

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos constituem, na atualidade, tema de grandes preocupações para os Estados e para a comunidade internacional quanto aos mecanismos de sua promoção e proteção. A ideia da proteção, originariamente centrada na pessoa como único sujeito titular dos direitos, descartando outros seres desta proteção (animais e plantas), ultrapassa hoje em dia, o âmbito da proteção humana, abrangendo outras espécies que, por natureza, entram na interação com o próprio homem. Tal é o caso dos animais e das plantas (meio ambiente), que representam preocupações para os Estados na atualidade.

A proteção dos Direitos Humanos é anterior ao surgimento do Estado. Desde a Grécia Antiga até o aparecimento do Estado com o seu aparato de normas de limitação dos poderes dos representantes do povo. Essa marcha será desenvolvida ao longo do trabalho até desembocar nas grandes declarações dos direitos humanos: da Magna Carta da Inglaterra (1215), da Independência dos EUA (1776), da Revolução Francesa (1789), e que mais tarde culminaram com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), com os instrumentos a ela associada, formando o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos do Homem.

No continente africano a problemática dos Direitos Humanos continua a suscitar preocupações dos Estados Africanos e da própria comunidade internacional, que vê constantes atrocidades contra os cidadãos, estando na origem da criação da Carta Africana como instrumento que busca promover e proteger os direitos dos cidadãos.

A proteção do indivíduo na África decorreu desde o período pré-colonial, sempre relacionada aos princípios da moralidade e da religiosidade, visto que o homem africano está muito ligado à sua tradição cultural, que transcende o mundo real respeitando os espíritos dos seus antepassados, fisicamente mortos, mas “vivos entre os vivos”. Este fato reflete na importância da valorização das culturas africanas que, embora não escritas, são transmitidas de gerações para gerações e influenciam os códigos civis desde a época pré-colonial, desembocando na elaboração da concepção africana adotada na Carta.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos constitui um contributo importante para o desenvolvimento do direito regional africano e preenche uma lacuna em matéria de proteção dos Direitos do Homem. Trata-se de um progresso significativo, resultante de um compromisso entre as concepções políticas e jurídicas opostas, que vieram a trazer ao direito internacional dos direitos do homem a consagração de uma relação dialética entre direitos e

deveres, por um lado, e a enunciação tanto de direitos do homem como de direitos dos povos, por outro.

Nesta perspectiva, o tema desta pesquisa dissertativa é: A Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. A escolha deste tema justifica-se pelo grau de exclusão social dos cidadãos guineenses, em particular, e da África, em geral, devido à concepção de democracia existente neste continente e que leva aos abusos no campo dos Direitos Humanos por parte do próprio poder público.

A África é um continente com muitos problemas relacionados à pobreza: analfabetismo, doenças, entre outras situações que afetam as populações. Neste contexto, é urgente a implementação prática dos vários instrumentos ratificados no âmbito internacional por parte dos Estados Africanos e que se somaram à Carta Africana criada em 1981. O sistema africano previsto nessa Carta, inspirado na base das tradições culturais africanas, continua a encontrar grandes adