efeitos jurídicos similares, posto que criam direitos e obrigações aos Estados. Mas, a origem desses direitos e obrigações não é a mesma, já que a vontade do Estado é a identidade da fonte. Esse autor observa que o consentimento dos Estados na adoção de procedimentos das resoluções vinculativas de organizações internacionais tem uma dupla qualidade. Por um lado, ilustra a concordância de cada Estado para os direitos e obrigações constantes das resoluções e, por outro, o consentimento do Estado contribui para a formação de uma nova vontade; a vontade da Organização que emitiu o ato.

Embora possa haver similaridade de efeitos jurídicos entre resoluções e tratados, o processo de criação das resoluções, a sua validade, a sua ligação e sua aplicação não são regulados pelo direito dos tratados, mas pelo direito de cada organização internacional e, principalmente, por seu tratado constitutivo. As resoluções não precisam ser ratificadas pelos Estados para produzir efeitos jurídicos, pois a validade da mesma depende da conformidade com as regras da Organização, notadamente, reside no consentimento dos Estados-Membros quando da criação da organização, momento em que se observaram as normas de criação de tratados. Logo, advindas da organização interestatal, não há que se falar, uma vez mais, em novo processo legislativo interno de cada Estado, salvo se no tratado constitutivo da organização vier tal exigência específica e justificada.

A este respeito, inclusive, ressaltamos que a prática internacional demonstra que mesmo as resoluções obrigatórias não carecem de consentimento posterior dos Estados, visto que muitas resoluções foram tidas como vinculantes a todos os membros, mesmo não se manifestando particularmente, ou não demonstrando consentimento expresso ou tácito. Exemplo são algumas resoluções do Conselho de Segurança que, conforme as regras de votação e *quórum* preestabelecido define a obrigatoriedade a todos os Estados, como aquelas

adotadas em virtude do capítulo VII da Carta ONU (BRASIL, 1945) que obrigam os membros do próprio Conselho de Segurança e todos os demais signatários da Carta.

Outra dimensão analítica quanto aos aspectos normativos das resoluções aponta para o que compreendemos por norma institucional ou natureza institucional das normas, no caso, das resoluções das Nações Unidas. A compreensão é que a resolução originada no seio das Nações Unidas, por suas entidades, dada sua natureza coletiva e interestatal, nos termos e procedimentos definidos quanto aos aspectos legislativos para sua adoção, são caracterizadas por uma natureza jurídica própria, diversa dos tratados internacionais, inclusive. Em certa medida, compreendem atos legislativos unilaterais, posto que não são produto dos Estados diretamente, mas resultado da vontade única e distinta dos Estados-Membros.

Já discutimos neste trabalho as questões relativas a inexistência de um sistema normativo internacional centralizado, ou mesmo, os limites em se tentar estabelecer um sistema internacional idêntico ou a partir dos mesmos parâmetros dos sistemas internos. Como dito, um sistema internacional ainda não encontra precedentes e permanece um erro tentar adequá-lo aos sistemas domésticos posto que estes respondem a uma conformação específica e restrita, em grande medida, não se adequando a estrutura normativa e institucional que exige a sociedade internacional.

De modo geral, à guisa de uma conclusão, temos que podem as resoluções serem qualificadas como fontes de direitos e obrigações tomando forma unilateral, como é o entendimento de distinção entre os Estados isoladamente e integrantes de uma organização internacional distinta do Estado, ou por força legal obrigatória, como já explanamos, quando se coloca como vinculante pela própria previsão feita no tratado constitutivo da organização. Questões seguintes que decorrem disso dizem respeito ao grau de obrigatoriedade a partir do conteúdo veiculado através da resolução. Sobre isso, temos discutido neste estudo em seção anterior.

Para Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier e Alain Pellet (2004, p. 372) a importância das Resoluções está evidente, inclusive, quando da ação do Estado, que na recusa de seu cumprimento podem sofrer com impactos políticos, quase que na mesma medida do seu valor jurídico. Assim, menos importa o veículo que conduz a norma a ser cumprida, pois considerando a origem do órgão de onde ela emana e, especialmente, o conteúdo extraído da mesma, ela vinculará ou não o Estado não pelo instrumento de externalização, mas pela relevância, adequação e função da sua substância para a sociedade internacional.

Sem embargo, nos apoiando em Jean Combacau (1981), cremos que ao invés de nos centrarmos no debate sobre o grau de obrigatoriedade de uma resolução, sobretudo a partir da

nomenclatura utilizada ou dos procedimentos legislativos adotados pelos órgãos, mais produtora seria convergir para a caracterização da autoridade. É dizer que a autoridade de uma decisão advinda por uma resolução é a expressão das expectativas da sociedade internacional acerca dos autores desta decisão, dos procedimentos e do conteúdo material da mesma. (COMBACAU, 1981, p. 182)

A perspectiva analítica das resoluções a partir da concepção de autoridade rompe com a polarização obrigatória e não obrigatória, além de permitir avaliação mais coerente e adequada quanto às expectativas dos sujeitos atuantes na produção da norma. Então, outras condicionantes como a inclusão do tema na agenda internacional e todas as intervenientes políticas, econômicas, sociais refletem no processo de formação de uma resolução.

Para os autores que defendem as resoluções como uma nova fonte de direito, em termos de repercussão na jurisprudência citamos o Juiz Alvarez (Corte Internacional de Justiça) que em opinião divergente no Parecer Consultivo da CIJ sobre Reservas para a Convenção do Genocídio, afirmou que as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas "ainda não adquiriram um caráter vinculante, mas pode adquiri-lo se receber o apoio da opinião pública, que, em vários casos, condenou um ato contrário de uma declaração com mais força do que se tivesse sido uma mera violação de uma convenção de menor." (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1951, p. 152). Mais tarde, em sua opinião individual no Caso das Pescas Anglo-Norueguesas, o juiz Alvarez foi mais longe e incluiu resoluções da Assembleia Geral, na categoria legal de regras do que ele chamou de "a nova lei internacional".

Georges Abi-Saab (1994), por ocasião do Colóquio organizado em 1970 pelo Instituto de Graduação em Estudos Internacionais, realizados em Genebra (Suíça) afirmou que o argumento sobre o significado jurídico de uma resolução das Nações Unidas não é determinado *a priori*, mas *a posteriori*, considerando três (3) elementos: a) concretude das disposições da resolução; b) as circunstâncias da aprovação da resolução; e c) a existência de um mecanismo de acompanhamento para a implementação da resolução.

A partir deste momento, trazemos algumas elaborações que se depreendem dos estudos sobre efetividade das resoluções, muito além dos aspectos de legalidade e vinculação, com suporte a partir da implementação das resoluções. É dizer que, para além das ponderações feitas sobre os excessos legislativos e formais para dar vida a uma resolução, mitigando estas exigências com outros fatores de natureza diferente, compatibilizando elementos formais e materiais, ainda há outros modos que demonstram a adesão aos termos da resolução, independente de sua apriorística definição ou enquadramento normativo-formal.

Shin-ichi Ago (1995) desenvolve pesquisa sobre resoluções a partir de uma perspectiva conceitual e teórica que considera todas as discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica e dos efeitos das resoluções originadas de órgãos das Nações Unidas. Parte da explicitação das correntes positivistas e outras menos rigorosas quanto às formalidades legislativas, passando pela abordagem social, que pauta a gradação de vinculação das resoluções pelo Estado a partir do conteúdo e da relevância desse conteúdo. Também, desenvolve uma conceituação distintiva dos instrumentos pela nomenclatura dos instrumentos adotados, conforme o órgão ou organismo, ou a natureza e efeitos das deliberações, como decisões, recomendações, resoluções.

Também, em termos de alinhamento teórico, Ago (1995) acena que a consistência dos argumentos que têm garantido maior aceitação, internalização e cumprimento das resoluções pelos Estados não abre mão de elementos presentes em cada corrente doutrinária, em maior ou menor medida. Não estamos em um cenário de total afastamento de exigências legislativas formais, ao contrário, talvez o que se pretende é formalizar novos modos de produção normativa, incrementados por outros elementos que garantam segurança jurídica.

A crítica ao excesso de formalismos diz respeito às estratégias utilizadas por alguns Estados que, a pretexto de não aceitar, não cumprir e não se vincular a uma regra essencial no objeto trazido para a sociedade internacional, emanada por resoluções da Assembleia Geral da ONU, o justificam alegando que estas não cumprem as formalidades legislativas exigidas, ou desqualificam o espaço institucional de onde originam.

Portanto, não diz respeito aos elementos formais necessários de uma fonte, mas à apropriação e manipulação inadequada por alguns para manter a situação de poder e decisão ou de interesses particulares, em prejuízo de necessidades coletivas. Neste sentido, igualmente, não acreditamos que a construção de consenso a partir de um tema sensível que se transforme em pauta na sociedade internacional, somente obrigue aos Estados pelo fato de ter originado em órgãos legislativos próprios. Uma, porque não é claro a existência de um legislativo mundial centralizada, outra porque a natureza legal é apenas um dos elementos da vinculação de uma norma e sequer pode significar o seu total cumprimento.

Com estas premissas Shin-ichiAgo (1995) procede a uma análise crítica mensurando a qualidade, sobretudo pela produção de efeitos a partir do que se propôs, a partir de resoluções produzidas em alguns entes internacionais. Para isso, desenvolve uma ferramenta de qualificação comparando resoluções pela existência ou não de sequência, ou melhor dizendo, uma avaliação de maior ou menor cumprimento de uma resolução pela implementação de meios de acompanhamento, avaliação ou supervisão da incorporação do conteúdo da

resolução pelos membros. A isso chamou de *follow-up*, o que podemos traduzir como sequência, prosseguimento, seguimento, (também entendemos como performance) e que consiste em uma mudança que ao invés de focar na natureza jurídica das resoluções da ONU, partiu-se para analisar a aplicação das mesmas, como dissemos, priorizando sua análise de sua vinculação ou cumprimento *a posteriori*.

Segundo Shin-ichi Ago (1995), *follow-up* é uma noção utilizada para indicar uma ação adicional incorporada a um objeto principal com o intuito de se atribuir maior qualidade. Especificamente, o *follow-up* dado a uma resolução implica em uma medida de supervisão, fiscalização, avaliação, aprimoramento, revisão, atualização, enfim que acrescente um valor ou um instrumento adicional, mas que, ao fim e ao cabo, assegure eficácia de uma norma legal. (AGO, 1995, p. 38)

A norma, inclusive a norma internacional, não é um fim em si e precisa ter sua implementação assegurada e parte do êxito de uma norma, e do conteúdo e objetivos que ela preceitua, se garante pela sua correta aplicação, o que em certa medida também demonstra a eficácia de um sistema legal. O *follow-up* indica uma classe de manifestação e consentimento e, em resposta ao elemento positivista de garantia de eficácia da norma a partir das sanções, ou seja, quando não se cumpre ou se viola uma lei. De outro lado, importa a natureza preventiva ou promocional da norma, de modo que ela passa a ser cumprida pela consistência adquirida no processo desde seu surgimento e os passos posteriores de sua efetivação. Trata-se de um processo gradual, dialógico, sem perder o caráter vinculativo que decorre da atuação em um sistema jurídico, mas que se qualifica pelos incentivos positivos que traz a adesão à mesma não na dimensão coativa, mas cooperativa da norma.

Em um sistema jurídico interno e mesmo internacional, a persuasão com as implicações de responsabilização judicial ou jurisdicional é o que garante, em alguma medida, a eficácia da lei. Especificamente no sistema internacional, por não haver um sistema punitivo centralizado, se enfraquece ainda mais o elemento responsabilização com fator persuasivo de cumprimento de normas.

Pela amplitude das ações de supervisão e acompanhamento a implementação de uma resolução pode concretizar e operacionalizar o conteúdo do instrumento original ou aprofundar o seu significado e relevância jurídica. Este processo traz mais elementos e argumentos para se colocar a resolução, e seu conteúdo, como exigível.

Explorando mais o aspecto institucional das organizações internacionais e também o aspecto normativo, pelo objeto de estudo, a supervisão internacional tem sido definida como uma instituição jurídica estabelecida principalmente por um acordo entre Estados-membros de

se submeterem à supervisão exercida por outros Estados através das organizações internacionais no que diz respeito à implementação de compromissos consensuais. (AGO, 1995: 43)

Para isso, pode-se recorrer a uma variedade de procedimentos e métodos. Outros órgãos ou organismos internacionais podem ser criados para supervisionar, através da inspeção quanto à implementação de tratados e acordos sobre questões específicas, sendo criados posteriormente através de nova convenção ou mesmo já previstos nos tratados originários. É que se vê, por exemplo, no tema controle de armas e do uso pacífico da energia atômica previstos no Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina, como também pelo Tratado sobre Não Proliferação de Armas Atômicas através das salvaguardas.

Mas, a supervisão internacional também é feita em instrumentos não consensuais, ou seja, instrumentos que não foram solenemente formalizados interna ou internacionalmente. Logo não são colocados como obrigatórios ou vinculativos, mas que são discutidos como agenda internacional fundamental e que exigem acompanhamento, ou pelo menos a intensificação de ações para que sejam exigíveis.

Um exemplo bem evidente de fiscalização para cumprimento de decisões em Organizações Internacionais, sobretudo com a fiscalização, é vista na atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conformando com o artigo 19, parágrafo 6 da OIT os Estados-Membros têm obrigação de fornecer relatórios periódicos quanto à implementação da lei, que se dá ou através de convenções ou através de recomendações. Vale dizer que esta obrigação atinge, inclusive, os Estados que não ratificaram a convenção ou recomendação à OIT, posto que também estes devam remeter relatórios.³⁴

³⁴ Artigo 19

1. Se a Conferência pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma: a) de uma convenção internacional; b) de uma recomendação, quando o assunto tratado, ou um de seus aspectos não permitir a adoção imediata de uma convenção.

2. Em ambos os casos, para que uma convenção ou uma recomendação seja aceita em votação final pela Conferência, são necessários dois terços dos votos presentes.

....

6. Em se tratando de uma recomendação:

a) será dado conhecimento da recomendação a todos os Estados-Membros, a fim de que estes a considerem, atendendo à sua efetivação por meio de lei nacional ou por outra qualquer forma;

b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza;

c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também as decisões que estas houverem tomado;

Ainda, para garantir mais eficiência às convenções e recomendações, a OIT criou uma comissão especial para analisar e avaliar o desempenho dos Estados e Organizações competentes quanto à execução de uma determinada resolução, como é o caso do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, definidos a partir da Conferência Internacional do Trabalho, em sua 72ª Sessão de 1986.³⁵

Em estudo esclarecedor sobre limites e possibilidades da competência entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas, Leonardo Nemer Caldeira Brant e Luciana Diniz Durães Pereira (2008, p.36) citam o caso Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado, no qual a Corte Internacional de Justiça sustentou a capacidade da Assembleia Geral em atuar, inclusive, de modo supletivo, exercendo atribuições previstas como competência do Conselho de Segurança, como em matéria de manutenção da paz e segurança internacionais. No caso, verificou-se a impossibilidade de agir do Conselho de Segurança devido ao veto de um membro permanente, em se tratando de questão que poderia provocar ameaça à paz, ruptura da paz ou um ato de agressão, como se apontava a necessidade de tomada de decisão relativa à implantação de certas colônias de povoamento no território palestino.³⁶

d) além da obrigação de submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, o Membro só terá a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho -- nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes -- sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação. Deverá também precisar estas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los. (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013).

³⁵O Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, que é um órgão independente composta por especialistas legais, está encarregado de analisar o pedido na lei e na prática das Convenções e Recomendações da OIT por Estados membros da OIT. Os relatórios do Comitê de Peritos são discutidos pela Comissão tripartida em Aplicação de Normas da Conferência Internacional do Trabalho, que adota conclusões sobre os casos que examina. O papel da Conferência Internacional do Trabalho é adotar e fiscalizar o cumprimento das normas internacionais do trabalho, elaborar o orçamento da Organização, discutir questões importantes de interesse para o mundo do trabalho e eleger os membros do Conselho de Administração da OIT (o órgão executivo da Organização). O objetivo das pesquisas em geral é fornecer orientações para os Estados-membros sobre a forma como eles podem dar efeito aos instrumentos da OIT em questão, analisar os obstáculos à ratificação que estão sendo encontradas, as perspectivas de ratificação, bem como a assistência técnica disponível para que os países superem tais obstáculos.

³⁶ARTIGO 10 - A Assembléia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações aos Membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.

ARTIGO 11 - 1. A Assembléia Geral poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos Membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente.

2. A Assembléia Geral poderá discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, que a ela forem submetidas por qualquer Membro das Nações Unidas, ou pelo Conselho de Segurança, ou por um Estado que não seja Membro das Nações Unidas, de acordo com o Artigo 35, parágrafo 2,

Restou reafirmado que o fato de ter a Assembleia Geral adotado uma Resolução, *in casu*, para solicitar um Parecer à CIJ, não só se alinhava com os textos internacionais pertinentes como também com a prática das Nações Unidas. Além disso, afora o debate da Teoria dos Poderes Implícitos, com esta atuação a Assembleia Geral apenas faz evidenciar o seu mérito na tentativa de fazer cumprir a finalidade específica para qual foi criada a ONU, não sendo tal prática conflitante ou justaposta com a atuação do Conselho de Segurança, que também a isto objetiva. Ainda, a demonstração da compatibilidade de atuação, mesmo que em paralelo de tais órgãos, demonstra o afinco em “atender aos propósitos e objetivos primordiais das Nações Unidas na luta pela paz.” (BRANT; PEREIRA, 2008, p.223)

Portanto, caminhamos no sentido de que as Resoluções são dotadas dos fundamentos que qualificam as fontes do Direito Internacional observando que em seu sentido formal funciona como veículo de obrigações e, assim, somente a partir de análise mais detida pode se estabelecer seu valor jurídico-normativo, pois, no mínimo, o seu conteúdo material pode trazer, de modo vinculatório ou obrigatório, regras de direito a serem seguidas pelos Estados.

Disso se extrai que sendo fontes no sentido formal, nos mesmos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são obrigatórias. Mas, considerando não estarem as Resoluções no mesmo patamar formal de fontes, sem dúvida, é inquestionável que trazem conteúdo material de lei, na medida em que servem como veículo para se externalizar,

e, com exceção do que fica estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações relativas a quaisquer destas questões ao Estado ou Estados interessados, ou ao Conselho de Segurança ou a ambos. Qualquer destas questões, para cuja solução for necessária uma ação, será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembléia Geral, antes ou depois da discussão.

3. A Assembléia Geral poderá solicitar a atenção do Conselho de Segurança para situações que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacionais.

. As atribuições da Assembléia Geral enumeradas neste Artigo não limitarão a finalidade geral do Artigo 10.

ARTIGO 12 - 1. Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembléia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite.

2. O Secretário-Geral, com o consentimento do Conselho de Segurança, comunicará à Assembléia Geral, em cada sessão, quaisquer assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que estiverem sendo tratados pelo Conselho de Segurança, e da mesma maneira dará conhecimento de tais assuntos à Assembléia Geral, ou aos Membros das Nações Unidas se a Assembléia Geral não estiver em sessão, logo que o Conselho de Segurança terminar o exame dos referidos assuntos.

ARTIGO 13 - 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a:

a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;

b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. As demais responsabilidades, funções e atribuições da Assembléia Geral, em relação aos assuntos mencionados no parágrafo 1(b) acima, estão enumeradas nos Capítulos IX e X.

ARTIGO 14 - A Assembléia Geral, sujeita aos dispositivos do Artigo 12, poderá recomendar medidas para a solução pacífica de qualquer situação, qualquer que seja sua origem, que lhe pareça prejudicial ao bem-estar geral ou às relações amistosas entre as nações, inclusive em situações que resultem da violação dos dispositivos da presente Carta que estabelecem os Propósitos e Princípios das Nações Unidas.

no mundo jurídico inclusive, regras internacionais. Podemos chamá-las de normas *soft law*, mas como temos defendido, mesmo flexíveis e variáveis no grau de vinculação, na sua clareza, objetividade e precisão de regras, ou mesmo oriundas de sujeitos internacionais diferentes dos Estados (primários), entendemos que a exigência formalista de recepção das resoluções já não mais pode impedir que sejam colocadas no mundo jurídico, notadamente por serem normas de conteúdo e importância essencial à sociedade.

Em certa medida, considerando o poder do Estado na sua condição soberana e como centralidade, ou pelo menos primazia, no exercício da autoridade pública internacional aponta para um conceito relativo do que é lei e o que é não lei. Pela diversidade de tratamento dado pelos que trazem instrumentos diferentes e também produzem efeitos de forma diferente, é importante refletir não só sobre a validade do instrumento, mas também como ele é válido, isto é, como se veicula e como é aceito pelos destinatários.

Duas ressalvas importantes devem ser adicionadas. Em primeiro lugar, descartando conceitos absolutos do que é lei e o que é não lei, não equivale a supor que tais conceitos são “certos” ou “errados”. A escolha entre as posições absolutas e relativas é uma questão de definição, e definições não podem ser certo ou errado. Eles só podem ser mais ou menos conveniente para a compreensão da realidade. Conceitos relativos podem simplesmente fornecer soluções mais convenientes avaliadas dentre as possibilidades e consequências decorrentes desta ou daquela deliberação.

Em segundo lugar, o argumento anterior só suporta a visão de que um conceito relativo de lei é necessário para definir as diferentes categorias de instrumentos e descrevendo seus efeitos legais. Não inclui a alegação de que o regime jurídico que será aplicável a cada categoria de instrumentos precisa necessariamente ser baseado em um conceito relativo de direito. Em vez disso, cada categoria de instrumento se assemelha a um regime independente que está sujeita a julgamentos que seguem o código binário da legalidade ou não legalidade. A manutenção de uma estrutura binária não leva as teorias relativas a perderem a sua razão de ser; razão esta que estende o discurso jurídico a esses instrumentos do poder público que até então permaneceram abaixo do alcance do discurso legal. Mesmo se a legalidade de um instrumento alternativo é acionada ou não, ou seja, importa um entendimento relativo, ainda assim permite uma avaliação mais precisa dos efeitos jurídicos de tal instrumento e não se referem, necessariamente, aos instrumentos constitutivos da autoridade pública com outros aspectos preponderantes como a moralidade ou política. (HOOF, 1984, p. 89-92)

Embora a discussão sobre as Resoluções se limitem a apontar o seu grau de vinculação para determinar a produção e seus efeitos jurídicos, sobretudo em órgãos aplicadores do

Direito Internacional, os efeitos substantivos de seu conteúdo material, como temos insistido, podem ser muito mais significativos.

Já apontamos que a Resolução é um termo genérico e que traz conteúdos variados e, assim, também seus efeitos variam até mesmo dentro de uma única organização internacional. Na Carta das Nações Unidas de 1945 seu conteúdo pode trazer recomendações ou decisões. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), como integrante da ONU, na sua atuação jurisdicional, entende que Resolução traz decisões, portanto, vinculativas, já que trazem obrigações aos destinatários e recomendações, por sua vez, não são obrigatórias. No mesmo sentido tem sido a compreensão sobre declaração como uma espécie em separado, ou subcategoria de recomendação que apenas interpretar textos internacionais ou reafirma o Direito Internacional de modo geral.

O que retiramos de comum, a par do debate conceitual sobre as nomenclaturas, é que o termo Resolução, como instrumento formal pode combinar disposições diferentes e que trazem conteúdos ora recomendando, ora decidindo, ora declarando. Ou seja, dependendo do contexto, Resolução pode ser compreendida como um termo genérico remetendo a vontade ou pode designar o instrumento que veicula certos conteúdos.

Outros fatores relevantes para os efeitos diz respeito à base jurídica, convencionais ou consuetudinárias que dão suporte a compatibilidade com a Carta (*intra vires* ou *ultra vires*), isto é, está nos termos das atribuições definidas em um instrumento jurídico ou ultrapassa tais atribuições, seus destinatários (um membro, alguns membros, todos os membros, de outros órgãos da ONU); seu assunto (ao qual a Carta pode anexar diferentes conseqüências jurídicas); a sua própria terminologia (recomendado, decidido, declarado), e a forma como são adotados tais textos para os possíveis efeitos sobre o Direito Internacional.

Em que pesem as considerações sobre a falta de previsão de Resoluções como fonte formal de Direito, a adesão formal ou não dos destinatários, inclusive com a inserção no seu Direito Interno, a sua terminologia ou assunto, e até mesmo a natureza da adesão (expressa ou tácita), o fator mais fundamental diz respeito aos efeitos intrínsecos ou extrínsecos. (ÖBERG, 2005, p. 878)

Os efeitos intrínsecos derivam direta e imediatamente a partir da aprovação da resolução, com base nos poderes fornecidos expressamente por um tratado ou costume. O que se considera são as próprias disposições textuais contidas na resolução e como tais disposições determinam ou não a vinculação de seus conteúdos, obrigando os Estados

signatários a darem execução a seu conteúdo.³⁷

Efeitos extrínsecos da resolução se dão devido à falta das competências necessárias do corpo adotante, diretamente com base no Direito Internacional geral, sustentado pelos costumes. Ou seja, dada a ausência de maior especificidade para cumprimento das resoluções, estas são veiculadas como regras gerais de Direito Internacional, logo, compreendidas e aceitas com menor efetividade, ou pelo menos exigindo certas solenidades características para adoção de regras internacionais.

Contudo, a questão fundamental entre tais efeitos é a ausência ou a presença, entre a resolução e o Direito Internacional geral, de uma base jurídica intermediária que preveja a adoção da resolução a partir de certas formalidades, sobretudo com corpo decisórios com os poderes especiais para incorporar tais normas de modo a serem obrigatórias.

Marko Divac Öberg (2005, p. 880) em estudo sobre as resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral das Nações Unidas, a partir dos pareceres ou acórdãos da Corte Internacional de Justiça, conclui que durante muito tempo o centro era somente na consideração dos efeitos, vinculantes ou não, de tais resoluções, pouco se atentando para os efeitos substantivos, ou seja, como constituindo efeitos ou desconstituindo ou mesmo os efeitos modais que dizem da adequação ou modulação dos efeitos que são produzidos (de fato e de direito) em certas situações. Ou seja, há uma direção inevitável decorrente das resoluções que superam a mera discussão normativa. De modo mais detalhado o autor apresenta uma classificação das Resoluções quanto à determinação dos poderes inerentes quando: a) cria de obrigações e direitos ou fixa poderes (efeitos substantivos); b) faz determinações sobre certos fatos, inclusive em situações jurídicas que desencadeiam os efeitos substantivos (efeitos causais); e c) diz como e quando os efeitos substantivos funcionam (efeitos modais). Cada uma dessas categorias tem uma natureza dupla consoante os efeitos são intrínsecos ou

³⁷Em Parecer Jurídico emitido em análise do Regulamento do Mercosul, Vicente Marota Rangel (1992, p.99) a respeito da obrigatoriedade ou não de Decisões, cabidas ao Conselho de Mercado Comum e Recomendações, atribuições do Grupo de Mercado Comum, quando se concluiu que a este, nos termos do art. 10 de Regulamento MERCOSUL, caberia se pronunciar por meio de Resoluções adotadas por consenso. (MEDEIROS, 2009). Desse modo, Resoluções, que são oriundas do Grupo de Mercado Comum, instância inferior ao Conselho de Mercado Comum, seriam normas de patamar também inferior que as Decisões e Recomendações. Esta variação na nomenclatura depende da previsão conceitual dada pelo texto da convenção. Conclui o autor que: “A rigor, a classificação de decisões (ou resoluções) em autoaplicáveis parece resultar de certo equívoco: 1º) porque mesmo as não autoaplicáveis possuem sempre, em maior ou menor grau, um certo nível de aplicabilidade; 2º) porque não são, a rigor, as decisões (ou resoluções) que comportam esta classificação, mas as disposições delas integrantes; assim, uma decisão (ou resolução) pode ter disposições ora auto-aplicáveis, ora não auto-aplicáveis. O que se me afigura de relevância, para me situar no contexto do objetivo colimado pela consulta, é verificar das formalidades requeridas pelo ordenamento jurídico brasileiro para que determinadas decisões e resoluções do MERCOSUL, ou seja, aquelas que tenham aplicabilidade interna nesse ordenamento alcancem a devida eficácia. Excluem-se, pois, dessa verificação, em princípio, decisões e resoluções que façam parte do direito interno do MERCOSUL ou que, dele não fazendo parte, não possuam aplicabilidade no direito interno brasileiro.”³⁷

extrínsecos.

Nesta perspectiva, há várias considerações iniciais a serem feitas, devido ao que se chama ilusão de efeitos jurídicos das resoluções. Quando uma resolução simplesmente reafirma uma obrigação, um direito ou um poder que já existe, sem nada a acrescentar, é simplesmente uma declaração ou apenas interpreta ou reformula uma lei internacional, e isto não traz nenhum efeito jurídico adicional e nem tem qualquer efeito jurídico próprio. Na medida em que ele detalha e substancialmente acrescenta a um tratado internacional, por exemplo à Carta da ONU (BRASIL, 1945), qualquer efeito jurídico que se seguiu não vem a partir da resolução em si mesma, ou mesmo por conta do órgão da qual se originou, mas do fato de ser considerada aceita pelos membros das Nações Unidas. Aqui encontramos os efeitos legais, mas eles não se originam na resolução.

A maioria das discussões sobre os efeitos jurídicos das Resoluções da Assembleia Geral (AG) e do Conselho de Segurança (CS) tem se preocupado com a existência, a força e o alcance do efeito vinculante das mesmas. Mas também tem lidado com efeito de autorização, o que não é necessariamente o espelho de efeito vinculante. Assim, a CIJ começou a delinear sua abordagem aos efeitos causadores e modais, respectivamente desencadeantes e moldar os efeitos substantivos.

De modo geral, na CIJ entende-se que somente as decisões têm efeitos vinculativos, o que não ocorre com as recomendações. O efeito vinculante das decisões da Assembleia Geral é limitado, *ratione materiae*, a questões organizacionais, mas pode cobrir, *ratione personae*, toda a esfera das Nações Unidas.

Embora sejam as resoluções, em regra, tidas com *status* recomendatório - Questão Sudoeste Africano (Ethiopia versus Africa do Sul; Liberia versus Africa do Sul) -, especialmente sobre as relações externas com os Estados-Membros - Reparação de Danos Sofridos a serviço das Nações Unidas -, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o efeito jurídico vinculativo das decisões da Assembleia Geral relativos à admissão de novos Estados-Membros, ao processo de votação nas assembleias, ou deliberações sobre rateio do orçamento. Evidentemente, todas estas jurisprudências ilustram questões internas, de organização e estrutura dos próprios órgãos. Mas, fora isso, não está claro sobre o poder de decisão da AG quanto às outras questões, por exemplo, controvérsias internacionais, paz e segurança internacional, o que é mais evidente como atribuição do Conselho de Segurança.

A CIJ não decidiu definitivamente se as decisões do Conselho de Segurança possuem um efeito vinculativo primordial, mas especificou que o efeito vinculante inclui, *ratione materiae*, as questões operacionais e, *ratione personae*, todos os Estados-Membros. Ao

contrário das recomendações da Assembleia Geral, como no caso Questões de Interpretação e Aplicação da Convenção de Montreal (1971), decorrente do Incidente aéreo de Lockerbie (Líbia *versus* Reino Unido), ou também, as suas decisões têm força vinculativa, mas a CIJ fez apenas uma conclusão provisória de que as decisões do CS têm um poder normativo superior suscetível de antecipar obrigações decorrentes de fontes tradicionais de Direito Internacional. Reconhecendo tal ligação daria força primordial a uma fonte secundária do direito da ONU (decisões) um valor normativo maior do que muitas fontes primárias do direito internacional (tratados), dando assim ao Conselho de Segurança um poder potencialmente muito perturbador, levando este a agir em nome de todos os Estados, conforme artigo 24 (1) Carta da ONU (BRASIL, 1945).

Para melhor adequar a compreensão sobre a obrigatoriedade das normas, em *ratione materiae*, o efeito vinculante das resoluções do Conselho de Segurança pertence ao reino da paz e segurança internacional, inclusive a execução das medidas de pressão nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, mas não se limita a isso. A partir de algumas ilustrações jurisprudências acima mencionadas, podemos tirar alguns apontamentos sobre ao entendimento mais substantivo na esfera internacional sobre os efeitos das Resoluções da ONU.

Podemos concluir que o papel das resoluções da ONU é de fato um papel participativo na criação do direito e tem sido mais bem aceitas no direito consuetudinário, especialmente pelo debate sobre sua obrigatoriedade ou não. Como estratégias para se tangenciar a respeito disso são atribuídos efeitos indiretos ou preparatórios sobre a produção legislativa por vias tradicionais. Mas, conclusivo também é que as resoluções não se colocam como pré-normas ou mera prova de conteúdo de direito consuetudinário internacional, como também não se limitam à atualização ou interpretação (reiteração ou elucidação) da Carta da ONU, uma vez que os efeitos apenas do consentimento para o texto, e do consenso que disso pode decorrer, pela mesma ação de outros Estados, é prova de aceitação da validade da regra ou do conjunto de regras declaradas pela resolução.

Especificamente sobre o entendimento de que a resolução pode ser apenas prova de conteúdo de costume internacional, o entendimento da CIJ também não reforça o argumento pelo fato de que a Corte não discrimina entre provisões com base *lex lata* e aqueles baseados em *lex ferenda*. Ou seja, não é critério de aceitação para julgamento o fato de ser uma norma já materializada e integrada no ordenamento jurídico com normatividade máxima definida ou ainda não considerada formalmente. Outros fatores influenciam a sua integração no sistema jurídico, notadamente, como o conteúdo da mesma é reconhecido e incorporado pelos Estados, inclusive que efeitos são dados em sua aplicação.

No entanto, a referência à atitude de reconhecimento pelos Estados aponta não somente sobre a forma para dotá-la de efeitos obrigatórios, posto que também o seu conteúdo, pelo simples fato de aceitação, já demonstra alinhamento, já que dá uma indicação de sua *opinio juris* sobre a questão. Portanto, uma decorrência posterior para reafirmar os efeitos obrigatórios das resoluções diz respeito à como se apropriam os Estados internamente, materializando seu conteúdo.³⁸

De fato, não importa somente o lugar institucional que ocupa a Assembleia Geral, mas também sua natureza mais política, o que não impede a criação de leis, mas relativiza sua força e função na produção de normas internacionais, embora acreditemos que tem sido uma instância crescentemente acionada, pela ampla representatividade de Estados, como também espaço de identificação do ponto de vista de cada membro acerca de algum tema.

Como não há uma centralidade mundial na produção de leis, não significa que todo e qualquer entidade pode fazê-lo, ao contrário, pode significar que ainda não se tem claro se alguma pode fazer e, ainda assim, se tais normas devem ser vinculativas. Também, pela natureza política mais evidente da AG, o próprio processo decisório pode ser objeto de questionamentos quando se define que a decisão é do órgão, como um todo, e não dos Estados, na sua particularidade, mesmo estando em um órgão coletivo (interestatal). É o que temos apontado como dilemas na construção de consensos a partir do consentimento particular de cada Estado, considerando sua soberania fundamentada no voluntarismo.

Com especial destaque, nos centramos nas Resoluções da Assembleia Geral, por nos ocupar neste estudo da força jurídica das mesmas, mas também por ser a Assembleia Geral o espaço mais amplo de discussão de temas comuns da sociedade internacional. Em que pese a importância e força já estabelecida na Carta ONU (BRASIL, 1945) ao Conselho de Segurança, ainda assim, a Assembleia Geral ocupa um espaço ímpar na medida em que se constitui, pela natureza democrática, um espaço de aceitação e reconhecimento de cada autonomia e soberania estatal, como também, pela natureza institucional, condiciona cada um dos Estados, na sua composição orgânica (participativa) e na sua diversidade (direito a voz e voto) já que é o espaço de discussão dos principais problemas, dando reconhecimento e legitimidade. Em certa medida, a despeito de eventual discussão da força normativa das

³⁸ No caso apreciado pela CIJ em 1996 – Opinião sobre Armas Nucleares observou-se que as resoluções da Assembleia Geral, mesmo que elas não sejam vinculativas, às vezes podem ter valor normativo. De modo mais enfático a CIJ considera que as resoluções AG podem ter "valor normativo", como neste caso quando afirma que: a fim de encontrar *opinio juris* em uma Resolução da Assembléia Geral, é necessário transcender a tautologia, devendo ser mais importante preocupar-se em certificar se os estados adotantes acreditavam que o conteúdo normativo da resolução era de natureza legal (aspecto psicológico) ou, talvez, se algum conteúdo normativo da resolução traz expressamente a vinculação juridicamente (aspecto material). Este último aspecto, acreditamos, tem sido mais considerado pela Corte Internacional de Justiça em seus julgados.

decisões da Assembleia Geral, comparando ao Conselho de Segurança, este, sem dúvida, enfrenta maior resistência e críticas por parte dos Estados que a Assembleia Geral.

Sendo a Assembleia Geral um espaço amplo de discussões, com temáticas também amplas e reconhecidas pelos Estados, obviamente, não lhe pode retirar a força de suas deliberações, ao menos, é preciso garantir força às mesmas, também para garantia do reconhecimento da própria ONU.

É preciso, inicialmente, localizar que a estruturação de organizações internacionais e esta tendência da sociedade internacional em uma progressiva institucionalização não se deram de forma gratuita e nem mesmo sem alguma resistência. Isso se faz a partir de uma constatação histórica de que a centralização de poder em um ou poucos Estados, e a falta de sincronismo entre estes, e mesmo a falta de organicidade e funcionalidade levou ao descrédito e deslegitimação das instituições criadas antes da II Guerra Mundial, veja a Liga das Nações (1919). Portanto, a institucionalização veio como fruto de um amadurecimento institucional e também uma constatação da necessidade de atuação coletiva alinhada por parte dos Estados.

Com maior espaço e sendo o mecanismo desta tendência institucionalizadora do novo Direito Internacional, as organizações internacionais passam a influenciar bastante o processo legislativo de formação e também a aplicação das normas. Isto significou, é claro, a diluição do poder dos Estados, pela hegemonia no processo de produção da norma, embora fosse uma derivação do seu poder já que também participava na própria criação da organização.

De fato, a atuação das organizações internacionais pelo menos diminuiu a centralidade e preponderância do Estado na produção de normas e, não somente isso, as organizações também passaram a incidir nos procedimentos de fontes tradicionalmente objeto exclusivo do Estado, como os tratados e costumes. Ou seja, não surgiram as organizações internacionais como mais uma frente de atuação nos processos de elaboração de normas, mas também surgiram para atuar nos processos tradicionais existentes.

Todavia, pela atuação coletiva, e não mais individual ou particular, o modo operacional de produção das normas se adequa ao fato de que vários sujeitos se debruçam sobre um mesmo objeto ou tema, o que exige um processo deliberativo adequado. As resoluções, portanto, surgem como veículos da expressão da vontade dos Estados.

As resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, que convidam os Estados membros a cumprirem as obrigações estabelecidas na Carta também geram, conseqüentemente, o efeito de supervisionar a aplicação dos princípios da Carta, que é um tratado internacional com efeito vinculante completo.

A função, por exemplo, dos Comitês de Direitos Humanos, de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais, para os Direitos da Criança, para Eliminação de Discriminação Racial, para Eliminação da Discriminação de Gênero, para os Trabalhadores Migrantes são formas de controle em que o supervisor atua por instrumentos previstos por uma resolução e que supervisiona a aplicação de um instrumento de ligação, isto é, neste caso, os respectivos tratados que foram formalmente estabelecidos para cada um destes Comitês citados acima.

Quando uma norma legal incorpora princípios que não são formulados de uma forma facilmente aplicável, ou por questão do *quórum* de votação ou mesmo na forma de incorporação ou recepção interna de cada Estado Membro ou pela exigência de um padrão de refinamento, ainda assim é importante tornar tais princípios eficazes.

Da mesma forma, pode ocorrer um incremento quando um princípio de direito internacional é incorporado em uma resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), mesmo que uma ação adicional seja necessária como no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que finalmente tomou a forma dos dois Pactos (dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ou seja, a forma de tratados internacionais.

Contudo, não necessariamente tem que ser na forma de um tratado, desde que os princípios recém-formulados estejam em fase de desenvolvimento, um instrumento mais suave (*soft law*) pode revelar-se mais conveniente para tornar os princípios mais viáveis de aplicação, diante, ainda, das considerações de ordem formalistas. Temos que as Resoluções, neste contexto, têm sido os veículos mais adequados para fazer com que tais princípios se tornem concretos e operacionais.

O mesmo ocorreu com a Declaração sobre a Soberania Permanente sobre Riqueza e Recursos Naturais e também a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais visto que definiram resoluções que foram posteriormente adotadas para complementar e desenvolver essas declarações. No caso desta última, gradualmente, a resolução incorporou à inicial orientação política, não obrigatória, um efeito de refinamento, ficando mais específico e mais operacional o conceito de descolonização, acrescentando um significado legal para isso, e que passou a se falar em "direito à descolonização".

A mesma evolução pode ser observada no contexto Declaração sobre a Soberania Permanente sobre Riqueza e Recursos Naturais. Na época da aprovação da resolução em que o termo soberania permanente apareceu pela primeira vez, poucas pessoas poderiam realmente definir o que se entende pelo conceito. Mas o fluxo contínuo de resoluções, cada vez mais concreto em conteúdo, finalmente, fez a resolução original mais relevante.

O que vemos é que o conjunto de resoluções se aperfeiçoa a partir de uma resolução

original e resoluções posteriores complementando-as. De um ponto de vista funcional, as resoluções subsequentes desempenham o papel de seguimento no sentido de que elas complementam a resolução original, fundamentando o seu conteúdo.

Fica claro que os instrumentos utilizados para a supervisão e aquelas que são objeto de supervisão, mesmo sendo juridicamente não vinculativos dependem mais da eficácia da fiscalização que da natureza jurídica previamente definida sobre a aceitação e cumprimento do objeto. Em tal situação, a supervisão não tem apenas a função passiva de assegurar a implementação, mas pode desempenhar um papel ativo de alterar a qualidade jurídica do instrumento original, o que densifica o processo normativo dando um caráter mais dinâmico à supervisão. Este acompanhamento inclui a supervisão, mas vai além, no sentido de assegurar a conformidade com os instrumentos em causa, mas também melhorar o desenvolvimento do instrumento original, tornando-o mais concreto, operacional e seu conteúdo juridicamente mais relevante.

Os resultados desta exploração resultam na avaliação da resolução na sua probabilidade de cumprimento e não uma avaliação da sua capacidade de vinculação formal. De acordo com esta abordagem, uma resolução que cumpre os requisitos acima descritos tem maior grau de cumprimento. Esta abordagem não quer dizer que uma resolução assim torna-se um instrumento legalmente vinculativo, mas com maior probabilidade de cumprimento e vinculação por parte dos Estados.

Cabe concluir, também, que não há e nem cabe método perfeito ou teste de legalidade para as resoluções de forma isolada e descontextualizada, mas se consideradas em conjunto com outras correlatas, o grupo de resoluções como um todo pode ganhar importância e significado legal, inclusive nos termos pretendidos pelos formalistas. O fato de *follow-up* se encontrar como um elemento importante deste trabalho significa que o juízo sobre a significância legal não pode ser feita de forma instantânea. Em outras palavras, se o teste tivesse sido aplicado, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos no momento da sua adoção, em 1948, a Declaração certamente teria tido alguma dificuldade de satisfazer todos os requisitos do teste. O que se verificou foi que houve adesões sequentes de novos Estados à Carta da ONU (BRASIL, 1945), o que se manteve e que hoje ultrapassa (cento e noventa) 190 signatários, como também vieram tratados internacionais concluídos de forma tradicional como exige a teoria clássica das fontes (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), materializando os direitos previstos na Declaração Universal, como também a seguir se estruturaram órgãos convencionais e não convencionais no seio da ONU constituindo

mecanismos e procedimentos jurisdicionais para apuração e punição em caso de violações de direitos.

Isto ilustra que o contexto, a importância e significado dos direitos humanos foram ganhando volume na sociedade internacional e *pari passu* se conectaram fatores sociais e jurídicos para incrementar as instituições orgânicas e legislativas, que gradualmente, foram se intensificando e, repercutindo e desenvolvendo junto à sociedade que, por sua vez, fez refletir nos espaços internacionais com a construção de regimes próprios de proteção. Então, atualmente, direitos humanos se transformaram em um tema revestido de todos os elementos necessários para lhe garantir lugar de norma especial, interna e internacionalmente, inclusive cumprindo com os procedimentos formais exigidos e tendo o respaldo social, político e institucional que lhe garante vinculação e cumprimento obrigatório pela maioria dos Estados.

Uma demonstração de que o *follow-up* agiu a partir da combinação de supervisão com outros órgãos e entidades internacionais mantendo ações sobre o tema; com acompanhamento através da existência de canais de interlocução entre os Estados, inclusive internamente; com a criação de órgãos específicos para estudos e pesquisas sobre o tema a fim de implementar seu conteúdo; aproximação e articulação com outros atores internacionais como ONG's e os indivíduos que viram sua participação aumentar nas instâncias internacionais, enfim, com o estabelecimento de um regime próprio, ou melhor, um sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Além disso, os próprios instrumentos e mecanismos para dar seguimento a estes instrumentos precisam ser adequados e estratégicos para permitir o desenvolvimento (e cumprimento) de uma norma.³⁹

³⁹ Shin-ichiAgo (1995) nos apresenta alguns métodos (técnicas) de acompanhamento utilizados pelos órgãos das Nações Unidas. São eles Recitação, Revisão e Avaliação e Relatórios.

A recitação ou repetição se verifica quando uma resolução não é seguida pelos destinatários, e a se faz novo convite com o intuito de lembrar e fazer com que o Estado Membro reafirme seu compromisso. Destina-se àqueles destinatários que podem ter esquecido ou simplesmente subestimada a sua importância. É uma das formas mais usuais de acompanhamento das resoluções anteriormente adotadas, seja uma repetição mecânica ou parafraseando os conteúdos das resoluções aprovadas anteriormente.

Para exemplificar citamos um tema frequente que temos utilizado como referência são os direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos Direitos tem sido considerada como a criação de um código de normas de conduta e servindo como uma base principiológica que recomenda aos governos a tomar medidas para promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Outra tentativa das Nações Unidas em lembrar os Estados membros da importância da Declaração foi realizada em 1950. A criação do Dia dos Direitos Humanos (10 de dezembro).

Recitação pode, pelo menos, provar a vontade do órgão de repetição para manter o instrumento vivo e de relevância permanente, para torná-lo, por outras palavras, mais legalmente viável. É um passo necessário antes de recorrer a métodos mais persuasivos para assegurar o cumprimento, assim como na vida diária, onde se começa por lembrar a quem de sua obrigação antes de iniciar procedimentos legais.

Procedimentos de revisão e avaliação são utilizados para avaliar a extensão da implementação de uma resolução e fornecer índices objetivos para posterior conformidade com o instrumento original. Este é um método de acompanhamento que se tornou cada vez mais popular no que diz respeito às resoluções que tratam de questões econômicas, em particular as resoluções que estabelecem programas para o desenvolvimento.

Evidentemente, o que chamamos de supervisão internacional não se aplica apenas às resoluções da ONU, mas a toda e qualquer norma que deve servir aos fins e objetivos para os quais foi concebida e, se necessário, pode até mesmo criar algum instrumento legal vinculatório caso as condições exijam e permitam a fim de implementar determinada norma.

Enfim, exploramos neste debate jurídico-normativo a condição diferenciada pela qual entendemos as fontes de direito, ou como podem ganhar novas perspectivas das fontes com a ruptura desse entendimento polarizado sobre o que é lei (obrigatória) e o que não é lei (não obrigatório). Entendimento este polarizado que pelo excesso de rigores formalistas pode preferir importantes temas e agendas fundamentais aos Estados.

Defendemos uma nova postura, especialmente dos Estados e Organizações Internacionais para intentar uma mudança de concepção e de práticas institucionais e jurídicas que reordenem a visão legalista, que concebe a norma como obrigatória se vier revestida de forma legal tradicional, para uma visão dialética que incorpore a legalidade e obrigatoriedade de uma norma a partir da identificação da necessidade da sociedade a que se opera, em uma práxis, no sentido de uma transformação da organização visando a superação desta aparente contradição entre lei e não lei. Com isto, não seria o cumprimento ou vinculação por um Estado a uma norma por um ou outro critério, mas pela leitura e adequação, gradativa e processual nesse movimento dialético, em que as condições seriam criadas para garantir a adesão e cumprimento integral de um texto independente de sua origem ou forma, mas, sobretudo pela importância de seu conteúdo.

Na sequência, trazemos um texto que quanto aos aspectos e exigência legais e formais seria uma *soft law*, ou, para alguns sequer seriam lei porque não oriundo de uma fonte tradicional regularmente aceita como vinculativa, nem mesmo originada em um órgão com funções legislativas ou com poder de decisão vinculativo. A Resolução 45/110 aprovada pela Assembleia Geral da ONU de 1990, denominada Regras de Tóquio, apresenta as Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade.

Pela análise crítica proposta, analisaremos os aspectos formais e materiais deste instrumento, checando a nossa combinação de argumentos que firmam a compreensão de que

A Assembléia Geral da ONU, em 1965, adotou uma resolução que discutiu a extensão da implementação da Década das Nações Unidas para o Desenvolvimento e solicitou ao Secretário-Geral e os órgãos especializados para elaborar um método de avaliar o progresso. A importância desta resolução reside no fato de que fez da Secretaria Geral das Nações Unidas um dos órgãos mais importantes para a realização de revisão e tarefas de avaliação que são recorrentes e que, inclusive, podem resultar em recomendações de convenções ou nova resolução, ou mesmo intervenções mais objetivas a partir de suas proposições.

Do mesmo modo ocorre com os relatórios periódicos, especialmente aqueles apresentados nas sessões da Assembléia Geral que, em grande medida, produzem efeitos morais ou políticos que mobilizam os Estados dada a repercussão ente aos demais membros das Nações Unidas.

mesmo não se valendo de formalidades legais regularmente instituídas aprioristicamente, sequer sendo aceito como normativo-legal, o objeto pode incorporar elementos, não necessariamente legais, que o tornam efetivamente cumprido pelos Estados e aceitos como vinculantes, inclusive adquirindo *status* obrigatório.

Não nos propomos a fazer um estudo comparativo a seguir, pois seria necessário estabelecer variáveis compatíveis e equivalentes com critérios iguais e procedimentos metodológicos e científicos complexos. Descreveremos o processo histórico de elaboração destas normas, considerando sua qualificação jurídica e institucional, passando para análise de seu conteúdo, contextualizando os critérios de relevância social e seu lugar na agenda interestatal.

O propósito é testar algumas premissas, sobretudo que atribuem o cumprimento de uma norma por sua origem institucional e cumprimento de formalidades legislativas, colocadas em processo analítico-crítico com temas de agenda comum dos Estados e de pauta importante apontada pela relevância do objeto.

O estudo deste caso permite avaliar se se confirma ou não a afirmação de que algumas regras podem ser cumpridas pelos Estados, e estes se vincularem às mesmas, independente de sua natureza jurídica ou origem legislativa, mais em específico, mesmo não tendo origem como fonte tradicional (convencional ou consuetudinária). Disso, veremos que elaborações teóricas e práticas combinadas poderão ser extraídas, especialmente aplicando ao contexto brasileiro.

3.2 Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio). Construção e desenvolvimento

3.2.1 Considerações históricas e teóricas

A conformação do Estado constitucional, sobretudo a partir do século XIX, trouxe uma concepção do liberalismo econômico que, em certa medida, desconectou o problema da criminalidade do sistema econômico. Pactuado com esta ideologia econômico-liberal, o Estado, enquanto promotor de políticas, a despeito de empenhar políticas de segurança pública e combate à criminalidade, tem colocado em prática estas concepções liberais, orientando-se pelo recrudescimento da ação estatal no combate à criminalidade, convergindo ações pela construção de maior número de unidades prisionais, armamento das polícias, intensificação do sistema penal punitivo a fim de operar mudanças legislativas de ampliação de penas, além de outras medidas de reativas.

A dissociação entre criminalidade e violência com a economia, sobretudo liberal, pela ausência de intervenção estatal, permitiu que os conservadores que se faziam presentes no Estado e dominavam os mercados, se valessem disso para manter o modelo e o sistema econômico, o qual beneficiava e manteria suas riquezas. Compreendendo que para controlar a criminalidade seria necessário mudar o sistema econômico, não tiveram dúvida em desconectar a criminalidade do sistema econômico-social. Assim, vige, até agora, um sistema econômico-social, para a economia e, outro sistema, diria penal ou prisional, ou mais amplo, talvez todo o sistema jurídico-legal, para a criminalidade.

Contudo, em que pesem a robustez dos argumentos acima descritos sobre a estreita relação entre economia e criminalidade, não há como sentenciar uma única relação causal, isto é, a falta de políticas sociais, que gera todos os resultados nefastos observados. Cabe considerar o contexto de globalização neoliberal e sua repercussão nos vários setores das relações sociais, nas suas dimensões social, histórica, econômica, cultural e política. Extraímos daí o que se denomina seletividade penal da pobreza que, em certa medida, se mostra uma tendência hegemônica.

A resultante deste processo tem sido a massificação do sistema penitenciário que tem apresentado aumento assustador de pessoas encarceradas, embora não tenha representado a redução da violência e criminalidade. Ao contrário, ao invés de estar inibindo o crime e contribuindo para a efetividade do sistema de justiça criminal, tem se tornado mais uma questão que extrapola a esfera do judiciário e sendo uma temática preocupante para todos os setores da sociedade. Daí, percebendo tal problema carcerário no mundo, a ONU começa a desenhar políticas que originam as medidas de não privação de liberdade, as chamadas Regras de Tóquio.

É inegável que o desenho de tais políticas tem como principal referencial ideológico e político os Estados Unidos da América, mais especificamente as políticas de Tolerância Zero e seus desdobramentos quase sempre orientados pela linha repressivo-punitiva, com forte tendência de aprisionamento, o que tem evidenciado um crescimento notável da população carcerária.

Neste sentido, a par do contexto da globalização afeto a todos os países, especialmente seguindo recomendações da ONU, muitos países estão reordenando suas ações para, junto às medidas repressivas até então empreendidas para o combate à violência e criminalidade, incorporar alternativas ao encarceramento, empreender políticas preventivas na dimensão social, aprimorar o sistema de leis existentes, atuarem no Judiciário com incorporação de outros mecanismos alternativos de composição de conflitos, as penas e medidas alternativas,

além de outras políticas.

Com isso, a ONU tem investido em orientações aos Estados para que incorporem medidas alternativas ao sistema prisional ou penitenciário, para que sejam promovidas mudanças tanto na ordem legislativa, o que afetará o Judiciário e outras funções da Justiça, mas também políticas públicas no contexto do Executivo, sobretudo medidas preventivas ao crime.

Há, portanto, uma nova perspectiva de ação proposta pela ONU; perspectiva esta que representa uma nova orientação no tratamento da violência e criminalidade que vai desde as ações sociais, econômicas, culturais preventivas, passando pela mudança das leis e pelas novas possibilidades de aplicação e de atuação jurisdicional, além de mudanças no tratamento das pessoas encarceradas. Surgem, então as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade, orientando pelas alternativas penais e prisionais, denominada Regras de Tóquio, definidas pela Assembleia Geral da ONU em 1990.

Tal política trouxe muitos desdobramentos nas leis e ações governamentais no Brasil, como se vê com as mudanças na legislação penal com as leis de Execução Penal, de Penas Restritivas de Direitos, de Juizados Especiais, além de investimentos em políticas preventivas e alternativas de autocomposição de conflitos, como a mediação, arbitragem, justiça restaurativa, dentre outras. Também, muitas alterações têm pautado as políticas de execução penal e do sistema prisional com a incorporação de muitas diretrizes oriundas da ONU.

Com isso, traçado este cenário analítico, o Direito Internacional se insere não somente a atuar na regulamentação da sociedade internacional a partir das relações de reciprocidade e na composição de conflitos entre os Estados, mas em todos os interesses comuns a estes Estados, sobretudo, no referente à paz e segurança, moldando uma sociedade internacional, o que representa uma mudança paradigmática nas relações internacionais que contém ainda as premissas de tolerância, respeito, compartilhamento de valores e alinhamento em suas políticas públicas, já que tais políticas, e também os problemas que afetam os países, repercutem em toda esta sociedade.

É incontestável que o Direito Internacional, no contexto de globalização, tem sido exigido com desafios de toda ordem, atendendo a uma agenda de constantes mudanças mundiais. A velocidade com que estas mudanças se operam coloca o Direito Internacional como importante agente propulsor ante aos desafios e oportunidades ao mesmo tempo em que se colocam em questão as possibilidades de sua evolução e de sua assimilação neste cenário paradigmático e dinâmico de interações.

Historicamente, o período tido como de transição do Estado social para o Estado

penal, para alguns autores contemporâneos, ocorrida a partir das décadas de 1980 e 1990, e representada pela enorme e inesperada expansão do uso do encarceramento, marca um cenário de profundas transformações econômicas, sociais e culturais, mas iniciadas a partir da Segunda Guerra mundial, com todos os desdobramentos e reflexos, como a Guerra Fria e as mudanças econômicas e políticas nos países ditos socialistas e sua resposta, os capitalistas, os quais processaram uma inversão na política criminal.

Este período de transição, também, é notável pelo processo denominado globalização, e denota o que chamamos de estado neoliberal. A doutrina neoliberal e o Estado punitivo são complementos indissociáveis, pois o direito penal agora cumpre a função de remediar a insegurança material, oriunda da desregulamentação econômica e hiper-regulamentação penal.

Adentrando em assunto irrefutável quando se refere ao Direito Internacional, no contexto atual, a globalização neoliberal e seus desdobramentos são fatores importantes na análise desta política de alternativas penais já que por tal modelo neoliberal, em certa medida a partir do século XVI ou na vigência do Estado Liberal, ainda para manutenção do sistema capitalista na sua face liberalista, a violência e criminalidade se tornou objeto a ser tratado pelas policiais e pela justiça, ou seja, como tema ou problema afeto ao sistema criminal. Portanto, neste sentido, não se tratava de uma questão inerente ou decorrente da composição inseparável da economia com o social, mas algo particular, caracterizado por elementos distintos da dimensão econômica.

Especificamente no que diz respeito à violência e criminalidade, as políticas orientadas pela ONU reforçam este viés de solidariedade e complementação no sentido de contribuir com a ordem interna, ao mesmo tempo traçando uma rede internacional para atuar sobre os problemas referidos.

Portanto, constitui-se como fundamental o Direito Internacional tanto na ordem internacional como na ordem interna, na medida em que se consolida como referência na conformação das relações internacionais, ao mesmo tempo em que responde por assimilações de políticas em cada país integrante das Nações Unidas, especialmente permitindo o intercâmbio de possibilidades experimentadas por vários países que podem incrementar suas próprias políticas, inclusive alinhando internacionalmente.

A ONU, especialmente a partir dos anos 1970, vem intensificando ações orientando pelas alternativas penais, sobretudo, orientando por medidas não privativas de liberdade, para o tratamento da criminalidade e violência e, no caso, tratamento do delinqüente. Tais ações vêm se constituindo como uma Política das Nações Unidas sobre Alternativas Penais.

Citamos, como exemplos, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), a Moratória da Pena de Morte proposta em 2001, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, as Alternativas Penais no Estatuto de Roma 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional de Haia, os Objetivos do 11º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, como diretrizes a serem incorporadas pelos Estados, além de outras regras e princípios internacionais para tratamento de pessoas reclusas.

Também, por se constituir em uma política, há a estruturação de órgãos e serviços especialmente criados para atuar na consecução desta política. Por exemplo, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), a Comissão sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal (CPCJC), o Instituto das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquent, o Comitê Permanente de Prevenção do Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, todas as instâncias oficiais e especializadas da ONU, além dos vários e regulares congressos dos quais resultam inúmeras diretrizes políticas e institucionais decorrentes dessa política sobre alternativas penais, sobretudo, alternativas de não privação de liberdade.

Desdobram-se destas frentes de atuação a Unidade de Reforma da Justiça Criminal do UNODC que auxilia os países na melhoria da capacidade de operação dos sistemas jurídicos nacionais, tornando-os mais efetivos. Esta Unidade fiscaliza o desenvolvimento de projetos e fornece apoio substantivo para implementação de projetos na área de reforma de justiça, incluindo: Justiça Juvenil, Reforma Penal, Justiça Restaurativa, Alternativas à detenção, Apoio a Vítima, e Monitoramento e Vigilância Civil da Performance de Justiça Criminal.

Com isso, como reflexo das políticas empreendidas pela ONU, tem-se operado desdobramentos em vários setores, mas de forma mais efetiva na ação governamental, produzindo mudanças no sistema normativo-legal, político e de gestão da política criminal e penitenciário no Brasil. Neste aspecto, além da legislação interna, a aproximação e aplicação da legislação internacional, como forma especial de subsidiar e suplementar a legislação nacional é condição fundamental, não somente na esfera jurisdicional, mas também no aprimoramento legislativo e implementação de políticas públicas pelo Executivo.

Como dito, há uma evidente relação entre o modelo econômico hegemônico atual e a verificação de um contexto de violência e criminalidade agudizado por tal modelo, especialmente por trazer em sua origem uma dimensão excludente, dado o modelo liberal ou neoliberal, distintivo na relação de forças entre as classes sociais. Também, a fim de manter a relação de desigualdade que permite o modelo econômico neoliberal, viu-se na intensificação

do controle penal e prisional a forma de coibir ameaças à manutenção da situação vigente, o que tem gerado aumento da população carcerária tendo em vista as mudanças legislativas e judiciárias operadas.

Portanto, é preciso explorar esta relação entre violência e economia, ao mesmo tempo em que se exige melhor análise da dinâmica atual que se opera em um contexto social e econômico marcado por esta relação e pelos desdobramentos gerados, sobretudo com uma orientação punitiva que ao invés de atuar nas causas e condicionantes da violência e criminalidade vem, equivocadamente, insistindo na tentativa de contenção das ameaças ao modelo econômico-social, penalizando e aprisionando pessoas, retroalimentando os equívocos.

José Luis Fiori (2007) afirma que as alternativas à pena de privação da liberdade são reflexos das alterações que o Estado vem sofrendo em seu sistema de justiça penal, e nas concepções deste sistema, desde o século XIX. No entanto, as alternativas à pena privativa de liberdade adquirem maior dimensão e grau de importância com a globalização do modelo norte-americano de controle social sobre o delito e também sobre as alternativas, o que é exemplo a hegemonia dos Estados Unidos no sistema econômico mundial, o que faz com que esse país tenha prevalência nas relações internacionais.

Cabe destacar que após as ocorrências do ano de 2001, com os ataques terroristas de setembro nos Estados Unidos da América (EUA), isso se intensificou não somente neste país, mas projetou no mundo uma série de mudanças, especialmente na ordem jurídico-legislativa. Lançou-se mão de algumas teorias, como o Direito Penal do Inimigo, que fez refletir em muitas legislações nacionais a ponto de ainda mais recrudescerem as leis, ao mesmo tempo passou a ocupar tema central na agenda internacional dos órgãos e organismos internacionais. Muitas das práticas dos Estados, como o limite da soberania territorial sofreu mutações, como demonstram as ações dirigidas ao terrorismo, que é considerado um crime transnacional e transterritorial, relativizando, inclusive, a soberania do Estado no seu território, podendo, com isso, ser alvo de invasões ou outras medidas interventivas a pretexto de perseguição e punição de grupos terroristas, eventualmente, radicados em determinado território.

Loïc Wacquant (2003a) afirma que há relação direta e imediata das condições, ou falta de condições sociais mínimas, que levam ao aumento da população carcerária. Para ele, o modelo econômico neoliberal apresenta consequências diretas na população, sobretudo a população pobre, mais propensa ao cometimento de delitos pela falta e pela busca da sobrevivência. Também, apresenta consequências na atuação do Estado que se vê pressionado pela população em resolver os problemas de insegurança pública, adotando medidas quase

sempre repressivas e punitivas, aumentando, por sua vez, as condições jurídico-legais de penalização e de aprisionamento. Daí, o aumento da população carcerária, mas a não redução da violência e criminalidade.

A correlação apontada por Loïc Wacquant (2003a) entre a economia e suas implicações e reflexos na vida da população leva a uma (re)leitura das resultantes do aprisionamento ou encarceramento da população. Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.

Acrescenta o autor que os partidários das políticas neoliberais de desmantelamento do Estado-providência gostam de frisar como essa flexibilização estimulou a produção de riquezas e a criação de empregos. Estão menos interessados em abordar as conseqüências sociais devastadoras do *dumping* social que elas implicam: no caso, a precariedade e a pobreza de massa, a generalização da insegurança social no cerne da prosperidade encontrada e o crescimento vertiginoso das desigualdades, o que alimenta segregação, criminalidade e o desamparo das instituições públicas.

José Luiz Quadros Magalhães (2008) defende que em tempos de criminalidade, desemprego, exclusão social e insatisfações por parte da sociedade, o discurso da segurança pelo cerceamento ou restrição de liberdade, especialmente viabilizada pelo controle, é respaldado por esta sociedade amedrontada. Em uma análise mais detida sobre a compreensão imposta pela ordem constitucional liberal, sobretudo no século XIX, tem-se que os poucos que obtinham maiores ganhos com a dominação do mercado, viam nesse mesmo mercado, que gerava a exclusão, trazendo criminalidade e desigualdade, uma solução, e não um problema.

Por outro lado, adverte Alessandro de Giorgi (2006), sob o risco de se cair em um determinismo econômico. Segundo ele, a relação entre economia e encarceramento não deve ser concebida como diretamente causal. Em primeiro lugar, os níveis de punição não podem ter como referência apenas as taxas de encarceramento, na medida em que estas não abarcam a totalidade de estratégias de controle social.

Para ele, a ligação entre economia e penalidade não deve ser, pois, considerada como resultado de um automatismo, como uma relação mecânica mediante a qual a superestrutura ideológica da pena possa ser deduzida, de modo linear, da estrutura material das relações de produção. Ainda que ocupe uma posição de proeminência em relação aos outros fatores

sociais, o universo da economia simplesmente contribui para definir a fisionomia histórica dos diversos sistemas punitivos. (GIORGIO, 2006, p. 34)

Portanto, é imprescindível que se analisem todas as implicações e condicionantes para conformação de um sistema de justiça criminal que tem no encarceramento uma resultante quase que absoluta, ou única, em termos de pena. Inegável que o Estado como um todo, além de todas as circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas são fundamentais neste processo.

A emergência de formas determinadas da penalidade é o resultado da convergência de forças culturais, políticas e sociais, que embora não sendo o reflexo necessário de determinadas articulações das relações de produção, estão intimamente conectadas a estas últimas. A estrutura material da sociedade informa a geografia das relações de domínio e subordinação que aí prevalecem e, ao mesmo tempo, acelera o processo de consolidação das instituições sociais que reúnem condições de favorecer a sua reprodução. (GIORGIO, 2006, p. 37-38)

Michel Wieviorka (1997) considera que as mudanças econômicas, políticas e sociais que ocorreram a partir da década de 1960 terminaram por desenhar um novo paradigma da violência. Mais do que uma mudança circunscrita às práticas e percepções acerca do crime e da criminalidade, ou das formas de controle social e de punição, estaria ocorrendo na atualidade uma transformação mais geral da violência e de suas representações no mundo contemporâneo. Contudo, é como se esse novo paradigma em parte atualizasse significações que caracterizaram o início da era industrial, quando as classes contestadoras eram percebidas como classes perigosas e bandos juvenis ocupavam as manchetes de jornais.

Por outro lado, manifestações de violência que caracterizaram grande parte do século XX, como a violência política e o terrorismo de extrema-esquerda, a violência de extrema-direita voltada para o controle do Estado e a violência decorrente das lutas de libertação nacional entram em refluxo, substituídas em grande medida pela violência de extrema-direita voltada para a manutenção de atividades privadas fora do controle do Estado ou por práticas de violência articuladas a identidades étnicas e religiosas. No plano das representações, se o emprego da violência perde legitimidade nas discussões públicas das democracias ocidentais, se toda referência positiva à violência é abolida, mesmo entre os intelectuais, em contrapartida ganham força percepções e representações de medo perante a alteridade, à diferença cultural ou religiosa.

A mudança, já citada, na forma como a sociedade contemporânea responde ao crime e estabelece práticas punitivas e mecanismos de controle social, poderiam ser vistas, seguindo

as indicações dos autores acima mencionados, como articuladas a esse novo e complexo perfil da violência na contemporaneidade. De alguma maneira, as alterações nas práticas penais e nas políticas de segurança poderiam ser consideradas resultado do crescimento do medo e da insegurança diante da emergência dessas novas formas de violência. Outros autores, no entanto, buscam analisar as mudanças nas práticas punitivas e nas políticas de segurança menos como resposta a um novo perfil da violência e mais como complexas estratégias de poder, articuladas com fenômenos como a globalização e a crise do Estado de Bem-Estar Social.

Zygmunt Bauman (1999) aborda o tema da relação entre a estrutura social e as formas de punição sob a globalização. Bauman foi um dos primeiros autores a demonstrar a relação entre o perfil fortemente globalizado da economia a partir dos anos de 1970, a reorganização do Estado e uma nova composição das políticas de punição. De um lado, uma ampla mobilidade do capital e dos capitalistas, volatilidade dos investimentos, deslocamentos de capitais financeiros e mesmo de bases industriais por todos os cantos do planeta. De outro lado, os excluídos gerados por essa economia e pela desmobilização do Estado de Bem-Estar, as massas largadas à própria sorte que buscam nas estratégias de sobrevivência, nem sempre legais, a sobrevivência – marginalizados que serão cada vez mais imobilizados nos guetos, nas periferias, circunscritos à miséria de sua existência, e que passarão a frequentar as prisões que se revitalizam nesse período, voltando a ser territórios definidos e cada vez mais severos de punição: “A prisão é a forma última e mais radical de confinamento espacial”. (BAUMAN, 1999, p. 114)

Assim, este movimento de substituição das penas corporais pelo sistema prisional, não tem mais sentido na sociedade pós-moderna ou pós-fordista, porque não há mais ensinamento a propor. Resta aquilo que se denomina *warehousing*, o armazenamento de sujeitos que não são mais úteis e que, portanto, podem ser administrados apenas por meio da neutralização. Até mesmo porque tem razão este autor ao afirmar que é mais barato excluir e encarcerar pessoas de que incluí-las no processo produtivo.

Ainda, o autor associa a emergência das prisões de segurança máxima – *supermax*, como são conhecidas – nesse mesmo período, nas quais os presos permanecem várias horas por dia na cela, sem nenhuma atividade laboral, recreativa ou educativa, a uma estratégia política de contenção daquelas massas. Daí não ser mais necessário que os criminosos se regenerem, trabalhem nas prisões, tornem-se virtuosos, mas apenas que sejam contidos e, acima de tudo, imobilizados em poucos metros quadrados em instituições que antes eram o marco disciplinar da sociedade, o aparelho disciplinador por excelência, e que agora não

passam de fortalezas que paralisam os miseráveis indóceis.

O Estado sob a globalização é chamado a abandonar o seu perfil de *welfare state* para assumir uma função meramente policial, protetora e garantidora das atividades de acumulação de capital. Giorgio (2006) afirma que no contexto de uma sociedade globalizada, pautada em valores consumistas, pobres, desempregados, mendigos, nômades e migrantes representam classes perigosas que os sistemas de controle sociais buscam separá-las das classes laboriosas e com condições de consumir. A separação dar-se-á no sentido “de neutralizar a ‘periculosidade’ das classes perigosas através de técnicas de prevenção do risco, que se articulam principalmente sob as formas de vigilância, segregação urbana e contenção carcerária.

Partindo da premissa de que o objetivo primordial das penas é dissuadir a violação das leis, haverá necessidade de uma lógica de prevenção em que “as instituições e práticas repressivas devem impor, a quem ousa violar a ordem constituída, condições de existência piores do que as garantidas a quem se submeter a ela”. (GIORGIO, 2006, p. 28)

Evidencia-se, assim, que a globalização não apenas vem alterando as teias das relações econômicas, ao estreitar as distâncias e ao homogeneizar a paisagem mundial, mas é igualmente acompanhada de mudanças consideráveis no perfil do Estado. O Estado do Bem-Estar, implantado, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, passa a ser o alvo de uma onda neoliberal que clama pela sua desmontagem, pela redução de seus custos de operação, por uma reformulação que o coloque nas dimensões mínimas necessárias. É esse Estado que irá paulatinamente abdicar de sua capacidade de proporcionar os requisitos básicos da existência das populações, ao assumir um perfil de Estado policial.

Quanto mais firme for o Estado em relação à dureza das punições, daquelas poucas que o Poder Judiciário pode impor aos infelizes que caíram em suas malhas, mais se afirma perante a incauta opinião pública como órgão apto a controlar o crime, suscitando vasto apoio popular, mas, na verdade, tais atos de barbárie punitiva objetivam escamotear a realidade da completa falência em prover segurança à população como um todo.

Já citado acima, retomamos com Loïc Wacquant (2001), que por sua vez, faz um relato do processo de criminalização da miséria e dos miseráveis pelo qual passou os Estados Unidos da América, e que vem tomando conta da Europa por meio da expansão da ideologia neoliberal dos conservadores norte-americanos. Neste sentido, a doutrina da Tolerância Zero norte-americana é resultado de um movimento de desmantelamento das políticas de assistência social aos mais pobres, cujo principal efeito é o recrudescimento da ação policial e das sanções penais para os mais diversos tipos de inadequação aos códigos de comportamento

vigentes. No processo de transição do Estado providência para o Estado penal, os recursos destinados à assistência social foram reduzidos à medida – e na mesma proporção – que os recursos destinados ao sistema carcerário e policial aumentavam; tudo isso apoiado por uma mudança nas concepções que transformaram a imagem daqueles que são beneficiários das políticas sociais em pessoas dependentes ou parasitas do Estado Social.

Tal política se coloca como instrumento para controlar as camadas populares, dando respaldo jurídico ao encarceramento ao menor sinal de delinquência, o que faz com que a população carcerária aumente de forma estrondosa; mas as prisões não ficam lotadas de criminosos perigosos, e sim de presos por uso de drogas, furto ou simples atentados à ordem pública. As penas tornam-se cada vez mais rigorosas e os casos de liberação em regime de *sursis* e liberdade condicional diminuem.

Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal de reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 1970 e de sua substituição por uma nova penologia, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando seu eventual retorno à sociedade, uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de "detritos sociais" que com o trabalho social. (WACQUANT, 2001, p. 86)

Tudo isso ocorre em meio a mudanças no perfil assumido pelas políticas de segurança, envolvendo uma concepção de controle severo sobre as ilegalidades populares, a adoção de sofisticados mecanismos (muitos deles eletrônicos) de imposição de punições legais e restrições à liberdade de locomoção, privatização dos serviços de segurança, com as milícias particulares e, ao mesmo tempo, com a presença cada vez mais acentuada de empresas de prestação de serviços para as prisões e mesmo de sua gestão direta.

São essas mudanças nas concepções e nas ações que norteiam as práticas de controle da violência, de aplicação das punições e de construção de políticas de segurança na contemporaneidade que têm atraído a atenção de cientistas sociais, muitos dos quais vêm repensando os paradigmas de análise que até então buscavam explicar esse conjunto de fenômenos.

Os Estados Unidos da América, como matriz desse novo tipo de gestão dos problemas sociais, exportam para todo o planeta o lucrativo modelo de controle das massas miserabilizadas pelo neoliberalismo, como bem coloca Nils Christie (1998). A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima

para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime ou, se quiserem, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle. (CHRISTI, 1998, p. 22)

Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004) exploraram debate sobre as relações entre a estrutura social e as formas de punição. Destacam-se alguns questionamentos feitos, como: qual é a relação entre a ocorrência de crimes e o contexto social? Por que alguns métodos de punição são adotados ou rejeitados numa dada situação social? Em que medida os métodos de punição são determinados pelas relações sociais básicas presentes numa determinada sociedade?

Segundo os autores, a punição não poderia ser encarada como uma simples consequência do crime, nem o seu reverso, mas como um fenômeno social em grande medida independente dos conceitos jurídicos e dos fins sociais. Os mesmos são enfáticos em sustentar que a transformação nos sistemas penais não pode ser explicada somente a partir da necessidade de mudanças impostas pela guerra contra o crime, embora essa guerra tenha o seu papel nessas mudanças. Na verdade, todo sistema de produção tende a desenvolver formas de punição que correspondam às suas relações de produção. Para eles, "é necessário investigar a origem e o destino dos sistemas penais, o uso ou a rejeição de punições específicas, e a intensidade das práticas penais na medida em que elas são determinadas por forças sociais, acima de tudo pelas forças econômicas e mesmo fiscais". (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 3).

Michel Foucault (1987) deslocou o foco da análise para as práticas de punição não simplesmente como instrumentos de uma dominação de classe, mas como tecnologias de poder complexamente articuladas às demais práticas sociais. Ao adotar essa "perspectiva do poder", Foucault abriu espaço para interpretações mais multidimensionais acerca do sentido da punição nas sociedades modernas. O autor estudou as transformações das práticas penais na França, da época clássica ao século XIX. No interior dessas transformações, um problema se destaca: o papel central que a prisão passa a desempenhar na penalidade moderna. Ele pergunta por que a prisão se tornou a pena por excelência, não mais voltada para o suplício ou o castigo simbólico e exemplar, mas para a disciplina do corpo e da alma do detento. Na verdade, a análise procura mostrar que as práticas disciplinares próprias da prisão têm um alcance que vai muito além dos muros da instituição, ao constituir tecnologias de poder que, partindo das práticas prisionais, espalham-se por toda a sociedade, em instituições como fábricas, hospitais, escolas etc.. (FOUCAULT, 1987, p. 15).

Ao contrapor o suplício - pena utilizada no Antigo Regime - à prisão moderna, com

sua rígida organização do tempo e distribuição dos corpos, Foucault argumenta que ambos definem diferentes estilos penais, próprios de cada período. As práticas do suplício, longe de serem apenas atos selvagens, revelam uma lógica específica: elas são a um só tempo, um procedimento técnico, e um ritual. Como procedimento técnico, o suplício pretende produzir uma quantidade de sofrimento que possa ser apreciada, comparada, hierarquizada, modulada de acordo com o crime cometido. Como ritual, visa a marcar o corpo da vítima, tornar infame o criminoso, ao mesmo tempo em que a violência que marca é ostensiva, caracterizada pela demonstração excessiva do poder daquele que pune, pois no suplício o que está em jogo é o poder do soberano.

Assim, verificamos a estreita relação do modelo econômico e o inchaço do sistema penitenciário. Com isso, as intervenções em tal cenário são complexas e, tendo em vista a investida das Nações Unidas vê-se não se tratar de algo localizado, mas uma questão afeta a muitos países e que exige uma ação coordenada. Daí, a justificativa para a implementação de uma política internacional que procura investir em ações preventivas à criminalidade, ao mesmo tempo em que tenta criar novas vias de punição e penalização que não resultem somente em privação liberdade.

É certo que somente criar alternativas à privação de liberdade não resolve, mas aponta uma nova perspectiva que pode desencadear medidas preventivas e, em certa medida, promover mudanças graduais na esfera legislativa e de atuação judiciária, com vistas a atuar de forma articulada que não somente reduza a penalização e o encarceramento, mas também atue sobre as condicionantes que propiciam a criminalização.

As considerações teóricas acima, evidentemente, apontam elementos que também devem ser considerados na implantação de políticas públicas pelos Estados, *in casu*, no que diz respeito à criminalidade e segurança. Em perspectiva, isso leva ao sistema carcerário, objeto intrínseco ao sistema de justiça pena, mas que neste estudo é aprofundado, dando maior ênfase às questões específicas que refletem as resultantes do sistema de justiça pena, qual seja, a execução das penas. Nesta articulação teórica, considerando o conteúdo das Regras de Tóquio levaremos uma articulação que não somente trate da aplicação das normas relativas a humanização ou da correta e digna execução das penas.

Como veremos, as Regras de Tóquio fornecem possibilidades e apontam perspectivas para o desenvolvimento de ações que vão desde a fase processual até o cumprimento da pena. O que propomos, como acréscimo a esta abordagem teórica anterior da vertente penalizadora, é considerar nas resultantes do encarceramento, elementos anteriores que são importantes para repensar e reordenar as políticas prisionais, como também servem de subsídio para atuar na

perspectiva da precaução e prevenção.

Após esta análise mais detida da pena e da prisão em todo o contexto de globalização e suas resultantes em termos mais atuais, concluímos, assim, que os séculos XVII e XVIII, de modo geral, foram notáveis pelos castigos cruéis, as torturas, as inquisições e o degradante espetáculo punitivo. Já no começo do século XIX o cárcere se torna a principal forma de punição. A prisão, então, surge como resposta às pressões pela humanização dos castigos até então aplicados e, assim, torna-se o centro do sistema punitivo. (Sica, 2002).

Como temos informado, a aplicação das penas e medidas alternativas retorna à agenda de discussões com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, recomendadas pela ONU a partir 1990. Estas regras foram elaboradas se considerando o aumento global da criminalidade e o fracasso dos diversos sistemas punitivos em preveni-la e com a consciência de que tais sistemas, em geral, fundam-se na malograda experiência de pena de prisão e de que a idéia das penas substitutivas ou alternativas, embora largamente difundida, ainda não se efetivou com eficiência. (SICA, 2002, p. 122)

No Brasil, são evidentes as implicações a partir das orientações e diretrizes da política da ONU sobre alternativas penais, tendo o Direito Internacional o desafio de empreender a devida adequação de tal política na ordem interna, o que, gradativamente, foi sendo incorporado na legislação interna, especialmente, desencadeando reformas e alterações constitucionais. Vejam, por exemplo, as reformas empreendidas, com a reforma penal de 1984, a Lei de Execução Penal n.º 7.210/1984 (BRASIL, 1984), a criação dos Juizados Especiais n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), as mudanças na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e as novas alterações nas leis penal e processual penal, incorporando uma série de preceitos relativos às alternativas penais e outras formas de resolução de conflitos, além das regras para tratamentos das pessoas encarceradas.

O certo é que se evidenciam aparentes idiosincrasias, sobretudo pelas mudanças legislativas, e pelas alterações empreendidas por tais leis junto ao sistema de justiça criminal, especialmente na gestão prisional, sem dizer as implicações nos órgãos jurisdicionais (Tribunais e Ministério Público). Ao mesmo tempo em que há preocupação em conter o crescimento da população encarcerada, há edição de leis que objetivam justamente o contrário, darem agilidade processual para que as pessoas que cometerem delitos sejam mais rapidamente encarceradas e mais severamente punidas.

Enfatizamos, ainda, a resposta dada pelo Estado para conter a criminalidade, o que na verdade se demonstrou diverso, ou seja, em certa medida, não se atuou sobre o fenômeno da

violência e da criminalidade como fenômeno social, mas atuou-se por um viés ideológico de proteção de uma elite, ou melhor, na proteção de um sistema neoliberal. Desse modo, encontrou-se na penalização e encarceramento a forma de excluir as ameaças à manutenção de tal sistema. Daí verifica-se que o encarceramento, oriundo desta orientação neoliberal de controle de criminalidade, estava fadado ao insucesso, iniciou-se buscas de alternativas.

Julita Lemgruber (2001) em análise sobre o sistema de justiça criminal enfatiza que é possível constatar três (3) mentiras que são propagadas no Brasil como justificativas para as políticas retrógradas e ineficazes de controle da criminalidade. A primeira é que o Sistema de Justiça Criminal inibe de forma eficaz a criminalidade. Examinando dados sobre a Inglaterra e os Estados Unidos da América, especificamente as Polícias, Ministério Público, Judiciário e Sistema Penitenciário, constatou que das ocorrências levadas como crime na Inglaterra, apenas 2,2% resultaram em condenação e somente 0,3% recebeu pena de prisão e, nos EUA, em um ano (1994), levantados quase 4 milhões de casos de violência, apenas 3,7% resultou em condenação e, 3% foram punidos com prisão. “Significa dizer que o custo-benefício desse sistema em geral se mostra altamente desfavorável e que os mecanismos punitivos, por si mesmos, têm um poder muito baixo de inibir o crime, independente do grau de ‘dureza’ com que são empregados” (LEMGRUBER, 2001, p.24-25).

Ou seja, a punição como forma de controle do crime é absolutamente insuficiente e ineficiente. A segunda mentira é a defesa de que a elevação das taxas de encarceramento reduz o crime. Também utilizando os estudos sobre Inglaterra e Estados Unidos, concluiu-se que o impacto causado pelo aumento do número de presos tem pouca ou nenhuma relevância na incidência de crimes. Verificou-se que endurecendo a legislação penal, ampliando as penas, aumentou sim o encarceramento, como também aumentou a taxa de criminalidade. No caso específico do estudo nos Estados Unidos, apontou ainda que a população se viu prejudicada com a estratégia penal lá adotada, “pois o dinheiro dos impostos foi canalizado para as prisões, certamente em prejuízo de outros gastos públicos, e essa estratégia teve impacto menor sobre a taxa da criminalidade do que a política (qualquer que tenha sido) de direcionamento da despesa pública adotada no mesmo período”. (LEMGRUBER, 2001, p. 23)

A falácia de que a população brasileira quer todos os criminosos na cadeia se constitui na terceira mentira apontada pela autora. A pesquisa desenvolvida pela própria autora apontou que a população brasileira penalizou mais os delitos violentos; julgou os crimes cometidos pelos ricos com mais austeridade que os pobres; que os policiais criminosos foram punidos severamente e que os criminosos primários, mesmo tendo cometido delitos violentos,

receberam punições alternativas à pena de prisão. Estes dados, portanto, demonstram que embora alguns políticos, governantes e gestores afirmem que o povo brasileiro quer o endurecimento das leis penais ou quer maior encarceramento com construção de mais unidades prisionais ou quer do Judiciário a máxima aplicação de penas restritivas de liberdade, as pesquisas não corroboram isso.

Mas, convém registrar que embora date as Regras de Tóquio do ano de 1990, somente no ano 2000 é que no Brasil se efetivou uma política nacional de apoio às penas e medidas alternativas. Com isso, foi tomando corpo uma estrutura de órgãos e serviços que foram orientando as políticas nos Estados.

Temos, então, uma política internacional sobre alternativas penais, empreendida e apoiada pelas Nações Unidas (ONU) desde a década de 1990, através da Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU, que orienta a implantação e desenvolvimento de políticas, sobretudo, na esfera da justiça criminal, aos países membros. Passados mais de 20 (vinte) anos do curso de sua implantação é importante avaliar os impactos desta política ao mesmo tempo em que se atualiza seu conteúdo e sua importância, dado o lapso temporal.

Neste sentido, importante ressaltar sobre os desdobramentos e implicações tanto no contexto sócio-econômico em que se inserem tais políticas alternativas à prisão, dadas as teorias que discutem a criminalidade e violência sob o ponto de vista da economia e do trabalho, assim como os reflexos e desdobramentos possíveis quanto a uma possível mudança na concepção do Estado do que seja uma política criminal alternativa à prisão. Insere-se a discussão do sistema penitenciário, das alternativas legislativas, na gestão do sistema penitenciário, no tratamento global e local da violência e criminalidade, assim como as inovações gerais observadas pelos países que se orientam por tais políticas de alternativas à privação de liberdade.

3.2.2 Avaliação crítica da Resolução 45/110 (Regras de Tóquio)

A população carcerária brasileira aumentou de 90 mil no ano 1990 para 550 mil em 2012 - uma elevação de mais de 511%. No mesmo período, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população cresceu apenas 30%.

Segundo a Organização Não-governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), o Brasil só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (680 mil), registrando uma taxa de 228 presos para cada grupo de 100 mil habitantes

De acordo com os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de 2012, o Brasil tem um número de presos 70% superior à sua capacidade de abrigá-los (*déficit* de 240 mil vagas). Inclusive, este é um dos principais focos das críticas das Nações Unidas sobre desrespeito a direitos humanos no país.

Além disso, dados do próprio DEPEN demonstram que o Brasil é seletivo na punição, sendo que mais da metade dos presos (54%) é parda ou negra, tem idade entre 18 e 29 anos (55%) e pouca escolaridade (5,6% são analfabetos; 13% são apenas alfabetizados e 46% têm apenas o ensino fundamental incompleto). Somente (dois) 2 mil presos (0,4%) têm formação superior completa. Ainda, do total de presos, 42% são presos provisórios, ou seja, praticamente a metade dos presos no país ainda não foi julgada e, caso sejam julgados e condenados à prisão, por existir um *déficit* equivalente de vagas nas prisões, ficarão amontoados, posto que a taxa de ocupação é de 1,78 preso por vaga, ou seja, em média, dois (2) presos ocupam o espaço reservado a apenas um.

Nas últimas sessões da Assembléia Geral da ONU, a partir de dados obtidos pelos órgãos do Conselho Econômico e Social, especialmente através dos instrumentos e mecanismos relativos ao sistema de proteção aos direitos humanos, uma recomendação recorrente tem sido a questão das condições carcerárias no Brasil, notadamente quanto às condições de cumprimento da pena. Ainda, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUR), através do instrumento de fiscalização e monitoramento chamado Revisão Periódica Universal, recomendou ao Brasil que implementasse medidas para melhorar as condições das prisões e enfrentar o problema da superlotação.

Disso podemos retirar algumas questões para debate, como o modelo de política de encarceramento, especialmente revendo outras possibilidades, como a análise da possibilidade de aplicação de penas alternativas à reclusão. Outros elementos, embora não possam ser analisados de forma isolada, ou mesmo com viés ideológico, agregam importantes componentes para uma análise e, quiçá, para proposição de políticas públicas.

Difícilmente o processo de institucionalização das pessoas encarceradas, nas condições apontadas, em grande medida, não se alinha com a pretendida ressocialização. Sem condições físicas e estruturais das celas, a quantidade de encarcerados, as atividades de ensino, trabalho, assistência médica e social, e outras variantes, não encontram suporte para se cumprirem as premissas ressocializadoras. Ainda, o próprio desenvolvimento da custódia estatal sobre os presos, por vezes, se mostra inadequado quando se apontam a corrupção de funcionários, agressões e até mesmo execuções de encarcerados durante o cumprimento da

pena. Agrega-se a isso uma dinâmica nefasta que também avaliamos que diz respeito ao chamado crime organizado, mesmo dentro das unidades prisional, como propalado pelos veículos midiáticos.

Consideramos também que, além destes apontamentos mais diretos aos órgãos executivos do Estado, o aspecto legislativo e as constantes mudanças e incoerências em termos de produção de lei penal e processual penal, por vezes, se mostram inadequadas, ora recrudescendo a pena e seu cumprimento, ora alterando benefícios e prerrogativas, ora se omitindo em questões fundamentais de segurança dentro e fora das unidades prisionais. A ver, por exemplo, o estabelecimento de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a alteração nas leis sobre prisões e a falta de alinhamento quanto ao uso de celulares nas unidades prisionais, respectivamente. Esta instabilidade, insegurança e omissão jurídica também constituem argumento que se soma às constatações de ineficiência do sistema.

O Poder Judiciário e também as instituições essenciais de tal sistema como o Ministério Público e a Defensoria Pública, operam neste cenário e com estes pressupostos já instalados o que, sem dúvida, dificultam medidas ressocializadoras.

Mas, os dados e considerações ora feitas, embora generalizadas, não são desprovidas de comprovação. Estudos de criminalistas, sociólogos, juristas confirmam essas linhas gerais com maior rigor científico e com dados obtidos nos órgãos estatais relativos. Contudo, não pretendemos estabelecer um estudo sobre o sistema prisional, embora a partir deste e sua repercussão definimos nosso foco, qual seja, analisar a implementação da Resolução 45/110 (Regras de Tóquio) que fixaram as regras mínimas sobre medidas não privativas de liberdade da Assembleia Geral da ONU. Especificamente, analisar a incorporação de seu conteúdo, embora a teoria tradicional das fontes de direito aponte ser uma norma que não preenche as condições formais para vincular os Estados. A partir de então, avaliamos se outros fatores interferem na adesão, incorporação e cumprimento de tais regras como, por exemplo, as constatações acima sobre as condições fáticas verificadas em um país, a opinião pública, a pressão internacional, enfim, outros intervenientes que levam um Estado a cumprir regras, mesmo não sendo obrigatórias, formalmente.

Com isso, antes de atuar sobre o conteúdo das Regras de Tóquio, convém, antecipadamente, situar a pena e a prisão, em suas dimensões teórica, histórica e social, para avaliar o lugar que ocupa na sociedade, sobretudo na sociedade internacional.

Alguns autores, como veremos a seguir, ponderam sobre a pena de modo contextualizado com outros fatores, por exemplo, considerando que a prisão resulta de um processo excludente relativo às condições de classe social, origem, cor e outros elementos de

caracterização da população, como também resulta de um processo excludente de inadequada distinção entre economia e criminalidade. Outros atribuem a fatores resultantes da própria dinâmica social e suas decorrências como a globalização econômica e social.

No tocante ao fenômeno da violência e criminalidade, então, é preciso considerar os antecedentes e as dimensões cultural, social, política e econômica; fatores estes que em grande medida conectam com a criminalidade e, por isso, exigem também respostas multidimensionais. Na mesma perspectiva, o contexto e os fatores dinâmicos que a realidade impõe, também exige medidas dinâmicas e eficazes ante aos desafios que surgem, como é o caso de tudo que traz a chamada globalização.

Portanto, convém uma análise da violência e criminalidade, com a pretensão de aproximar melhor esta análise com o objeto deste estudo – as Regras de Tóquio (Medidas Não Privativas de Liberdade) e após ponderar com os resultados esperados quando da adoção destas regras mínimas.

Embora não seja um objeto novo, as questões envolvendo o cumprimento da pena, ou um sistema penitenciário, ainda se colocam como uma derivação do Direito Internacional Penal, ou mesmo como uma questão que diz respeito a criminalidade e violência, relacionados apenas com questões de segurança pública ou segurança interna dos Estados.⁴⁰

Vale lembrar, todavia, que muitos são os princípios pautados na humanização do direito, extensivo ao Direito Penal, mas em termos de atuação internacional, são bem delineados os limites de atuação Direito Interno *vis a vis* o Direito Internacional e, especificamente, se coloca de modo ainda mais preciso, pelo menos delimitando a autonomia e soberania estatal, no que diz respeito ao cumprimento de penas. Evidentemente, desde a configuração do processo histórico de conquista de direitos, aos Estados tem se colocado uma série de regras internacionais que devem ser respeitadas, inclusive incorporando em seu marco normativo interno.

Vê-se certa difusão do tema, em especial a partir dos Tribunais de *Nuremberg* e do Japão, por conta da 2ª Guerra Mundial e, em seguida com os demais avanços em termos de institucionalização, passando por outros Tribunais *ad hoc*, como da Ex-Iugoslávia, República do Congo, até chegar com a entrada em vigor do Estatuto de Roma de 1998, constituindo o Tribunal Penal Internacional.

⁴⁰ À título de esclarecimento inicial citamos a distinção feita por Zaffaroni e Pierangeli para quem o Direito Internacional Penal, que se liga ao ramo do Direito Internacional Público, “[...] tem como principal atribuição o estudo da tipificação internacional de delitos por via de tratados e o estabelecimento da jurisdição penal internacional”, enquanto que o Direito Penal Internacional, relacionado ao Direito Internacional Privado, determina o “âmbito de validade da lei penal de cada estado e a competência de seus tribunais penais”. Ver (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999).

Também, com os eventos terroristas que marcam o final da década de 1990 e início da década de 2000, vem tomando maior centro de preocupação de cada Estado e da sociedade internacional. Um registro essencial são os Congressos realizados pela ONU e os desdobramentos com a luta contra a expansão da criminalidade. Desde a criação da Comissão Penal e Penitenciária Internacional, em 1872, sucessora da Comissão Internacional sobre Prisão, o tema reforma prisional sempre teve pauta, inclusive como objeto de recomendações e resultantes de conferências e congressos. Com a criação da Liga das Nações, a Comissão continuou a pautar o tema nos espaços internacionais, sendo que, mais tarde, após a II Guerra Mundial, desfez-se a Comissão, mas a ONU absorveu suas funções garantindo a realização de conferências internacionais quinquenais sobre controle de criminalidade. Centralizando o tema nas Nações Unidas há o Escritório da UNODC que se coloca em cada continente através dos Institutos das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, no caso da América Latina e Caribe (ILANUD), com sede em San José (Costa Rica).

Mas, diante da necessidade de se trabalhar amplamente a questão da criminalidade, foi criado também o Comitê Permanente da América Latina para Prevenção do Crime da Organização das Nações Unidas (ONU) que tem como incumbência, dentre outras, realizar estudos e pesquisas sobre violência no continente para apresentar nos Congressos e, por conseguinte, servir como subsídio para direcionar as Nações Unidas acerca da questão, inclusive com elaboração de textos legais.

O primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos delinquentes ocorreu em 1955 em Genebra (Suíça) e como registro fundamental foi quando se constituíram as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros. Mas, atrelado a isto, na ocasião, debateu-se a abertura de estabelecimentos prisionais e correicionais, seleção e treinamento de pessoal para trabalho nas prisões, o uso adequado do trabalho na prisão e também o impacto dos meios de comunicação de massa sobre a questão juvenil. Já neste evento inaugural, todos os Estados signatários da Carta ONU (BRASIL, 1945) participaram, além de quarenta e três (43) ONG's e com presença de mais de quinhentos (500) participantes.

Em 1960, o Segundo Congresso foi realizado em Londres (Inglaterra) e como destaque, temos que nesta ocasião criaram-se os Institutos Regionais para tratar do tema violência e criminalidade, sendo que houve uma dedicação especial a questão da delinquência juvenil, especialmente porque em 1959 havia sido adotada a Declaração dos Direitos das Crianças, o que tomou a pauta com várias recomendações sobre políticas públicas e também um tratamento adequado a este segmento também no Judiciário. Também outros temas foram

debatidos como a liberdade condicional, assistência aos dependentes do detido, a remuneração dos prisioneiros. Participaram sessenta e oito (68) Estados e mais de mil (1000) convidados.

O Terceiro Congresso analisou a relação entre criminalidade e mudança social, enfatizando o envolvimento da comunidade na prevenção do crime, tratamento adequado aos jovens e jovens adultos, medidas para redução da reincidência. Ocorreu em Estocolmo (Suécia) em 1965 e houve a participação de setenta e quatro (74) Estados. Destaque também para a criação do Instituto de Pesquisa sobre Defesa Social, que mais tarde, em 1989, viria a se transformar no Instituto Interregional das Nações Unidas para Pesquisas sobre Crime e Justiça (UNICRI).

Em 1970 o Quarto Congresso foi convocado para debater sobre melhorias do planejamento para prevenção da criminalidade e para o desenvolvimento econômico e social. Realizado em Kioto (Japão), com presença de setenta e nove (79) Estados. Este foi o espaço de aprovação da primeira Declaração que reafirmava a necessidade dos Estados alinharem as políticas sócio-econômicas para a prevenção ao crime como elemento destacado.

Novamente em Genebra (Suíça) realizou-se, em 1975, o Quinto Congresso que teve com marco histórico a aprovação da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Também, debateram-se sobre a criminalidade feminina, terrorismo, crimes ligados ao alcoolismo e abuso de drogas e crime organizado como negócio. Houve a participação e mais de 100 Estados.

Sob o tema "A prevenção do crime e a qualidade de vida", o Sexto Congresso ocorreu em 1980, em Caracas (Venezuela) e teve como resultado o reconhecimento de que a prevenção de crimes deve ser referenciada na situação econômica, social, cultural e política dos países.

Em 1985 realizou-se o Sétimo Congresso em que teve a adoção do Plano de Ação de Milão (Itália) que teve como tema "A prevenção do crime para liberdade, justiça, paz e desenvolvimento". Aprovou-se nesta ocasião as Regras Mínimas para Administração da Justiça Juvenil, Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário e também foi proposto um modelo de Acordo sobre Transferência de Prisioneiros Estrangeiros. Participaram cento e vinte e cinco (125) Estados.

Em 1990 o Oitavo Congresso ocorrido em Havana (Cuba) pautou as ações contra o crime organizado e terrorismo sendo, em nossa opinião, um dos eventos mais proveitosos em termos de codificação de regras internacionais. Nasceram os Princípios Básicos para

Tratamento dos Prisioneiros; Diretrizes para Prevenção da Delinquência Juvenil; Regras para Proteção de Jovens Privados de sua Liberdade; Princípios Básicos sobre Uso de Força e de Armas de Fogo por Encarregados de Cumprimento da Lei; Diretrizes sobre o Papel do Ministério Público; Princípios Básicos sobre o Papel dos Advogados e as Regras sobre Medidas Não Privativas de Liberdade. Ainda, houve deliberação no sentido de definir a Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal como o principal órgão de formulação de políticas da ONU.

Destacando mais uma vez, especificamente sobre este Congresso ocorrido em setembro de 1990 e sobre as Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade nos dedicamos neste estudo. Mais tarde, em 14 de dezembro do mesmo ano, estas regras foram levadas à Assembleia Geral da ONU, e aprovadas através da Resolução 45/110, com a denominação de Regras de Tóquio. Adiante detalharemos mais este tema.

O Nono Congresso focou na cooperação internacional e nas relações de assistência técnica para o fortalecimento do Estado de Direito, discutindo temas quanto a otimização da justiça com a informatização dos processos, e também os meios de comunicação em massa, com seus efeitos na prevenção do crime. Houve participação de cento e trinta e oito (138) Estados.

Em 2000, realizou-se em Viena (Áustria) o Décimo Congresso onde se adotou a Declaração de Viena sobre o Crime e Justiça, em que os Estados se comprometeram a fortalecer a cooperação internacional na luta contra o crime transnacional e reforma da justiça criminal, com forte ênfase no combate à corrupção. Contou com a participação de cento e trinta e sete (137) Estados e cerca de dois mil (2000) convidados.

O Décimo Primeiro Congresso ocorreu em 2005, ano em que se adotou a Declaração de Bangkok (Tailândia), um importante documento político que estabelece as bases para redirecionar ou alinhar a coordenação internacional e os esforços de cooperação, a fim de prevenir e combater o crime. Deliberou-se sobre crimes econômicos e financeiros, a necessidade de cooperação para combater terrorismo e outras atividades criminosas, medidas efetivas de combate ao crime organizado. Ainda, vários *workshops* tratando de violência urbana e também um painel sobre melhores práticas para tratamento de prisioneiros no sistema de justiça criminal. Participaram cento e vinte e nove (129) Estados, com mais de três mil (3000) convidados.

O Décimo Segundo Congresso realizou-se em Salvador (Brasil), em 2010, e manteve o padrão das discussões com questões voltadas aos crimes cibernéticos, a cooperação entre os Estados para combater o terrorismo e outros tipos de crimes, o combate à corrupção, a

violência juvenil e no meio urbano, tráfico de migrantes. O próprio tema do congresso já demonstrava sua amplitude: “Estratégias abrangentes para desafios globais: a prevenção do crime e sistemas de justiça criminal e seu desenvolvimento num mundo em mudança”.

Mas, fundamental ponto de discussão foi a proposta do grupo de trabalho para atuar sobre a questão da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Embora se demonstre no histórico toda a preocupação com a prevenção do crime e do sistema prisional, pela primeira vez se debruçava a ONU para pensar no que não se conseguiu prevenir, ou seja, pensar no fenômeno da carcerização.⁴¹

Desde o Oitavo Congresso em 1990, com todo avanço que representou em termos de produção, a questão prisional cresceu como agenda, mas ainda não havia sido explorada de forma mais específica.

Neste breve histórico, percebemos que a questão penal, especialmente quanto à prevenção do crime é tema recorrente e ainda bastante estimulado em termos de cooperação técnica entre os Estados. Contudo, ainda se dá uma abordagem muito centrada na prevenção a partir da estruturação e sistemas estatais de organização de crimes mais institucionalizados, isto é, aqueles crimes que ocupam uma escala maior ou um tema de maior repercussão, como o tráfico de drogas. Mas, embora seja identificada com muita ênfase a prevenção, na verdade, se diz da prevenção como melhor adequação das instituições governamentais para tentar coibir a criminalidade.

No último congresso, no Brasil, pautou-se, de modo mais direto, o sistema prisional e, com isso, direcionou-se mais uma abordagem na prevenção ao crime que diz respeito também

⁴¹ No texto da Declaração do Congresso ocorrido em Salvador (2010), identificamos pelo menos cinco (5) deliberações específicas resultantes do Grupo de Trabalho sobre sistema prisional.

40. Reconhecemos que o sistema penitenciário é um dos componentes cruciais do sistema de justiça criminal. Envidamos esforços para utilizar os padrões e as normas das Nações Unidas sobre o tratamento de detentos como fonte de orientação e inspiração no desenvolvimento ou na atualização de nossos códigos nacionais de administração penitenciária.

41. Apelamos à Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, para que reúna um grupo de especialistas intergovernamental para compartilhar informações sobre boas práticas, bem como sobre legislações nacionais e internacional existentes, e para revisar o Padrão Mínimo de Regras para o Tratamento de Detentos das Nações Unidas com o intuito de fazer com que estas reflitam os recentes avanços na ciência correcional e suas melhores práticas bem como recomendar à Comissão os próximos passos possíveis.

42. Acolhemos positivamente a minuta das regras das Nações Unidas para o tratamento de detentas e medidas não-restritivas de liberdade para mulheres infratoras. Notando o resultado e as recomendações da reunião do grupo de especialistas, recomendamos que a comissão de prevenção ao Crime e Justiça Criminal as considere como matéria prioritária para ação correspondente.

43. Enfatizamos a necessidade de reforçar as medidas alternativas ao encarceramento, que podem incluir serviço comunitário, justiça restaurativa e monitoração eletrônica, reabilitação de apoio e programas de reintegração, inclusive a correção comportamental dos infratores e programas vocacionais e educacionais para os prisioneiros.

44. Recomendamos que os Estados-Membros reduzam o uso de prisão preventiva, quando apropriado, e promovam maior acesso à justiça e aos mecanismos legais de defesa. (CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO AO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL, 2010).

ao processo de ressocialização das pessoas encarceradas. Na mesma medida que deve o Estado se estruturar para evitar o cometimento de crimes, com instituições fortes, Polícias treinadas, Judiciário adequado e modernizado, também deve ter o mesmo foco naqueles que estão sob sua custódia, já encarcerados.

Isso exige não somente pensar o tratamento humanizado e ressocializador dentro da unidade prisional, mas a prevenção no sentido mais amplo, isto é, nos diversos fatores que levaram ao crime e também se é ou não adequado o cumprimento de determinada pena, nos mesmos padrões tradicionalmente utilizados pelo Estado.

Ainda, é de se pensar, no sentido de se refletir a própria política penal e prisional, necessariamente, acrescentando elementos que são condicionantes, mas que ainda não ocupam o espaço necessário para definir melhor modelo ou implementar políticas mais eficientes em termos de prevenção do crime, mas também de ressocialização das pessoas encarceradas.

Evidentemente, os congressos acima mencionados, em grande medida, têm impactado as políticas de justiça criminal nos Estados, modificando ou incrementando seus procedimentos e práticas. Notadamente em função dos problemas contemporâneos, o crime traz muita relação com a globalização e todo desdobramento decorrente deste fenômeno multifacetado. Isto é, a globalização gera resultados esperados e também não desejados, variando conforme a forma e propósitos quando da apropriação pelas forças atuantes no processo.

Antes de uma discussão mais detida sobre o conteúdo da Resolução 45/110 (Regras de Tóquio), e também de uma avaliação sobre sua implementação, convém uma análise anterior, pouco verificada quando da implantação de políticas públicas pelos Estados, que consiste em um estudo sobre o tempo social, isto é, análise da realidade e de todo o contexto que atua sobre o objeto da política pública proposta. Acreditamos que um retrato mais objetivo dos fatos sociais permite a proposição de políticas mais alinhadas, permitindo mais eficiência e eficácia na sua consecução.

No que diz respeito às questões de violência e criminalidade, uma avaliação mais superficial já permite antecipar que se trata de fenômenos multifatoriais, ou seja, que as respostas precisam dar conta de toda a complexidade e cobrir, senão tudo, o máximo de variáveis intervenientes. Isto exige, portanto, que o processo de construção de uma política pública, de uma ação (resposta) dos Estados seja, antes de tudo, identificada em suas causas, fatores de risco e consequências, inclusive para permitir a implementação permanente.

Esta breve reconstituição histórica de ações no seio das Nações Unidas quanto às

medidas para pautar o tema pretendeu confirmar a relevância do objeto e o processo histórico até chegar a materialização de um instrumento internacional.

Não somente pelo estabelecimento de congressos internacionais periódicos, mas por toda relevância e preocupação com o tema prisão podemos afirmar que desde o início da década de 1950 as Nações Unidas tem pautado a questão e investido em medidas para implementar práticas conjuntas e articuladas internacionalmente.

Mas, como não há um sistema carcerário internacional, cremos que as orientações nasceram mesmo para serem incorporadas pelos Estados internamente, em especial pela preocupação marcante com o ser humano, a despeito das guerras e outros conflitos violentos que a humanidade testemunhava.

Pautados em princípios gerais de proteção, humanização e pela construção de uma ética jurídica e penitenciária, pela natureza e atribuições, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC, sigla em inglês), recebeu tarefa do Secretário Geral das Nações Unidas, na ocasião o peruano Javier Pérez de Cuéllar, o primeiro Secretário Geral pela América Latina, para que fosse elaborado um documento que teria como objetivo incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados.

Os estudos começaram em 1986, no Japão, pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, por isso conhecida como Regras de Tóquio, e na 68.^a sessão plenária em 14 de Dezembro de 1990, realizada em Havana (Cuba) foram aprovadas e adotadas em Assembleia Geral da ONU.

Com esta investida, a ONU sinaliza de modo diferente quanto á compreensão da prisão e da pena na medida em que tais Regras oferecem alternativas desde a concepção principiológica, passando pelas etapas processuais, antes, durante e depois da sentença, dos regimes de execução das penas, do pessoal que atua junto aos apenados no estabelecimento prisional. Ainda, traçam diretrizes e define estratégias da participação da comunidade no cumprimento da pena e, principalmente, projeta mecanismos de formulação, implantação e implementação de políticas, programas e ações, inclusive com apelo à cooperação internacional para alcançar os objetivos propostos pelas Regras.

Desde já, é possível constatar que não se tratam de regras exclusivas para os agentes estatais quanto ao tratamento dos encarcerados, mas a toda sistemática que implica o cumprimento de uma pena. O sistema criminal, por seus órgãos judiciais e executivos, a atuação efetiva da comunidade, sobretudo na contribuição para ressocialização dos presos e também a sociedade internacional como um todo através da supervisão e acompanhamento do

cumprimento de tais regras verificadas nos congressos periódicos, nos relatórios, e pelos mecanismos de fiscalização e controle como os comitês, no caso deste estudo, o Comitê para Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência, ao qual cabe o monitoramento, supervisão e fiscalização, também do cumprimento das Regras de Tóquio.

Convém destacar que as Regras de Tóquio, oriundas por deliberação da Assembleia Geral das Nações Unidas, a despeito de efeitos que visavam produzir, tinham precipuamente a finalidade de fomentar na coletividade a participação no sistema de justiça criminal, agregando a comunidade, vítima, infrator e órgãos estatais, buscando alternativas ao tradicional processo formal, em grande medida, incentivando a incorporação de preceitos principiológicos como o princípio da intervenção mínima e da dignidade do ser humano.

Para salientar a inovação que as Regras de Tóquio também se constituem um incremento na qualidade da resposta dada pela sociedade ao delito, Damásio de Jesus (1998) destaca que embora a principal ferramenta utilizada como sanção ao cometimento de crimes seja as penas privativas de liberdade, as Regras representam a inversão desta concepção. Inclusive, outros sistemas jurídicos e culturas fazem uso de outros instrumentos que não a privação de liberdade. Neste sentido, se busca reconsiderar o próprio lugar da pena de privação da liberdade no contexto social atual, fazendo crer que esta deveria ser a última medida a ser adotada e não a primeira como ocorre de modo mais sistemático atualmente.

Outro aspecto abordado por Jesus (1998) diz respeito a análise aparentemente contradição conceitual que a expressão medidas não privativas de liberdade pode caracterizar em referência à prisão. Pode fazer entender que a privação de liberdade é a sanção mais qualificada e que as medidas ou “alternativas” são menos qualificadas ou de menor potencial ou acessórias ou secundárias. Ressalva o autor citado que, “ao contrário, a evolução da opinião mundial com referência aos problemas relacionados às penas de prisão tem criado um crescente interesse em encontrar meios eficientes para ajudar os delinquentes dentro da comunidade, sem recorrer à prisão.” (JESUS, 1998, p. 21)

Ponderamos ainda que há um debate já instituído sobre a autonomia de uma das espécies de alternativas ao cárcere, as penas alternativas, posto que a apropriação feita por muitos Estados, inclusive o Brasil, para o emprego das mesmas se dá com crimes definidos como de menor potencial ofensivo, punidos com quantitativo de pena predeterminado, fazendo soar contrário à concepção propagada pelas Regras de Tóquio que a nosso ver concentra suas recomendações para o tratamento do delinquente, e não para a pena em si mesma ou para caracterizar sua aplicação como uma regalia.

Isto quer dizer que ainda permanece a visão da penalização, e da pena como símbolo

de punição e não de tratamento da questão do crime. Talvez, uma pena restritiva de direitos pode trazer mais resultados efetivos para a ressocialização do preso que a pena privativa de liberdade, mas em função do formalismo e da predefinição dos casos em que se pode ser aplicada, tal pessoa não faz *jus* ao benefício de se aplicar pena ou medida alternativa.

Nesta direção, o fato de serem compreendidas como alternativas à privação de liberdade, contraditoriamente, a coloca como acessória ou como um benefício processual para cumprimento de pena, e não lhe trata com a natureza integral de uma pena, modalidade de sanção autônoma e principal.⁴²

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil Weigert (2012) analisando a pena de prisão reitera que a privação de liberdade reflete a lógica carcerocêntrica que domina o sistema brasileiro de base romano-germânica, deixando expresso que, na verdade, as penas alternativas não são de fato alternativas, mas sim substitutivas à pena privativa de liberdade. Acrescentamos que, nesta análise, continuam sendo acessórias, ou como quiserem autônomas, mas substitutivas, logo, não são espécies equivalentes, mas derivadas e vinculadas à pena privativa de liberdade.⁴³

Também, nos chama a atenção a expressão tratamento. Quando se tem como finalidade da pena a ressocialização do preso para que se reintegre à sociedade, traz nisso a impressão de que se trata de uma patologia a ser tratada. Nesse caso, faz sentido compreender que será preciso fazer uso de todos os “remédios” para que retorne ao convívio social. Se se emplaca a idéia de tratamento, cada paciente pode exigir uma medicação diferente, no caso, cada preso pode exigir uma medida diferenciada para cuidar e se curar do que o levou ao cometimento de crime. Pode então, hipoteticamente, que não se adeque o tratamento com aplicação do remédio da privação da liberdade, independente do enquadramento penal e da exigência de determinado regime de cumprimento de pena. Mais um argumento para que as penas fossem de fato autônomas e principais.

Sem embargo, embora não nos pareça tão representativo o termo tratamento, com

⁴² Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil Weigert (2012) exploram a questão autônoma das penas, enfatizando a previsão constitucional de que as penas privativas de liberdade é excepcional, *ultima ratio*. Acrescenta que a própria Constituição Federal lista outras formas de sanção, como as penas restritivas de direitos. E conclui “Mas, para além da previsão das formas alternativas de penas, o preceito constitucional é aberto (“dentre outras”), possibilitando que o legislador ordinário crie novas formas de resposta penal ao delito. Nesse sentido, a inovação no campo das drogas: o artigo 28 da Lei n. 11.343/06, rompendo com a lógica carcerocêntrica predominante na política criminal brasileira, estabelece como penas autônomas (a) advertência sobre os efeitos das drogas; (b) prestação de serviços à comunidade; e (c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” (CARVALHO; WEIGERT, 2012). As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 64, jul. 2012.

⁴³ Ver também (CARVALHO, 2010; COYLE, 1999).

certa visão de inabilitado, ou anormal, ou incapacitado, asseveramos que mais grave é o fato de que a apropriação das Regras de Tóquio, por tudo que discutimos acima, no Brasil, se apresenta ainda insuficiente e inadequada quanto ao proposto, tendo em vista que ainda pode avançar com medidas de implementação e requalificação das alternativas para que alcancem o pressuposto de autonomia e singularidade como penas, podendo ser aplicadas em qualquer caso que se apresente como adequada, independente da tipificação penal indicada na legislação.

Acreditamos que a perspectiva apontada pelas Regras de Tóquio, embora considere o respeito ao contexto político, econômico, histórico, social e cultural e as tradições de cada país induz a sua aplicação em qualquer esfera: nacional, regional e inter-regional. Extrai-se disso, que inovam as Regras quando pede aos Estados que incorpore em suas políticas e práticas alinhando com a realidade.

A realidade brasileira demonstra um gradual aumento de população carcerária, acima da média do próprio crescimento populacional do país e, no caso das penas alternativas, estas estão empregadas em número superior ao quantitativo de pessoas cumprindo pena privativa de liberdade. Ou seja, continua a corrida penalizadora, com aumento do número de pessoas presas, com escala maior de penalizados com as penas alternativas, mas, por outro lado, não se verifica a correlação de ressocialização ou reintegração com o tratamento ministrado. Fosse assim, se cometeriam menos crimes, haveria menos prisões, não haveria alto índice de reincidência. Como discutimos anteriormente e com as informações do IBGE e do DEPEN às quais já mencionamos, são muito tímidas as investidas no sistema carcerário brasileiro e, as medidas utilizadas com algum mecanismo novo objetiva sempre a cumprimento da pena de prisão e, assim, não se propõe a discutir a pena, ou a concepção de pena vigente.

Em sua estrutura, apresenta-se literalmente através do instrumento Resolução (Resolução 45/110), tendo respaldo legal nos termos do artigo 10 da Carta das Nações Unidas (1945) que atribui à Assembleia Geral a prerrogativa de discutir e recomendar sobre quaisquer assuntos que estejam nas finalidades da Carta. Ainda, nos termos do artigo 13 da mesma Carta, também cabe à Assembleia, realizar estudos e promover o desenvolvimento do Direito Internacional, especialmente a cooperação econômica, social, cultural, educacional e sanitária e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos. (BRASIL, 1945)

Mas, no texto em que se apresenta o conteúdo específico, traz as expressões “convida”, “solicita”, “recomenda”, fazendo crer, por uma leitura rasa, que se trata de uma recomendação, caso insista em estabelecer previamente, se sua origem de formulação defina a

sua obrigatoriedade ou não.

Obviamente, como construímos no desenvolvimento deste trabalho, não é tal nomenclatura ou qualquer outro elemento extrínseco que definirá a obrigatoriedade ou não desta resolução. Principalmente, não se antecipa ou se condiciona resultados por uma terminologia empregada, mas pela apropriação feita e todo processamento de *follow-up* dado a determinado texto pelos destinatários da norma.

De todo modo, isso confirma a complexidade pela variedade de nomenclaturas utilizadas pelas Nações Unidas, inclusive variando entre os seus órgãos e organismos subordinados ou vinculados. Embora não se constitua uma limitação, cabe o registro.

Como pactuamos também por uma interpretação sistemática e contextualizada, a parte preambular constante na apresentação feita no texto da resolução também se constitui importante elemento, na medida em que apresenta o referencial normativo no qual se baseia a elaboração das Regras, exemplificando, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais (Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), incluindo outros instrumentos relacionados aos direitos humanos. Por isso, já denota um caráter protetivo pela condição humana e também ilustra a sua origem e a dimensão relacional dos direitos humanos, já que vem endossada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Também, neste mesmo preâmbulo, vem demonstrado todo processo histórico que resultou na edição destas regras. Isso ilustra o engajamento político e institucional das Nações Unidas em pautar estes temas relacionados à pena e prisão, sobretudo pela continuidade e persistência em se fixar uma agenda internacional, como se deu com os congressos, *workshops*, sessões da Assembleia Geral, e alinhamento das entidades do Conselho Econômico e Social. Como dito, um fator que garante à norma sua vinculação passa também pela consistência que vai adquirindo, não somente com a leitura e interpretação feita de seus dispositivos, mas também pelo aprimoramento e força normativa de sua aplicação quando vem atrelada a outros instrumentos que regulam objetos similares.

No caso, por ocasião do 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, no qual foram aprovadas estas Regras, também, foram aprovadas outras Regras, Princípios Básicos e Diretrizes sobre temas e instituições importantes que envolvem o sistema criminal, com temas da delinquência juvenil, Advogados, Ministério Público. Isso demonstra uma coerência tendo em vista que em todos os congressos promovidos os temas eram pautados com maior desenvolvimento a partir de abordagens mais precisas, incremento legislativo para obtenção de força executória,

estabelecimento de planos de ação, dentre outros mecanismos de implementação e melhoria. Além de manter os temas em pauta, agregava volume e intensidade teórica, doutrinária e também fazendo refletir no sistema judiciário.

Vimos que o texto preambular remete às outras deliberações de congressos anteriores, com apresentação de resultados acertados anteriormente, especialmente, remete às outras Resoluções aprovadas que foram sendo incrementadas gradualmente.

Ainda, evidencia certa consciência coletiva e institucional quanto à importância do tema e exigência de seu tratamento pela sociedade internacional, o que denota um compromisso a ser assumido por todos os Estados, garantindo através destes espaços e instrumentos coletivos, a cooperação para o alcance dos objetivos.⁴⁴

E, ainda faz exortações convidando, recomendando, ou solicitando aos Estados que implementem as medidas contidas no texto das regras. Sem prejuízo do que já falamos sobre a não determinação de normatividade prévia ou a partir da terminologia, o fato de exortar os Estados não diz respeito a firmar normatividade, posto que acreditamos que a vinculação às regras não se dá pelo instrumento formal (natureza jurídica de sua criação), e não garante a sua eficácia ou aplicação.

O sentido da exortação feita já tinha como pressuposto formal a própria adesão à Carta da ONU que é convenção que reuniu os Estados e que seguiu os padrões regulares da constituição do tratado-constitutivo da mesma. Não caberia, assim, um tratado para cada resolução que fosse adotada pelas Nações Unidas.

Ainda mais importante é que a exortação aos Estados se dá em bases de construção de convencimento e da formação de consensos a partir das convicções pactuadas por todos os Estados, a partir da leitura da realidade e da consciência coletiva. Ou seja, a questão carcerária diz respeito a cada um e a todos (*omnium*) os Estados que vêm se reunindo e desenvolvendo esta gramática de ação coletiva institucional, desde 1950. Isso faz crer que há consistência de

⁴⁴ O preâmbulo da Resolução 45/110 traz, dentre outros, os seguintes referenciais que apontam uma leitura feita da necessidade de se instituírem tais regras:

[...]

Consciente da necessidade de elaborar abordagens e estratégias locais, nacionais, regionais e internacionais no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto, assim como da necessidade de elaborar regras mínimas, como está sublinhado na secção do relatório do Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência sobre a sua quarta sessão, relativa aos meios mais eficazes de prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos delinquentes,

Convicta de que as penas substitutivas da prisão podem constituir um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da colectividade, tanto no interesse do delinquente quanto no da sociedade,

Consciente do facto de que as penas restritivas de liberdade só são justificáveis do ponto de vista da segurança pública, da prevenção do crime, da necessidade de uma sanção justa e da dissuasão e que o objectivo último da justiça penal é a reinserção social do delinquente.

[...]

conteúdos e envolvimento dos Estados. Leva aos preceitos de solidariedade e cooperação em agendas comuns e temas sensíveis como se configura o sistema de justiça criminal e a questão da pena e prisão.

Soma-se a isso, o fato de se utilizar um espaço institucional amplo e democrático que atua tanto na valorização de cada Estado que participa e se reconhece no processo, como também garante eficiência às deliberações originadas nos espaços institucionais (produção de norma institucional), seguindo a tendência atual do Direito Internacional.

A seguir, vem o anexo que dispõe o conteúdo das regras com todos os dispositivos enumerados em oito (8) seções, constituindo vinte e três (23) artigos e oitenta e dois (82) incisos ou tópicos.

Na primeira Seção são apresentados os princípios orientadores sobre os quais se estabelecem as Regras de Tóquio. Além do dispositivo geral que enfatiza, e inverte o lugar da a pena de privação de liberdade, já que esta passa a ser exceção ou *ultima ratio* na penalização. Como chamado à coletividade para que se envolva no processo de justiça criminal, entendendo isso como medida para também sensibilizar as pessoas livres, próximas ou não dos encarcerados, a também participar da execução das penas. Busca-se, com isso, não só aproximar envolvidos, como infrator, vítima, famílias, órgãos e instituições do sistema prisional, como também, se lançam as bases para implementação das próprias alternativas e medidas penais, já que seria preciso ter espaços socializadores para a realização de penas de prestação de serviços comunitários, entidades públicas para receber penas pecuniárias e também outros espaços de natureza preventiva, como a implantação, nas comunidades, dos Juizados de Conciliação, ou Centro de Mediação de Conflitos, dentre outras políticas.

Constatamos ainda que se busca socializar a responsabilidade pela questão penal e prisional entre o Estado e a sociedade civil de forma ampla, de modo a induzir que todos se apropriem do problema e busquem alternativas preventivas, na medida de sua atribuição, capacidade e competência, o que chamamos de co-responsabilização.

Por fim, em termos de premissas fundamentais das Regras de Tóquio, exorta que todos os Estados reduzam o uso da pena privativa de liberdade, com a racionalização das políticas de justiça penal. É dizer que a redução das penas de prisão passa por ações que vão desde a estrutura social, econômica, histórica, cultural e antropológica da sociedade, como também pelas instituições que conformam o sistema de justiça criminal. Este, especialmente tornando tal sistema mais eficiente e efetivo com redução de excessos formalistas, agilização de ações, incorporação de tecnologias para maior efetividade, descentralização e maior cobertura espacial, dentre outras medidas decorrentes. Sobre a sociedade, de modo geral, tem a ver com

uma mudança gradativa que incorpore uma concepção menos penalista e penitenciária, e que envolva todos os segmentos e setores sociais para que, de fato, a privação de liberdade seja excepcional, posto que outros recursos surtirão efeitos mais positivos e que outras alternativas se mostrem viáveis e efetivas.

Após apresentação das diretrizes principiológicas que orientam a compreensão e aplicação das Regras, vem um item definido como “campo de aplicação das medidas não privativas de liberdade”, que apresenta um conceito para generalizar a condição da pessoa encarcerada, em quaisquer fases processuais. Trata-se de regras que ampliam os espaços de aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade para além do sistema judiciário. É dizer que não se trata, como no Direito Brasileiro, de assunto relativo à execução da pena e dentro dos limites previstos em lei. Inclui as medidas não privativas de liberdade que podem ser aplicadas em substituição a um procedimento ou na fase anterior ao julgamento, de forma a se evitar desde as prisões processuais, no decorrer da fase investigativa até a prisão definitiva, com o julgamento findo.

Reafirma os princípios de intervenção mínima e de presunção de inocência para orientar a utilização de mecanismos mais simples e menos formais e solenes para o tratamento em caso de delitos, além de reiterar dispositivos legais que se exaltam a consideração, em um processo de aplicação de pena, de todas as possibilidades de ressocialização a partir de um exame cuidadoso das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, sem quaisquer elementos discriminatórios para fins de aplicação de uma alternativa. Isso evita critérios pessoais que possam evidenciar personalismos e facilidades que não se alinhem com a legalidade.

Em seguida, relaciona uma série de garantias jurídicas que, em certa medida, se coadunam com princípios gerais prescritos em textos internacionais e que também se reproduziram em várias constituições nacionais e leis internas decorrentes. Por exemplo, nestas regras devem ser observados os Princípios da legalidade, proporcionalidade da pena aplicada, individualização e pessoalidade, garantia de prestação jurisdicional adequada, confidencialidade, ampla defesa e outros dispositivos legais e constitucionais. Além destes, reafirma, a todo o momento, a dignidade humana.

No texto das Regras de Tóquio também vem firmado o princípio do não retrocesso das garantias e conquistas legais da pessoa encarcerada e, mais detidamente, fixa a contextualização material dos direitos e das medidas processuais tendo em vista a previsão da cláusula de garantia, uma medida interpretativa e integrativa das regras mínimas alinhadas com outros textos legais relativos ao tema. Remete, por exemplo, aos demais textos de

convenções internacionais vigentes, costumes sistematizados, além de outras resultantes de conferências, congressos, estudos e pesquisas aplicadas ao objeto cárcere, o que configura na cláusula de proteção. (JESUS, 1998, p. 51-52)

A segunda seção remete às considerações gerais e ao campo de aplicação das Regras, especificamente, fixando alguns parâmetros para o caso de aplicação de pena de prisão antes do julgamento. Traça algumas linhas para a atuação das Polícias e outros órgãos na fase investigativa, e também reafirma a concepção de prisão, mesmo que por quaisquer espécies do gênero das prisões processuais, com destaque para uso excepcional da prisão preventiva.

Em seção posterior, orienta que os aplicadores da lei, para maior adequação da pena a ser aplicada, tenha a possibilidade de reunir outros elementos, no caso relatórios de inquéritos sociais, que conteriam informações além daquelas levantadas na peça instrutória, podendo trazer indicativos e recomendações para o caso concreto, na fase do processo e sentença.

Especificamente no item 8 do artigo III, direcionando a autoridade judiciária para considerar, na aplicação da pena, a medida justa, adequada e eficiente na direção da ressocialização do encarcerado. Para tanto, lista uma série de possibilidade, com rol aberto e combinado de medidas alternativas a serem utilizadas na atividade jurisdicional.⁴⁵

Convém registrar que no Brasil, desde as previsões da Lei de Execução Penal- Lei nº 7.210/1984 (BRASIL, 1984), que trouxe alguns institutos como suspensão condicional da pena e livramento condicional, algumas destas medidas sugeridas tem sido incorporadas, quando adequadas a legislação interna. Outras, como a Lei nº 9.714/1998 (BRASIL, 1998), que trouxe as penas alternativas, ou como já dissemos, as penas restritivas de direitos e que garantiram a institucionalização das mesmas, inclusive com repercussão no processo legislativo estadual e com a criação de órgãos e estruturas no Poder Executivo para melhor

⁴⁵Na sua decisão, a autoridade judiciária, considerando a necessidade de reinserção do delinquente, a proteção da sociedade e do interesse da vítima, além de poder consultar diretamente o delinquente, se oportuno, tem a sua disposição algumas medidas.

[...]

8.2. As autoridades competentes podem tomar as seguintes medidas:

- a) Sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a advertência;
- b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal;
- c) Penas privativas de direitos;
- d) Penas económicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa;
- e) Perda ou apreensão;
- f) Restituição à vítima ou indenização desta;
- g) Condenação suspensa ou suspensão da pena;
- h) Regime de prova e vigilância judiciária;
- i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- j) Afetação a um estabelecimento aberto;
- k) Residência fixa;
- l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto;
- m) Uma combinação destas medidas. (JESUS, 1998, p. 51-52)

adequação no cumprimento dos dispositivos desta lei.

Lembramos também dos Juizados Especiais criados pela Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995) e Lei nº 10.259/2001 (BRASIL, 2001), respectivamente, no âmbito da Justiça Estadual e Federal, relacionadas às áreas cível e criminal. Os Juizados atenderam em várias frentes prescritas pelas Regras de Tóquio, como a prestação jurisdicional mais célere, sem excessos formalísticos, em procedimentos mais eficientes quanto ao custo e resolutividade.

Apenas, ressalvamos algumas pontuações anteriores quanto à limitação que alguns instrumentos enfrentam por não serem incorporados na potencialidade prescrita pelas Regras de Tóquio. No caso dos Juizados, os critérios de admissão de demandas a estes órgãos são seletivos pelo valor econômico ou pelo potencial ofensivo (menos grave), conforme definição na legislação.

Como na seção anterior foram listadas as medidas não privativas sugeridas no curso do processo, antes da sentença, na quarta seção, após a sentença, o aplicador da lei também tem possibilidades específicas para aplicação da pena, notadamente para reduzir a duração das mesmas. Dentre outras são relacionadas: autorizações de saída e colocação em estabelecimento de reinserção; Libertação para fins de trabalho ou educação; Libertação condicional; Remissão da pena; Indulto.

Grande parte destes instrumentos sugeridos foram incorporados na legislação relativa à execução penal no Brasil. Neste caso, são mais ferramentas que servem para avaliar o alcance ou não de ressocialização pretendida, inclusive valorizando o mérito da pessoa encarcerada que tem possibilidade de por à prova a eficácia ou não da pena de prisão. Contudo, alguns destes instrumentos, no Brasil, em certa medida, têm produzido efeitos positivos e ressocializadores como a remição da pena pelo estudo e trabalho, embora a escala não alcance todos os encarcerados em condições de obtê-la. Mas, convém o registro que a tradução exata do texto utilizado pelas Regras de Tóquio traz *remission*, que seria remissão e, no sentido processual que temos, seria perdão da pena. Admitindo que não haja correspondência no âmbito de outros Estados na esfera internacional e que perdão da pena seja o item 5 ou e do artigo 9, que para nós resulta o entedimento de indulto.

De todo modo, o instrumento perdão da pena não é instrumento de regular uso pela legislação brasileira, que ainda persegue uma dimensão punitiva e de penalização, embora reafirme a todo tempo, a perspectiva de ressocialização.

A quinta seção das Regras de Tóquio dispõe sobre a execução das medidas não privativas de liberdade. Vejamos que antes traz sobre a pena e a aplicação desta. Agora, diz respeito às medidas alternativas à pena de prisão, sua duração e condições exigidas.

Importante neste aspecto é que se estabelece o regime de vigilância para supervisionar o encarcerado, inclusive com apoio psicológico, social, jurídico, de modo a garantir o êxito na ressocialização e reintegração. No Brasil se tem medidas de vigilância para institutos como suspensão condicional da pena (*sursis*), livramento condicional, e em outras espécies de penas restritivas de direitos. Atualmente, no Brasil, vigoram as leis 12.258/2010 (BRASIL, 2010) e 12.403/2011 (BRASIL, 2011) sobre monitoramento eletrônico dos presos que traduz a ideia de liberdade vigiada, o que se alinha como uma estratégia para execução da pena. Em que pesem as críticas sobre estigmatização pela exposição física do preso e a fragilidade do instrumento que pode ser destruído, se mostra uma decorrência dos indicativos das Regras que foi incorporada pelo Brasil.

A sexta seção relaciona o sucesso das medidas alternativas à privação de liberdade com a capacidade dos aplicadores da lei, especificamente, do pessoal que deve primar pela qualidade no tratamento das pessoas encarceradas a fim de que possam se reintegrar à sociedade. Evidentemente, para tanto, exige-se seleção adequada com definição de perfil que atenda aos critérios necessários para se desenvolver ações com o público encarcerado. Há que se verificar nesse caso, que o público atendido apresenta uma pluralidade de características (origem, classe social, ideologia, orientação sexual, cor, etnia) que, dada a individualização da pena e o tratamento na condição de cada caso específico, os profissionais precisam desenvolver habilidades, buscar aptidões e se qualificar permanentemente para exercer a custódia adequada.

A melhor qualificação desse público leva em conta as possibilidades de intercâmbios entre os Estados para troca de experiências e tecnologias a fim de aprimorar instrumentos e mecanismos positivos à ressocialização do encarcerado.

Como já citamos acima, a participação da comunidade e o envolvimento com a questão carcerária é fundamental ao processo de ressocialização e reintegração do encarcerado à sociedade. Incorporando estas premissas, as Regras de Tóquio, em sua sétima seção detalha melhor algumas estratégias para o tratamento dos encarcerados, posto que a convivência com família e comunidade permite o resgate de laços e o estabelecimento de canais de interlocução com pessoas e instituições.

A participação da coletividade neste processo inclui ainda a atividade voluntária com assistência social, jurídica, religiosa, com a parceria de organizações não governamentais e iniciativa privada (empresas). Os Juizados de Conciliação implementados no Brasil ilustram a cooperação das instituições e órgãos públicos com a sociedade civil.

Também, as universidades participam na medida em que desenvolvem grupos de

estudos e pesquisas, projetos de extensão e outras parcerias para contribuir com a questão, realizando seminários, conferências, e outros espaços de debate sobre o tema.

Os veículos de comunicação também são fundamentais já que podem atingir a população, sensibilizando a todos para correta compreensão do tratamento aos encarcerados, acabando com estigmas e preconceitos, além de apoiar e participar diretamente de ações e programas voltados para a ressocialização dos encarcerados.

Por fim, demonstrando não se ocupar apenas com o cumprimento da pena de prisão, relegando papel mínimo ou sem importância aos outros fatores que atuam na pena, as Regras de Tóquio enfatizam a importância de politizar a questão carcerária, sobretudo como gerador de conhecimento e informações que possam ser úteis na formulação de políticas públicas adequadas. A pesquisa, planejamento, execução, avaliação e implementação de políticas, projetos e ações relativas às pessoas encarceradas, constituem o mote da oitava seção das Regras de Tóquio. Além da própria organicidade dada pelos órgãos e organismos da ONU que estruturaram Institutos, Conselhos e Comitês para se ocuparem sobre determinado tema, há a complementaridade com a descentralização e criação de entidades com a mesma função nos espaços regionais, o que garante maior proximidade e atuação mais adequada com peculiaridades de cada região.

O planejamento de ações passa por uma atuação adequada que envolva todos os importantes setores (públicos e privados) colaborando com pesquisas e projetos sobre medidas não privativas de liberdade, criação e patrocínio de programas e projetos, e toda ação que resulte em investigação e melhoria para o tratamento dos presos.

Como explorado anteriormente sobre a importância da supervisão, avaliação e acompanhamento dos instrumentos jurídicos para o melhor aproveitamento em termos de sua incorporação e cumprimento pelos Estados, o mesmo raciocínio se aplica para as Regras de Tóquio que fomentam a ação integrada e colaborativa entre todos os envolvidos para incremento das medidas não privativas de liberdade, pela observância de seus preceitos, incorporação de seus instrumentos e mecanismos, além de seu desenvolvimento com abertura de espaços de participação junto à sociedade como um todo.

4 CONCLUSÃO

Começamos este trabalho destacando a complexidade da vida em sociedade internacional, sua diversidade de atores, influências, instituições e outros fatores que dinamizam seu contexto e também situamos o Direito Internacional com todas as suas possibilidades, limites e vastidão de temas, neste cenário, também exigido para responder às questões postas pela realidade internacional.

Terminamos esta análise com algumas respostas e perspectivas bem alinhadas, sobretudo pelo que propomos desenvolver neste trabalho. Quando se analisa, dentre os temas, as fontes do Direito Internacional, mais complexo se torna o estudo, pois fontes de Direito conectam muitas áreas e disciplinas diferentes, o que permite campos analíticos diversos e exige um cuidado metodológico especial.

Começamos por uma investigação mais ampla, a partir da sociedade internacional como uma arena em vários atores desenvolvem atividades e apresentam as mais diversas demandas. Por cuidar das conexões jurídicas e por isso representar um poder fundamental, o Direito Internacional tem sido disciplina de convergência de mais díspares demandas e exigências.

Antes sob o domínio dos Estados em particular, atualmente se vê um movimento de incremento das atividades e poderes de outros atores, como as organizações interestatais, indivíduos e organizações não governamentais. Agora, já ocupando espaço definido e intensificando seus poderes, os novos sujeitos se agregam aos Estados e a dinâmica social leva às relações de dimensões políticas, econômicas, históricas, culturais, sociais e jurídicas.

A pluralidade de atores e demandas mostra que a heterogeneidade é uma resultante e um reflexo da vida em sociedade. O que se desdobra disso é que se abre espaço para interlocução e debates que, em certa medida, equacionam hegemonias históricas, como o papel dos Estados na produção de normas para criação de obrigações e direitos.

Este lugar especial do Estado na sociedade internacional não acabou, mas se transformou. O equacionamento de poder diz respeito, inclusive, ao poder de criar normas internacionais, o que deixa de ser exclusividade dos Estados e se inserem as organizações internacionais. Não somente se altera a primazia dos Estados como a própria forma de produção de normas, o que entendemos como um câmbio operado de passagem da norma estatal para a norma institucional.

A ONU, pela representação e atuação desde sua criação em 1945 tem grande mérito em ampliar campos de atuação e, em grande medida, pautar temas e problemas comuns a

muitos Estados. Pela ampla participação dos Estados e outras instituições e entidades das mais variadas matrizes políticas, ideológicas, religiosas, econômicas, étnicas e, geograficamente representantes de todos os territórios do mundo, se constitui como espaço privilegiado para leitura da realidade. Também, pela composição de órgãos que atuam nas mais diversas áreas e temáticas têm se garantido muita credibilidade na definição dos rumos da sociedade internacional, em que pesem os limites e equívocos constatados na sua atuação.

Assim, a ONU se coloca com papel fundamental na sociedade internacional, especialmente, se institui como principal responsável pela ajuda mútua entre os Estados, atuando na construção de alianças para a segurança de cada Estado, atendendo aos propósitos de sua criação. De modo mais prático, as Nações Unidas instituem diretrizes através de seus instrumentos normativos variados (fontes), dos quais se originam as resoluções, medidas, princípios e regras internacionais. Estas orientações internacionais se encontram em perfeita evolução, atendendo às demandas dos países, em seus problemas mais evidentes e articulados com outros países de modo mais uniforme e efetivo. É, portanto, além de um desafio do Direito Internacional, também um importante instrumento de produção de políticas públicas.

Como sabemos, o Direito Internacional se insere em uma ordem jurídica e normativa e, nesse contexto, as questões apresentadas, em grande medida, se relacionam com os processos legislativos e normativos, sobretudo devido aos compromissos e exigências aos Estados. Neste aspecto, relacionamos neste estudo a teoria das fontes que é um tema sensível nas relações de poder que envolvem os atores internacionais e, instrumento pelo qual também se materializam a consecução ou não de interesses.

A definição do que é lei, ou do quanto é lei pautou nossa exploração sobre a instituição do processo de legalização que tem na definição do que é lei que vincula e lei que não vincula, instrumentos para converterem seu poder e alcançar seus objetivos. Abordamos a teoria clássica das fontes para marcar que as novas exigências da sociedade internacional não são mais atendidas na perspectiva tradicional de limitações e rigores formais incabidos.

Novas fontes se operam, inevitavelmente, e outros elementos se colocam para direcionar a ação dos Estados. A necessária cooperação e solidariedade, os princípios e valores éticos, se colocam como critérios fundamentais a serem observados diante da análise de elementos materiais e formais que conduzem o debate das fontes.

Após demonstração de variedade de fatores intervenientes na elaboração de normas internacionais, passamos a uma análise mais qualitativa, quando concluímos que a qualidade de uma norma não é predefinida pela forma que ela surge na sociedade internacional. A performance da norma está atrelada a uma série de conectores que vão da segurança jurídica,

sim, mesmo que sem formalismos excessivos, mas a relevância do conteúdo que traz, o contexto no qual se insere e, especialmente, a apropriação feita pelos Estados, inclusive internamente.

Definimos investigar a partir de um estudo de caso de uma norma tida como flexível, não obrigatória, ou pouco obrigatória (*soft law*). Avaliamos todo o processo que envolveu a edição da Resolução 45/110 que veiculou à sociedade internacional as Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, chamadas Regras de Tóquio. Isto nos permitiu checar nossas premissas sobre a eficácia de uma norma e, em especial, se os Estados se obrigam a uma norma pelo seu rigor legislativo, por sua origem (espaço institucional), ou por uma composição de fatores mais amplos. Ainda, se o cumprimento e implementação de uma norma, originada nos processos legislativos formais, garante maior efetividade por ser a norma dita obrigatória.

O estudo crítico das Regras de Tóquio apontou que a origem da norma por si só não garante vinculação. Mesmo vinculatória, a norma obrigatória pode não alcançar os resultados esperados por motivos que fogem aos aspectos legais. Por outro lado, verificamos que normas não confeccionadas nos moldes tradicionais de produção legal alcançam maior execução, mesmo não sendo obrigatórias, vinculando os Estados pelo processo de incorporação.

Inclusive, apresentamos alguns instrumentos e mecanismos que reforçam, gradualmente, facilitando a inserção das normas e seu conteúdo, a partir do consenso construído nos espaços coletivos e, de modo mais prático, do gradual incremento com novos instrumentos legislativos, pela conexão com outros temas afins, pelos mecanismos de supervisão e implementação que dão maior desempenho aos instrumentos *soft* originários, enfim, até mesmo resultando em um instrumento formal, como uma convenção internacional.

Portanto, o estudo nos permitiu muito. De uma ponta, uma revisão teórica sobre a teoria das fontes de direito que nos atualiza demonstrando os desdobramentos das novas funções do Direito Internacional e as respostas dadas por este. De outra, com o estudo das Regras de Tóquio, os temas relativos à violência, crime, pena e prisão, cada vez mais se intensificam e se avolumam no debate pela sociedade internacional, também próximos e desafiadores aos vários países, inclusive ao Brasil que apresenta situações críticas e sempre observadas, para não dizer, questionadas pelos demais países e órgãos internacionais.

Não se mostra um novo e especializado nicho de atuação, como um Direito Penitenciário, mas mostra que há maior possibilidade se houver uma conexão de temas a serem, em conjunto, tratados, sobretudo nos espaços institucionais.

Com o enfrentamento feito a respeito trazendo as fontes de direito, especificamente, as

fontes do Direito Internacional quisemos, obviamente, introduzir uma dimensão analítica diferenciada que pudesse contribuir para o mundo acadêmico, como se propõe com uma tese. De fato, embora se verifiquem trabalhos sobre a teoria das fontes, ainda cabem muitas abordagens e o amadurecimento de muitas perspectivas, o que somente pode se dá com estudos e pesquisas direcionadas.

Resgatar aspectos fundamentais da teoria das fontes, sobretudo com os principais autores que se debruçam sobre o tema foi uma tarefa muito profícua, notadamente porque alinhamos tal revisão bibliográfica a partir de um foco teórico sobre situações concretas enfrentadas pelos órgãos internacionais, no caso, pelas Nações Unidas. Entendemos que esta direção nos permitiu, desde o início, articular todos os elementos que fundaram nossa hipótese de que de há, como em todo sistema jurídico, variantes e condicionantes não apenas, ou puramente jurídicas que levam ao cumprimento ou não de uma norma.

A teoria das fontes, por uma análise ampla, até chegar às resoluções da Assembleia Geral da ONU nos permitiu problematizar e trazer várias elaborações que confirmam a hipótese acima mencionada. Sobretudo quando trazemos a relativização do rigor formal de existência, aplicação e validade de regras internacionais, como apontamos, sujeitas a outros fatores para sua implementação que, muitas das vezes, sequer considera estes aspectos formais para validação e efetivação por determinado país. Muitas vezes, necessidades, ganhos indiretos, solidariedade e cooperação entre Estados e outras condicionantes podem ter mais significado e, concretamente, mobilizar população e Governos para inclusão de agendas a partir destes elementos.

Por outro lado, também, não implica a negação dos aspectos formais, dado que as fontes se estruturam em elementos materiais e também formais, que articulam sua fundamentação, com legitimidade e executoriedade construídas pela conexão destes aspectos.

Utilizamos autores que trouxeram um debate mais avançado, sem ser menos polêmico, sobre relativização das fontes e purificação (*ascertainment*) propondo novas leituras ou reconfirmação de tais fontes passando por provas de adequação à realidade e, também, aos novos desafios teóricos do Direito Intenacional. Com Kennedy, D'Áspremont, Koskeniemmi a revisão bibliográfica feita enriqueceu nossos argumentos.

Ainda, como motivação inicial de canalizar esta revisão teórica às situações reais enfrentadas pelos Estados, interna e também externamente, quisemos também utilizar um campo de aplicação para testar e, como fizemos, reafirmar as bases teóricas contruídas na primeira parte deste trabalho. O tema colocado foi uma resolução da ONU, especificamente, colhida na Assembleia Geral que, pelo lugar institucional, político e jurídico, nos permitiu

colocar em cheque nossos argumentos quanto à exigibilidade ou não de uma norma conforme sua origem, procedimento, sujeitos, dentre outros elementos formais rigorosamente exigidos.

Um estudo analítico-crítico das Regras de Tóquio nos possibilitou acrescentar elementos teórico-conceituais e técnico-científicos sim, podemos dizer, já que articulou todas as elaborações em um tema que é comum a todos os países e que tem sido objeto de investidas de toda a sociedade internacional para enfrentamento, como é a questão carcerária no mundo. Embora com certo alinhamento no Direito de cada país, há tempos se tornou um problema mundial que tem exigido colaboração, intercâmbios e políticas alinhadas entre os Estados.

Temos que como perspectiva em uma tese, este estudo cumpriu a expectativa na medida em que avança, pelo menos trazendo novos elementos e articulando novas discussões, tanto na dimensão teórica, mas também como reflexão das práticas empenhadas pelos Estados nas políticas públicas colocadas.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth, W.; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. **International Organization**, v., 54, n. 3, p. 421-456, 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2601340>> Acesso em: 13 set. 2013.

ABI-SAAB, Georges, "**Les sources du droit international**: essai de déconstruction", en el derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1994. t. 1.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGO, Shin-ichi. Follow-up of United Nations resolution. School of Law and Faculty of Law. **Hosei kenkyu for Journal of law and politics**, v.61, n.4, p. 805-854, 1995.

ARENAL, Celestino del, La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales. Un reto para la política y la teoría (Universidad del País Vasco, 2002)

ASAMOAH , Obed Y. **The legal meaning of statements ithe the General Assembly of the United Nations**, Haia: Nijhoff , 1966.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**: os substitutos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BAILEY, Sidney D.; DAWS, Sam. **The Procedure of the UN Security Council**. 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. Disponível em: < http://www.amazon.com/The-Procedure-UN-Security-Council/dp/0198280734#reader_0198280734 > Acesso em: 4 fev. 2014.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARRADO, Cástor Miguel Diaz. **El derecho internacional del tiempo presente**. Madri: Editorial Dykinson, 2004. p. 155.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

BAUMAN, Zigmund. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAXTER, R. R., "International law in "her infinite variety". **International and Comparative Law Quarterly**, v. 29, Oct., 1980.

BECK, U. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.

BECKETT, K., HARDING, D.; WESTERN, B. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, Ano 7, n. 11, p. 43-54, 2003.

BEDJAOU, Mohammed. **Por uma nova ordem econômica internacional**. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 218.

BENTHAM, Jeremy. **Principles of international law: the works of Jeremy Bentham, Works**. Edited by John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1843. v.2.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOSON, Gerson de Brito. **Direito internacional público: o estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A miséria do mundo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 243.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2005, p.543.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; ELOI, Pilar de Souza de Paula Coutinho. A Natureza normativa da Ordem Jurídica Internacional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.12, n. 24, jul./dez. 2009.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; PEREIRA, Luciana Diniz Durães. O conflito de competência entre a assembléia geral e o conselho de segurança à luz do artigo 12, parágrafo 1º da Carta das Nações Unidas. **Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.53 , p. 219-236, dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 04 fev. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 5 fev. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 maio. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> Acesso em: 5 fev. 2014

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1997.

CAMPOS, Júlio D. González; RODRÍGUEZ, Luis I. Sánchez; SANTA MARIA, Paz Andrés Sáenz. Curso de derecho internacional público. 2. ed. Madrid: Civitas, 2002.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones**. Madrid: Tecnos, 1994.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, p. 227-257, jul. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552012000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 out. 2013.

CARVALHO, Salo. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.) **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

CASSESE, Antonio. **International law**. New York, Oxford: University Press, 2002.

CASTANEDA, Jorge. **Legal effects of United Nations resolutions**. New York: Columbia University Press, 1969. (Columbia. University. Studies in international organization, 6).

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América) (1984-1991) Disponível em < <http://www.cedin.com.br/pt/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Reparação de danos sofridos a serviço das Nações Unidas (1948-1949): 2.** Parecer Consultivo de 11 de abril de 1949. Disponível em < http://www.cedin.com.br/site/pdf/jurisprudencia/pdf_cij/pareceres_consultivos_1948.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do delito: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998.

COMBACAU, Jean. "**Obligations de resultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponses**" en Melanges offerts Paul Reuter. Paris: Pedone, 1981. p. 182.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Disponível em < <http://www.un.org/law/ilc/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO AO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL, 12, Salvador, 12-19 de abril de 2010. Disponível em < <http://www.crimecongresso2010.com.br/portal/site/documentos-oficiais-1/declaracao-de-salvador>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE, 8. Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil: diretrizes de RIAD. Tradução de Betsáida Dias Capilé. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO: (Declaração de Filadélfia). . Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf > Acesso em: 13 out. 2013

COSTA, Eérica Adriana. Tribunal Penal Internacional: breves apontamentos. In: SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; COSTA, Érica Adriana (Coord.). **Direito internacional moderno: estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boson**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. v. 1. p. 185-216.

COYLE, Andrew. **Alternatives to imprisonment**. Londres: EAI, 1999.

CRAWFORD, James. **The development of multilateral law-making: multilateral rights and obligations in international law**. Martinus Nijhoff Publishers. 2006. Martinus Nijhoff Online. 26 September 2013 DOI:10.1163/ej.9789004153783..395-396. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law; 319).

D'ÁSPREMONT, Jean. **International law as a grammar**: Koskenniemi's from Apology to Utopia Revisited. 2007, p. 1-7. Global Law Books Disponível em: <www.globallawbooks.org>. p. 1-7. Acesso em: 01 out. 2013.

D'ÁSPREMONT, Jean. **Formalism and the sources os international law**: a theory of the ascertainment of legal Rules. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 29.

D'ÁSPREMONT, Jean. The Doctrinal illusion of the heterogeneity of international lawmaking processes, Sep. 5, 2008. In: WOLFRUM, Rüdiger; GOGOLIN, Jana (Ed.). **Select proceedings of the european society of international law**. Hart Publishing, 2010, p. 297-312. v.2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1430964>> Acesso em: 03 fev. 2014.

D'ÁSPREMONT, Jean; BARBANDERE, Eric. The complementary faces of legitimacy in international law: the legitimacy of origin and the legitimacy of exercise. **Fordham International Law Journal**, v. 34, de., p. 101-145, 2010.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro 2012. Disponível em: <<http://georgelins.com/2013/04/21/estatisticas-do-sistema-penitenciario-brasileiro-depeninfopen/>> Acesso em: 03 fev. 2014.

DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades**: mundialização, globalização e planetarização – novos desafios. Petrópolis, RJ : Vozes, 1996, p 244.

DROUBI, Sufyan El. Doze notas sobre as Resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e sua introdução no Direito Brasileiro. **Revista Imes de Direito**, Ano 7, n. 12, p. 225-270, jan./dez. 2006

DUGARD, J. R. **Third Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/523, 7 mar. 2002. 44 p. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/276/03/PDF/N0227603.pdf?OpenElement>> Acesso em: 10 fev. 2014.

DUPUY, Pierre-Marie, "**Théorie des Sources et Coutume en Droit International Contemporain**": en el Derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga Uruguay. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. 1.

ELIZARRARÁS, Juan Carlos Velázquez. **Reestructuración general del nuevo derecho internacional**: perspectivas hacia el siglo xxi Temas selectos del nuevo derecho internacional. México: UNAM,FCPyS, 1994, p. 9-54.

FALK, Richard A. On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly. **The American journal of international law**, v. 60, n. 4, p.782-791, 1966.

FASTENRATH, Ulrich. "Relative normativity in international law". **European Journal of International Law**, v. 4, n. 3, p. 331, 1993.

FIORI, José Luis. **O Poder Global e a Nova Geopolítica das Nações**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

FINNEMORE, Martha; TOOPE, Stephen. Alternatives to “Legalization”: Richer views of law and politics, **International Organization**, v. 55, p. 743-758, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

FREUDENSCHUB, Helmut. Article 39 of the UN Charter Revisited: Threats to the Peace and the Recent Practice of the UN Security Council. **Austrian Journal of Public and International Law**, v. 46, p. 33 e ss, 1993.

GARIBALDI, Oscar. The legal status of the General Assembly resolutions: Some conceptual observations. **Proceedings American Society of International Law. Annual Meeting**, v. 73, p. 324-327, 1979.

GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social em la sociedad contemporânea**. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelon: Gedisa, 2005.

GARLAND, David. Beyond the Power Perspective: a critique of Foucault on Punishment. In:

GARLAND, David. **Punishment and Modern Society**: a study in social theory. Chicago: Oxford University Press, 1993.

GHOZALI, N.E. **Les fondements du droit international public**: approche critique du formalisme classique, Mélanges Chaumont. Paris: Pedone, 1984. p. 313.

GIORGIO, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOLDSTEIN, Judith et al. Introduction: legalization and world politics. **International Organization**, v. 54, n. 3, 2000, p. 385-399.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. **Derecho internacional público**. Madrid: Trotta Editora, 1995.

HERNANDEZ, Maria Del Pilar. Obligatoriedad de las resoluciones de la organización de las Naciones Unidas en el Derecho Nacional: a propósito del 50º aniversario de la entrada en vigor de la carta de San Francisco. **Revista Jurídica - Boletim Mexicano de Direito Comparado**, 2011. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art10.htm>> Acesso em: 28 ago. 2013.

HIGGINS, Rosalyn. The role of resolutions in the international organisations in process of the creating norms in the international system. In: BUTLER, William Elliot; NIJHOF, **International law and the internacional system**. Holanda: Martinus (Ed.). 1987.

HOOFF, Godefridus. J. H. van. **Rethinking the Sources of International Law**: the Netherlands, Kluwer Law. Hingham: Kluwer Academic Publishers, 1983.

HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

INTERNATIONAL Court of Justice, Report 242, parágrafo 29, 1994.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Justitia Et Pace**: session du Caire - 1987 - La pollution transfrontière de l'air. Disponível em: < http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_03_fr.PDF>. Acesso em: 3 set. 2013.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v.1. (Coleção para entender).

JESUS, Damásio de. **Regras de Tóquio**: comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade. São Paulo: Paloma, 1998. 108 p.)

JOHNSON, D. H. N.. **The effect of resolutions of the General Assembly of the United Nations**. *British Year Book of Int'l L*, 97, at. 107-108. 1955-56. v.32.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin, revisão da tradução de Arno Dal Ri Júnior. São Paulo: Editora Unijui, 2010. p. 19-20.

KENNEDY, David. The sources of international law. **American University International Law Review** 2, n. 1, 1987, p.1-96. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>>. Acesso em: 3 set. 2013.

KOSKENNIEMI, Martii (Org.). **Fragmentation of international law**: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Geneva, 1 May - 9 June, 3 July - 11 Aug. 2006. Disponível em: <_xa.yimg.com/.../fragmentation+of+international+law+di...> Acesso em: 02 fev. 2014.

KOSKENNIEMI, Martii. **From apology to utopia**: the structure of international legal argument Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 219.

KOSKENNIEMI, Martii. Hierarchy in international law: a sketh. **European Journal of International Law**. v. 8, n.4, p. 566-582, 1987.

KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, p. 553-579, 2002.

LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LAGE, Delber Andrade. **A Jurisdicionalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 47.

LEMGRUBER, Julita. Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 15, p. 23-27, dez., 2001.

LLORET, Jaume Ferrer. **El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional**. Atelier Libros Jurídicos. Espanha. 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Constitucionalismo e ideologia: uma discussão cinematográfica. In: GONÇALVES, Moisés Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de. (Org.). **Outros olhares**: debates contemporâneos. Belo Horizonte: Leiditathi, 2008, p. 81-119.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 25-27. (Coleção Para Entender).

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.). Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. Catalogação baseada no v. 9 publicado em 2009.280p. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0552.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2014.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Carcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario**.(siglo XVI-XIX).Tradução por Xavier Massii. México: Siglo Veintiuno, 1987.

MENDELSON, Maurice. **The legal character of General Assembly resolutions: some considerations of principal**. London, Pintor, 1980, p. 96.

NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN security council and general assembly in the jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 880. 879-890, 2005.

OPPENHEIM, Lassa. The future of international law. Oxford: Clarendon Press, 1921, p. 45-46. Disponível em: <<http://archive.org/stream/cu31924017492442#page/n3/mode/2up>> Acesso em: Acesso em 13 ago.2013.

ORENCH Y DEL MORAL, Maria Assunción. **El derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo: los principios generales del derecho internacional**. Madrid, Espanha: Universidad Pontificia Comillas, 2004. p. 28-29 (Estudios jurídicos ;14)

PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

PELLET, Alain et al. As novas tendências do direito internacional: aspectos “Macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo Nemer C. (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense: 2004, p. 3- 25.

PUREZA, José Manuel. Ordem jurídica, desordem mundial: um contributo para o estudo do Direito Internacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 64, dez., p.3-40, 2002.

PUREZA, José Manuel. **O Património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade**. Porto, Portugal: Afrontamento, 1998. p. 277. (Coleção saber imaginar o social;12.)

REGRAS de Tóquio: **comentários às regras mínimas das nações unidas sobre as medidas não-privativas de liberdade**. Tradução de Damásio E. de Jesus; prefácio do Ministro da justiça, Iris Rezende. São Paulo: Edições Paloma, 1998.108 p.

REMIRO BROTONS, Antonio. De los tratados a los acuerdos no normativos, en Ministerio de Asuntos Exteriores. **La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales**, Madrid, 1990.

RIEDEL, Eibe. Standards and sources: farewell to the exclusivity of sources triad in international law. **European Journal of International Law** , v. 2, n. 2, p. 63, 1991.

ROBINSON , Jacob. **Metamorphosis of the United Nations**, Carnegie Endowment for International Peace. Holanda. Editora: A.W. Sijthoff , 97 p.

ROMANÍ, Carlos Fernández de Casadevante. **La interpretación de las normas Internacionales**. Espanha: Aranzandi Editorial, 1996, p. 123.

RUSCHE, Georg; KIRCHEIMER, Otto. **Pena e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. **La invasion de Kwait por Iraq y la accion del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**. Madrid: Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 1991, p. 22.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y de obligaciones internacionales. **Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional**. Madri: Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, v. 16, 2003.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização, do pensamento único à consciência universal**. 12. ed., Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

SCELLE, Georges, **Précis de droit des gens: principes et systématique: I Partie - Introduction**. Paris: Le milieu intersocial, 1932.

SCHACHTER, Oscar. **International law in theory and practice**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991.

SCHWARZENBERGER, Georg. **Power politics: a study of international society**. New York: Praeger, 1951.

SCHWEIGMAN, David. **The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: legal limits and the Role of the International Court of Justice**. Norwell, MA, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; COSTA, Érica Adriana (Coord.). **Direito internacional moderno: estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boson**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. v. 1.

SILVA, Carlos A. Canêdo Gonçalves da. Intervenção humanitária: atuais tendências. In: SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; COSTA, Érica Adriana (Coord.). **Direito**

internacional moderno: estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boson. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. v. 1. p. 167-184.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; COSTA, Érica Adriana (Coord.). Direito Internacional Penal e execução penal: uma abordagem a partir da idéia de cooperação internacional. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução penal:** constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008. v. 1, p. 15-30.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. Ética internacional e direito internacional penal. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.6, n.11/12, p.23-28, jan./dez. 2003.

SIMMA, Bruno. The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law. **European Journal of International Law**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 1-54, 1995.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof. **A Assembléia Geral das Nações Unidas e seu poder de influenciar a ação nacional.** Pasil de 1964. p.170 -173.

SLOAN, Blaine. General Assembly Resolutions revisited (forty years later). Disponível em: <<http://bybil.oxfordjournals.org/content/58/1/39.full.pdf+html>> Acesso em: 5 fev. 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.

SUR, Serge. “Quelques observations sur les normes juridiques internationales”. **Revue Générale de Droit International Public**, v. 81, n. 4, p. 901-928, 1985.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional.** Editora WMF Martins Fontes. São Paulo. 2011, p. 293-294.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations arising for states without or against their will.** Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993. p. 195-374, v. 241. (Recueil des Cours, 241)

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais. 5.** Edição Editora Del Rey. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos, natureza, efeitos e alcance das sanções do Brasil à África do Sul: o Decreto n. 91.524, de 9 de agosto de 1985 e as Medidas Contra o Apartheid. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRUYOL y SERRA, Antonio. La sociedad internacional. 4ª reimpression de la 2ª edición. Madrid: Alianza Universidad, 2004.

TUNKIN, Grigory, **International law and political norms:** en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco, Madrid, Tecnos, 1993.

VALLAT, Francis Aime. **The Competence of the United Nations General Assembly**. [s.l.] Leyde, 1995.

VIRALLY, Michel. "Fuentes del derecho internacional". In: SORENSEN, Max (Ed.). **Manual de derecho internacional public**. México: FCE, 1973.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução por Renato Aguiar. Rio Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT, Loïc **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 2003. (Pensamento criminológico 6)

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. In: BORDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. Rio de Janeiro, **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, ano 7, n. 11, 2002, p. 20.

WACQUANT, L.. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? **The American Journal of International Law**, v. 77, n. 3, Jul., p. 413-442, 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2201073>> Acesso em: 12 ago.2013.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. São Paulo, **Tempo Social**, v. 9, n. 1, p.5-41, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Translated by G.E.M. Anscombe. 3rd edn. New York: Macmillan, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana**. Discursos sediciosos. Rio de Janeiro: Cortesia, 1997, n.4 ,p. 25-36.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ANEXOS

ANEXO A – REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PROVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO) – VERSÃO EM INGLÊS⁴⁶

*United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)
Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December 1990*

I. General principles

1. Fundamental aims

1.1 The present Standard Minimum Rules provide a set of basic principles to promote the use of noncustodial measures, as well as minimum safeguards for persons subject to alternatives to imprisonment.

1.2 The Rules are intended to promote greater community involvement in the management of criminal justice, specifically in the treatment of offenders, as well as to promote among offenders a sense of responsibility towards society.

1.3 The Rules shall be implemented taking into account the political, economic, social and cultural conditions of each country and the aims and objectives of its criminal justice system.

1.4 When implementing the Rules, Member States shall endeavour to ensure a proper balance

between the rights of individual offenders, the rights of victims, and the concern of society for public safety and crime prevention.

1.5 Member States shall develop non-custodial measures within their legal systems to provide other options, thus reducing the use of imprisonment, and to rationalize criminal justice policies, taking into account the observance of human rights, the requirements of social justice and the rehabilitation needs of the offender.

2. The scope of non-custodial measures

2.1 The relevant provisions of the present Rules shall be applied to all persons subject to prosecution, trial or the execution of a sentence, at all stages of the administration of criminal justice. For the purposes of the Rules, these persons are referred to as "offenders",

⁴⁶ Versão original da Assembleia Geral da ONU. Acesso 12 de janeiro de 2014. Acesso em 10 de outubro de 2013. <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm>

irrespective of whether they are suspected, accused or sentenced.

2.2 The Rules shall be applied without any discrimination on the grounds of race, colour, sex, age, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2.3 In order to provide greater flexibility consistent with the nature and gravity of the offence, with the personality and background of the offender and with the protection of society and to avoid unnecessary use of imprisonment, the criminal justice system should provide a wide range of non-custodial measures, from pre-trial to post-sentencing dispositions. The number and types of non-custodial measures available should be determined in such a way so that consistent sentencing remains possible.

2.4 The development of new non-custodial measures should be encouraged and closely monitored and their use systematically evaluated.

2.5 Consideration shall be given to dealing with offenders in the community avoiding as far as possible resort to formal proceedings or trial by a court, in accordance with legal safeguards and the rule of law.

2.6 Non-custodial measures should be used in accordance with the principle of minimum intervention.²

2.7 The use of non-custodial measures should be part of the movement towards depenalization and decriminalization instead of interfering with or delaying efforts in that direction.

3 . Legal safeguards

3.1 The introduction, definition and application of non-custodial measures shall be prescribed by law.

3.2 The selection of a non-custodial measure shall be based on an assessment of established criteria in respect of both the nature and gravity of the offence and the personality, background of the offender, the purposes of sentencing and the rights of victims.

3.3 Discretion by the judicial or other competent independent authority shall be exercised at all stages of the proceedings by ensuring full accountability and only in accordance with the rule of law.

3.4 Non-custodial measures imposing an obligation on the offender, applied before or instead of formal proceedings or trial , shall require the offender's consent.

3.5 Decisions on the imposition of non-custodial measures shall be subject to review

by a judicial or other competent independent authority, upon application by the offender.

3.6 The offender shall be entitled to make a request or complaint to a judicial or other competent independent authority on matters affecting his or her individual rights in the implementation of noncustodial measures.

3.7 Appropriate machinery shall be provided for the recourse and, if possible, redress of any grievance related to non-compliance with internationally recognized human rights.

3.8 Non-custodial measures shall not involve medical or psychological experimentation on, or undue risk of physical or mental injury to, the offender.

3.9 The dignity of the offender subject to non-custodial measures shall be protected at all times.

3.10 In the implementation of non-custodial measures, the offender's rights shall not be restricted further than was authorized by the competent authority that rendered the original decision.

3.11 In the application of non-custodial measures, the offender's right to privacy shall be respected, as shall be the right to privacy of the offender's family.

3.12 The offender's personal records shall be kept strictly confidential and closed to third parties. Access to such records shall be limited to persons directly concerned with the disposition of the offender's case or to other duly authorized persons.

4 . Saving clause

4.1 Nothing in these Rules shall be interpreted as precluding the application of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment or any other human rights instruments and standards recognized by the international community and relating to the treatment of offenders and the protection of their basic human rights.

II. Pre-trial stage

5. Pre-trial dispositions

5.1 Where appropriate and compatible with the legal system, the police, the prosecution service or other agencies dealing with criminal cases should be empowered to discharge the offender if they consider that it is not necessary to proceed with the case for the

protection of society, crime prevention or the promotion of respect for the law and the rights of victims. For the purpose of deciding upon the appropriateness of discharge or determination of proceedings, a set of established criteria shall be developed within each legal system. For minor cases the prosecutor may impose suitable non-custodial measures, as appropriate.

6. Avoidance of pre-trial detention

6.1 Pre-trial detention shall be used as a means of last resort in criminal proceedings, with due regard for the investigation of the alleged offence and for the protection of society and the victim.

6.2 Alternatives to pre-trial detention shall be employed at as early a stage as possible. Pre-trial

detention shall last no longer than necessary to achieve the objectives stated under rule 5.1 and shall be administered humanely and with respect for the inherent dignity of human beings.

6.3 The offender shall have the right to appeal to a judicial or other competent independent authority in cases where pre-trial detention is employed.

III. Trial and sentencing stage

7. Social inquiry reports

7.1 If the possibility of social inquiry reports exists, the judicial authority may avail itself of a report

prepared by a competent, authorized official or agency. The report should contain social information on the offender that is relevant to the person's pattern of offending and current offences. It should also contain information and recommendations that are relevant to the sentencing procedure. The report shall be factual, objective and unbiased, with any expression of opinion clearly identified.

8. Sentencing dispositions

8.1 The judicial authority, having at its disposal a range of non-custodial measures, should take into

consideration in making its decision the rehabilitative needs of the offender, the protection of society and the interests of the victim, who should be consulted whenever appropriate.

8.2 Sentencing authorities may dispose of cases in the following ways:

- (a) Verbal sanctions, such as admonition, reprimand and warning;*
- (b) Conditional discharge;*
- (c) Status penalties;*
- (d) Economic sanctions and monetary penalties, such as fines and day-fines;*
- (e) Confiscation or an expropriation order;*
- (f) Restitution to the victim or a compensation order;*
- (g) Suspended or deferred sentence;*
- (h) Probation and judicial supervision;*
- (i) A community service order;*
- (j) Referral to an attendance centre;*
- (k) House arrest;*
- (l) Any other mode of non-institutional treatment;⁴*
- (m) Some combination of the measures listed above.*

IV. Post-sentencing stage

9 . Post-sentencing dispositions

9.1 The competent authority shall have at its disposal a wide range of post-sentencing alternatives in order to avoid institutionalization and to assist offenders in their early reintegration into society.

9.2 Post-sentencing dispositions may include:

- (a) Furlough and half-way houses;*
- (b) Work or education release;*
- (c) Various forms of parole;*
- (d) Remission;*
- (e) Pardon.*

9.3 The decision on post-sentencing dispositions, except in the case of pardon, shall be subject to review by a judicial or other competent independent authority, upon application of the offender.

9.4 Any form of release from an institution to a non-custodial programme shall be

considered at the earliest possible stage.

V. Implementation of non-custodial measures

10. Supervision

10.1 The purpose of supervision is to reduce reoffending and to assist the offender's integration into society in a way which minimizes the likelihood of a return to crime.

10.2 If a non-custodial measure entails supervision, the latter shall be carried out by a competent authority under the specific conditions prescribed by law.

10.3 Within the framework of a given non-custodial measure, the most suitable type of supervision and treatment should be determined for each individual case aimed at assisting the offender to work on his or her offending. Supervision and treatment should be periodically reviewed and adjusted as necessary.

10.4 Offenders should, when needed, be provided with psychological, social and material assistance and with opportunities to strengthen links with the community and facilitate their reintegration into society.

11. Duration

11.1 The duration of a non-custodial measure shall not exceed the period established by the competent authority in accordance with the law.

11.2 Provision may be made for early termination of the measure if the offender has responded favourably to it.

12. Conditions

12.1 If the competent authority shall determine the conditions to be observed by the offender, it should take into account both the needs of society and the needs and rights of the offender and the victim.⁵

12.2 The conditions to be observed shall be practical, precise and as few as possible, and be aimed at reducing the likelihood of an offender relapsing into criminal behaviour and of increasing the offender's chances of social integration, taking into account the needs of the victim.

12.3 At the beginning of the application of a non-custodial measure, the offender shall

receive an explanation, orally and in writing, of the conditions governing the application of the measure, including the offender's obligations and rights.

12.4 The conditions may be modified by the competent authority under the established statutory provisions, in accordance with the progress made by the offender.

13. Treatment process

13.1 Within the framework of a given non-custodial measure, in appropriate cases, various schemes, such as case-work, group therapy, residential programmes and the specialized treatment of various categories of offenders, should be developed to meet the needs of offenders more effectively.

13.2 Treatment should be conducted by professionals who have suitable training and practical experience.

13.3 When it is decided that treatment is necessary, efforts should be made to understand the offender's background, personality, aptitude, intelligence, values and, especially, the circumstances leading to the commission of the offence.

13.4 The competent authority may involve the community and social support systems in the application of non-custodial measures.

13.5 Case-load assignments shall be maintained as far as practicable at a manageable level to ensure the effective implementation of treatment programmes.

13.6 For each offender, a case record shall be established and maintained by the competent authority.

14. Discipline and breach of conditions

14.1 A breach of the conditions to be observed by the offender may result in a modification or revocation of the non-custodial measure.

14.2 The modification or revocation of the non-custodial measure shall be made by the competent authority; this shall be done only after a careful examination of the facts adduced by both the supervising officer and the offender.

14.3 *The failure of a non-custodial measure should not automatically lead to the imposition of a custodial measure.*

14.4 *In the event of a modification or revocation of the non-custodial measure, the competent*

authority shall attempt to establish a suitable alternative non-custodial measure. A sentence of imprisonment may be imposed only in the absence of other suitable alternatives.

14.5 *The power to arrest and detain the offender under supervision in cases where there is a breach of the conditions shall be prescribed by law.*

14.6 *Upon modification or revocation of the non-custodial measure, the offender shall have the right to appeal to a judicial or other competent independent authority.*

VI. Staff

15. Recruitment

15.1 *There shall be no discrimination in the recruitment of staff on the grounds of race, colour, sex, age, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. The policy regarding staff recruitment should take into consideration national policies of affirmative action and reflect the diversity of the offenders to be supervised.*

15.2 *Persons appointed to apply non-custodial measures should be personally suitable and, whenever possible, have appropriate professional training and practical experience. Such qualifications shall be clearly specified.*

15.3 *To secure and retain qualified professional staff, appropriate service status, adequate salary and benefits commensurate with the nature of the work should be ensured and ample opportunities should be provided for professional growth and career development.*

16. Staff training

16.1 *The objective of training shall be to make clear to staff their responsibilities with regard to rehabilitating the offender, ensuring the offender's rights and protecting society. Training should also give staff an understanding of the need to cooperate in and coordinate activities with the agencies concerned.*

16.2 *Before entering duty, staff shall be given training that includes instruction on the nature of non-custodial measures, the purposes of supervision and the various modalities of the*

application of noncustodial measures.

16.3 After entering duty, staff shall maintain and improve their knowledge and professional capacity by attending in-service training and refresher courses. Adequate facilities shall be made available for that purpose.

VII. Volunteers and other community resources

17. Public participation

17.1 Public participation should be encouraged as it is a major resource and one of the most important factors in improving ties between offenders undergoing non-custodial measures and the family and community. It should complement the efforts of the criminal justice administration.

17.2 Public participation should be regarded as an opportunity for members of the community to contribute to the protection of their society.

18. Public understanding and cooperation

18.1 Government agencies, the private sector and the general public should be encouraged to support voluntary organizations that promote noncustodial measures.

18.2 Conferences, seminars, symposia and other activities should be regularly organized to stimulate awareness of the need for public participation in the application of non-custodial measures.

18.3 All forms of the mass media should be utilized to help to create a constructive public attitude, leading to activities conducive to a broader application of non-custodial treatment and the social integration of offenders.

18.4 Every effort should be made to inform the public of the importance of its role in the implementation of non-custodial measures.

19. Volunteers

19.1 Volunteers shall be carefully screened and recruited on the basis of their aptitude for and interest in the work involved. They shall be properly trained for the specific responsibilities to be discharged by them and shall have access to support and counselling from, and the opportunity to consult with, the competent authority.

19.2 Volunteers should encourage offenders and their families to develop meaningful ties with the community and a broader sphere of contact by providing counselling and other appropriate forms of assistance according to their capacity and the offenders' needs.

19.3 Volunteers shall be insured against accident, injury and public liability when carrying out their duties. They shall be reimbursed for authorized expenditures incurred in the course of their work. Public recognition should be extended to them for the services they render for the well-being of the community.

VIII. Research, planning, policy formulation and evaluation

20. Research and planning

20.1 As an essential aspect of the planning process, efforts should be made to involve both public and private bodies in the organization and promotion of research on the non-custodial treatment of offenders.

20.2 Research on the problems that confront clients, practitioners, the community and policy-makers should be carried out on a regular basis.

20.3 Research and information mechanisms should be built into the criminal justice system for the collection and analysis of data and statistics on the implementation of non-custodial treatment for offenders.

21. Policy formulation and programme development

21.1 Programmes for non-custodial measures should be systematically planned and implemented as an integral part of the criminal justice system within the national development process.

21.2 Regular evaluations should be carried out with a view to implementing non-custodial measures more effectively.

21.3 Periodic reviews should be concluded to assess the objectives, functioning and effectiveness of non-custodial measures.

22. Linkages with relevant agencies and activities

22.1 Suitable mechanisms should be evolved at various levels to facilitate the establishment of linkages between services responsible for non-custodial measures, other

branches of the criminal justice system, social development and welfare agencies, both governmental and non-governmental, in such fields as health, housing, education and labour, and the mass media.

23. International cooperation

23.1 Efforts shall be made to promote scientific cooperation between countries in the field of noninstitutional treatment. Research, training, technical assistance and the exchange of information among Member States on non-custodial measures should be strengthened, through the United Nations institutes for the prevention of crime and the treatment of offenders, in close collaboration with the Crime Prevention and Criminal Justice Branch of the Centre for Social Development and Humanitarian Affairs of the United Nations Secretariat.

23.2 Comparative studies and the harmonization of legislative provisions should be furthered to expand the range of non-institutional options and facilitate their application across national frontiers, in accordance with the Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released.

ANEXO B – REGRAS MÍNIMAS SOBRE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (REGRAS DE TÓQUIO) – VERSÃO EM PORTUGUÊS

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)

Adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990.

A Assembleia Geral,

Tendo em consideração a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, assim como outros instrumentos internacionais de direitos do homem relativos aos direitos das pessoas em conflito com a lei,

Tendo igualmente em consideração as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos adoptadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, assim como a importante contribuição dada por estas regras às políticas e práticas nacionais,

Lembrando a Resolução 8 do Sexto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes relativa às soluções alternativas à prisão,

Lembrando também a Resolução 16 do Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, relativa à redução do número dos reclusos, soluções alternativas à prisão e reinserção social dos delinquentes,

Lembrando ainda a secção XI da Resolução 1986/10 do Conselho Económico e Social sobre as penas substitutivas da prisão, na qual, designadamente, era pedido ao Secretário-Geral que elaborasse um relatório sobre as penas substitutivas da prisão destinado ao Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e que estudasse a questão com vista à formulação de princípios básicos neste domínio, com a assistência dos institutos das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes,

Consciente da necessidade de elaborar abordagens e estratégias locais, nacionais, regionais e internacionais no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto, assim

como da necessidade de elaborar regras mínimas, como está sublinhado na secção do relatório do Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência sobre a sua quarta sessão, relativa aos meios mais eficazes de prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos delinquentes,

Convicta de que as penas substitutivas da prisão podem constituir um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da colectividade, tanto no interesse do delinquente quanto no da sociedade,

Consciente do facto de que as penas restritivas de liberdade só são justificáveis do ponto de vista da segurança pública, da prevenção do crime, da necessidade de uma sanção justa e da dissuasão e que o objectivo último da justiça penal é a reinserção social do delinquente,

Sublinhando que o aumento da população penitenciária e a superlotação das prisões em muitos países constituem factores susceptíveis de entravar a aplicação das Regras Mínimas para o tratamento de reclusos,

Tomando nota com satisfação do trabalho realizado pelo Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência, assim como pela Reunião Preparatória Inter-regional do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, sobre o tema II "As políticas de justiça penal e os problemas da pena de prisão, as outras sanções penais e as medidas de substituição", e pelas reuniões regionais preparatórias do Oitavo Congresso,

Expressando a sua gratidão ao Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e Extremo Oriente para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes pelo trabalho realizado com vista à formulação das Regras Mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, assim como às diversas organizações intergovernamentais e não governamentais que participaram nestes trabalhos, em especial a Fundação Internacional Penal e Penitenciária pela sua contribuição nas actividades preparatórias,

1. Adota as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, anexas à presente resolução, e aprova a recomendação do Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência no sentido de que estas regras sejam denominadas "Regras de Tóquio";

2. Recomenda a implementação e aplicação das Regras de Tóquio à escala nacional, regional e inter-regional, tendo em conta o contexto político, económico, social e cultural e as tradições de cada país;

3. Solicita aos Estados membros que apliquem as Regras de Tóquio no quadro das

suas políticas e práticas;

4. Convida os Estados membros a levarem as Regras de Tóquio à atenção, especialmente dos responsáveis pela aplicação das leis, do Ministério Público, dos juizes, dos funcionários encarregados de controlar a liberdade condicional, dos advogados, das vítimas, dos delinquentes, dos serviços sociais e das organizações governamentais que participam na aplicação das medidas não privativas de liberdade, e dos representantes do poder executivo e do corpo legislativo assim como da população;

5. Solicita aos Estados membros que elaborem um relatório de cinco em cinco anos, a partir de 1994, sobre a aplicação das Regras de Tóquio;

6. Solicita insistentemente às comissões regionais, aos institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, às instituições especializadas e outras entidades do sistema das Nações Unidas, às outras organizações intergovernamentais competentes e às organizações não governamentais dotadas de estatuto consultivo junto do Conselho Económico e Social que participem activamente na aplicação das Regras de Tóquio;

7. Solicita ao Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência, que considere como matéria prioritária, a aplicação da presente resolução;

8. Solicita ao Secretário-Geral que tome as disposições necessárias para elaborar um comentário sobre as Regras de Tóquio, que será apresentado para aprovação e ulterior difusão pelo Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência na sua décima segunda sessão, dando especial atenção às garantias legais, à aplicação das Regras e à elaboração de princípios directores similares a nível regional;

9. Convida os institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes a auxiliarem o Secretário-Geral nesta tarefa;

10. Solicita insistentemente às organizações intergovernamentais e não governamentais e às outras entidades interessadas que se associem activamente a esta iniciativa;

11. Solicita ao Secretário-Geral que tome as medidas necessárias para assegurar a mais ampla difusão possível das Regras de Tóquio, designadamente comunicando-as aos Governos, às organizações intergovernamentais e não governamentais competentes e outras partes interessadas;

12. Solicita ainda ao Secretário-Geral que elabore, de cinco em cinco anos, a partir de 1994, um relatório a submeter ao Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência sobre a aplicação das Regras de Tóquio;

13. Solicita finalmente ao Secretário-Geral que auxilie os Estados membros, a pedido

destes, a aplicarem as Regras de Tóquio e a elaborarem regularmente um relatório sobre o assunto ao Comité para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência;

14. Solicita que a presente resolução e o anexo junto sejam comunicados a todos os órgãos das Nações Unidas interessados e sejam incorporados na próxima edição da publicação das Nações Unidas intitulada Direitos do Homem: Compilação de Instrumentos Internacionais.

68.^a sessão plenária

14 de Dezembro de 1990

ANEXO

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1. Objetivos fundamentais

1.1. As presentes Regras Mínimas enunciam uma série de princípios básicos tendo em vista favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

1.2. As presentes Regras visam encorajar a colectividade a participar mais no processo da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento dos delinquentes, assim como desenvolver nestes últimos o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade.

1.3. A aplicação das presentes Regras tem em conta a situação política, económica, social e cultural de cada país e os fins e objectivos do seu sistema de justiça penal.

1.4. Os Estados membros esforçam-se por aplicar as presentes Regras de modo a realizarem um justo equilíbrio entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e as preocupações da sociedade relativas à segurança pública e à prevenção do crime.

1.5. Nos seus sistemas jurídicos respectivos, os Estados membros esforçam-se por introduzir medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções a fim de reduzir o recurso às penas de prisão e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito dos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reinserção dos delinquentes.

2. Campo de aplicação das medidas não privativas de liberdade

2.1. As disposições pertinentes das presentes Regras aplicam-se a todas as pessoas que são objecto de procedimento de julgamento ou de execução de sentença, em todas as fases da administração da justiça penal. Para os fins das presentes Regras, estas pessoas são denominadas "delinquentes" - quer se trate de suspeitos, de acusados ou de condenados.

2.2. As presentes Regras aplicam-se sem discriminação de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra condição.

2.3. Para assegurar uma grande flexibilidade que permita tomar em consideração a natureza e a gravidade da infracção, a personalidade e os antecedentes do delincente e a protecção da sociedade e para se evitar o recurso inútil à prisão, o sistema de justiça penal deverá prever um vasto arsenal de medidas não privativas de liberdade, desde as medidas que podem ser tomadas antes do processo até às disposições relativas à aplicação das penas. O número e as espécies das medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de tal modo que se torne possível a fixação coerente da pena.

2.4. O estabelecimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encarada e seguida de perto e a sua aplicação deve ser objecto de uma avaliação sistemática.

2.5. Procurar-se-á, no respeito das garantias jurídicas e das regras de direito, tratar o caso dos delinquentes no quadro da comunidade evitando o recurso a um processo formal ou aos tribunais.

2.6. As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

2.7. O recurso a medidas não privativas de liberdade deve inscrever-se no quadro dos esforços de despenalização e de descriminalização, e não prejudicá-los ou retardá-los.

3. Garantias jurídicas

3.1. A adopção, a definição e a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser prescritas por lei.

3.2. A escolha da medida não privativa de liberdade é fundada em critérios estabelecidos relativos tanto à natureza e gravidade da infracção como à personalidade e antecedentes do delincente, ao objectivo da condenação e aos direitos das vítimas.

3.3. O poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente competente em todas as fases do processo, com toda a responsabilidade e de acordo unicamente com as regras de direito.

3.4. As medidas não privativas de liberdade que impliquem uma obrigação para o delincente e que sejam aplicadas antes do processo, ou em lugar deste, requerem o consentimento do delincente.

3.5. As decisões relativas à aplicação de medidas não privativas de liberdade estão subordinadas a exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente, a pedido do delincente.

3.6. O delincente tem o direito de apresentar junto da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente uma petição ou uma queixa relacionada com aspectos que atinjam os seus direitos individuais na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

3.7. Devem ser previstas disposições adequadas para o recurso e, se possível, para a reparação dos prejuízos decorrentes da não observância dos direitos do homem reconhecidos no plano internacional.

3.8. As medidas não privativas de liberdade não admitem experimentações médicas ou psicológicas efectuadas sobre o delincente, nem podem comportar risco indevido de dano físico ou mental para este.

3.9. A dignidade do delincente submetido a medidas não privativas de liberdade deve estar protegida em qualquer momento.

3.10. Quando da aplicação de medidas não privativas de liberdade, os direitos do delincente não podem ser objecto de restrições que excedam as autorizadas pela autoridade competente que proferiu a decisão de aplicar a medida.

3.11. A aplicação de medidas não privativas de liberdade faz-se no respeito pelo direito do delincente e da sua família à vida privada.

3.12. O processo pessoal do delincente é estritamente confidencial e inacessível a terceiros. Só podem ter acesso a ele as pessoas directamente interessadas na tramitação do caso, ou outras pessoas devidamente autorizadas.

4. Cláusula de protecção

4.1. Nenhuma das disposições das presentes Regras deve ser interpretada como excluindo a aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos(7), das Regras

Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores(8), do Conjunto de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão(9), e dos outros instrumentos e regras relativos aos direitos do homem reconhecidos pela comunidade internacional e relativos ao tratamento dos delinquentes e à protecção dos seus direitos fundamentais enquanto seres humanos.

II - ANTES DO PROCESSO

5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo

5.1. Quando isso for adequado e compatível com o seu sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça penal podem retirar os procedimentos contra o delincente se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial para fins da protecção da sociedade, da prevenção do crime ou da promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Serão fixados critérios em cada sistema jurídico para determinar se convém retirar os procedimentos ou para decidir sobre o processo a seguir. Em caso de infracção menor, o Ministério Público pode impor, sendo caso disso, medidas não privativas de liberdade.

6. A prisão preventiva como medida de último recurso

6.1. A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infracção e a protecção da sociedade e da vítima.

6.2. As medidas substitutivas da prisão preventiva são utilizadas sempre que possível. A prisão preventiva não deve durar mais do que o necessário para atingir os objectivos enunciados na regra 6.1. e deve ser administrada com humanidade e respeitando a dignidade da pessoa.

6.3. O delincente tem o direito de recorrer, em caso de prisão preventiva, para uma autoridade judiciária ou para qualquer outra autoridade independente.

III - PROCESSO E CONDENAÇÃO

7. Relatórios de inquéritos sociais

7.1. Quando seja possível obter relatórios de inquéritos sociais, a autoridade judiciária pode socorrer-se de um relatório preparado por um funcionário ou organismo competente e autorizado. Este relatório deverá conter informações sobre o meio social do delinvente susceptíveis de explicar o tipo de infracção que este comete habitualmente e as infracções que lhe são concretamente imputadas. Deverá conter igualmente informações e recomendações pertinentes para fins de fixação da pena. Os relatórios deste género serão concretos, objectivos e imparciais e as opiniões pessoais serão claramente indicadas como tais.

8. Penas

8.1. A autoridade judiciária, tendo à sua disposição um arsenal de medidas não privativas de liberdade, tem em conta, na sua decisão, a necessidade de reinserção do delinvente, a protecção da sociedade e do interesse da vítima, que deve poder ser consultada sempre que for oportuno.

8.2. As autoridades competentes podem tomar as seguintes medidas:

- a) Sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a adver-tência;
- b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal;
- c) Penas privativas de direitos;
- d) Penas económicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa;
- e) Perda ou apreensão;
- f) Restituição à vítima ou indemnização desta;
- g) Condenação suspensa ou suspensão da pena;
- h) Regime de prova e vigilância judiciária;
- i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- j) Afectação a um estabelecimento aberto;
- k) Residência fixa;
- l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto;
- m) Uma combinação destas medidas.

IV - APLICAÇÃO DAS PENAS

9. Disposições relativas à aplicação das penas

9.1. As autoridades competentes têm à sua disposição uma vasta gama de medidas de substituição relativas à aplicação das penas tendo em vista evitar a prisão e ajudar o

delincente a reinserir-se rapidamente na sociedade.

9.2. As medidas relativas à aplicação das penas são entre outras, as seguintes:

- a) Autorizações de saída e colocação em estabelecimento de reinserção;
- b) Libertação para fins de trabalho ou educação;
- c) Libertação condicional, segundo diversas fórmulas;
- d) Remissão da pena;
- e) Indulto.

9.3. As decisões sobre medidas relativas à aplicação das penas estão subordinadas, excepto no caso da amnistia, ao exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente, a pedido do delincente.

9.4. Qualquer forma de libertação de um estabelecimento penitenciário que conduza a medidas não privativas de liberdade deve ser encarada o mais cedo possível.

V - EXECUÇÃO DAS MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

10. Vigilância

10.1. A vigilância tem por objectivo diminuir os casos de reincidência e facilitar a reinserção do delincente na sociedade de modo a reduzir ao máximo as oportunidades de reincidência.

10.2. Quando uma medida não privativa de liberdade requer vigilância, esta é exercida por uma autoridade competente, nas condições definidas pela lei.

10.3. Para cada medida não privativa de liberdade, convém determinar o regime de vigilância e tratamento melhor adaptado ao delincente tendo em vista ajudá-lo a emendar-se. Este regime deve ser periodicamente examinado e, sendo caso disso, adaptado.

10.4. Os delincentes deverão, se necessário, receber uma assistência psicológica, social e material e serão tomadas disposições para reforçar os seus laços com a comunidade e facilitar a sua reinserção na sociedade.

11. Duração das medidas não privativas de liberdade

11.1. A duração das medidas não privativas de liberdade não ultrapassa o período estabelecido pela autoridade competente de acordo com a legislação em vigor.

11.2. Pode pôr-se fim a uma medida não privativa de liberdade quando o delinquente reage favoravelmente à sua aplicação.

12. Condições das medidas não privativas de liberdade

12.1. Quando a autoridade competente fixa as condições a respeitar pelo delinquente, deverá ter em conta as necessidades da sociedade e as necessidades e os direitos do delinquente e da vítima.

12.2. Estas condições são práticas, precisas e no menor número possível e visam evitar a reincidência e aumentar as oportunidades de reinserção social do delinquente, tendo também em conta as necessidades da vítima.

12.3. No começo da aplicação de uma medida não privativa de liberdade, são explicadas ao delinquente, oralmente e por escrito, as condições de aplicação da medida, assim como os seus direitos e obrigações.

12.4. As condições podem ser modificadas pela autoridade competente, de acordo com a lei, em função dos progressos realizados pelo delinquente.

13. Como assegurar o tratamento

13.1. Em certos casos convém, no âmbito de uma medida não privativa de liberdade, preparar diversas soluções tais como métodos individualizados, terapia de grupo, programas com alojamento e tratamento especializado de diversas categorias de delinquentes, tendo em vista responder mais eficazmente às necessidades destes últimos.

13.2. O tratamento é efectuado por especialistas que têm a formação requerida e uma experiência prática apropriada.

13.3. Quando se decide que um tratamento é necessário, convém analisar os antecedentes, a personalidade, as aptidões, a inteligência e os valores do delinquente, em especial as circunstâncias que conduziram à infracção.

13.4. Para aplicação das medidas não privativas de liberdade, a autoridade competente pode apelar ao concurso da colectividade e aos vectores de socialização.

13.5. O número de casos entregues a cada agente deve manter-se, tanto quanto possível, a um nível razoável a fim de assegurar a eficácia dos programas de tratamento.

13.6. A autoridade competente abre e gere um processo para cada delinquente.

14. Disciplina e desrespeito pelas condições do tratamento

14.1. O desrespeito das condições a observar pelos delinquentes pode conduzir à modificação ou à revogação da medida não privativa de liberdade.

14.2. A modificação ou a revogação da medida não privativa de liberdade só pode ser decidida pela autoridade competente depois de um exame pormenorizado dos factos relatados pelo funcionário encarregado da vigilância e pelo delincente.

14.3. O insucesso de uma medida não privativa de liberdade não deve conduzir automaticamente a uma medida de prisão.

14.4. Em caso de modificação ou de revogação da medida não privativa de liberdade, a autoridade competente esforça-se por encontrar uma solução de substituição adequada. Uma pena privativa de liberdade só pode ser pronunciada se não existirem outras medidas adequadas.

14.5. O poder de prender e de deter o delincente que não respeita as condições enunciadas é regido por lei.

14.6. Em caso de modificação ou revogação da medida não privativa de liberdade, o delincente tem o direito de recorrer para uma autoridade judicial ou outra autoridade independente.

VI - PESSOAL

15. Recrutamento

15.1. No recrutamento, ninguém pode ser objecto de uma discriminação fundada na raça, cor, sexo, idade, língua, religião, opiniões políticas ou outras, na origem nacional ou social, nos bens, no nascimento ou qualquer outro motivo. A política de recrutamento deverá ter em conta as políticas nacionais de acção em favor dos grupos desfavorecidos e a diversidade dos delinquentes colocados sob vigilância.

15.2. As pessoas nomeadas para aplicar medidas não privativas de liberdade devem ser pessoalmente qualificadas e ter, se possível, uma formação especializada apropriada e uma certa experiência prática. Estas qualificações serão claramente definidas.

15.3. A fim de ser possível recrutar e manter pessoal qualificado, convém assegurar-lhe um estatuto, uma remuneração e vantagens adequadas, tendo em consideração a natureza do trabalho pedido, e oferecer-lhe possibilidades de aperfeiçoamento e perspectivas de carreira.

16. Formação do pessoal

16.1. A formação visa fazer com que o pessoal tome consciência das suas responsabilidades em matéria de reinserção dos delinquentes, da protecção dos direitos dos delinquentes e da protecção da sociedade. Deve igualmente sensibilizá-lo para a necessidade de uma cooperação e de uma coordenação das actividades com outros órgãos competentes.

16.2. Antes de assumirem as suas funções, os agentes receberão uma formação que incide, designadamente, sobre a natureza das medidas não privativas de liberdade, os objectivos da vigilância e as diversas modalidades de aplicação das ditas medidas.

16.3. Uma vez em funções, os agentes manterão actualizados e desenvolverão os seus conhecimentos e as suas qualificações profissionais graças a uma formação permanente e a cursos de reciclagem. Serão previstos meios apropriados para este fim.

VII - VOLUNTARIADO E OUTROS RECURSOS DA COLECTIVIDADE

17. Participação da colectividade

17.1. A participação da colectividade deve ser encorajada, porque constitui um recurso capital e um dos meios mais importantes de reforçar laços entre os delinquentes submetidos a medidas não privativas de liberdade e as suas famílias e a comunidade. Esta participação deve completar os esforços dos serviços encarregados de administrar a justiça penal.

17.2. A participação da colectividade deve ser considerada como uma oportunidade para os seus membros de contribuírem para a protecção da sua sociedade.

18. Compreensão e cooperação por parte do público

18.1. Os poderes públicos, o sector privado e o grande público devem ser encorajados a apoiarem as organizações voluntárias que participem na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

18.2. Devem ser regularmente organizadas conferências, seminários, simpósios e outras actividades para melhor se fazer sentir que a participação do público é necessária para a

aplicação das medidas não privativas de liberdade.

18.3. É conveniente recorrer aos meios de comunicação social, sob todas as suas formas, para fazer com que o público adopte uma atitude construtiva que conduza a actividades apropriadas para favorecerem uma ampla aplicação do tratamento em meio aberto e a integração social dos delinquentes.

18.4. Deve fazer-se tudo para informar o público sobre a importância do seu papel na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

19. Voluntários

19.1. Os voluntários são rigorosamente seleccionados e recrutados segundo as aptidões exigidas para os trabalhos considerados e o interesse que têm por eles. São convenientemente formados para o desenvolvimento das funções específicas que lhes sejam confiadas e podem receber apoio e conselhos da autoridade competente, que podem também consultar.

19.2. Os voluntários encorajam os delinquentes e as famílias a entrarem em ligação concreta com a colectividade e a ampliá-la, fornecendo-lhes conselhos e qualquer outra forma de assistência apropriada, de acordo com os seus meios e as necessidades dos delinquentes.

19.3. No exercício das suas funções, os voluntários estão cobertos por um seguro contra acidentes e ferimentos e por um seguro contra terceiros. As despesas autorizadas relativas ao seu trabalho são-lhes reembolsadas. Os serviços que prestam à comunidade deverão ser oficialmente reconhecidos.

VIII - INVESTIGAÇÃO, PLANIFICAÇÃO, ELABORAÇÃO DAS POLÍTICAS E AVALIAÇÃO

20. Investigação e planificação

20.1. Convém procurar interessar as entidades tanto públicas quanto privadas, na organização e na promoção da investigação sobre o tratamento dos delinquentes em meio aberto, que constitui um aspecto essencial da planificação.

20.2. A investigação sobre os problemas com que se debatem os indivíduos em causa, os práticos, a comunidade e os responsáveis deve ser efectuada de modo permanente.

20.3. Os serviços de investigação e de informação devem ser integrados no sistema de justiça penal para recolher e analisar os dados estatísticos pertinentes sobre a aplicação do

tratamento de delinquentes em meio aberto.

21. Elaboração das políticas e preparação dos programas

21.1. Os programas relativos às medidas não privativas de liberdade devem ser planificados e aplicados de modo sistemático como parte integrante do sistema de justiça penal no processo de desenvolvimento nacional.

21.2. Os programas devem ser regularmente revistos e avaliados a fim de se tornar mais eficaz a aplicação das medidas não privativas de liberdade.

21.3. Deve efectuar-se um exame periódico para avaliar o funcionamento das medidas não privativas de liberdade e ver em que medida conseguem atingir os objectivos que lhes foram fixados.

22. Ligação com outros organismos aparentados e actividades conexas

22.1. Devem ser implementados a diferentes níveis os serviços necessários para assegurar a ligação entre, por um lado, os serviços responsáveis pelas medidas não privativas de liberdade, os outros sectores do sistema da justiça penal, os organismos de desenvolvimento social e de protecção social, tanto públicos quanto privados, em domínios tais como a saúde, o alojamento, a educação e o trabalho, e os meios de comunicação social por outro lado.

23. Cooperação internacional

23.1. Far-se-ão esforços para promover a cooperação científica entre países no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto. Convém reforçar o intercâmbio entre os Estados membros sobre as medidas não privativas de liberdade quer se trate de investigação, de formação, de assistência técnica ou de informação por intermédio dos institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes e em estrita colaboração com o serviço da prevenção do crime e de justiça penal do Centro para o Desenvolvimento Social e as Questões Humanitárias do Secretariado da Organização das Nações Unidas.

23.2. Convém encorajar a realização de estudos comparativos e a harmonização das disposições legislativas para alargar a gama das opções não institucionais e facilitar a sua

aplicação para lá das fronteiras nacionais, de acordo com o tratado tipo relativo à transferência de vigilância de delinquentes que beneficiam de uma suspensão da execução da pena ou de uma liberdade condicional.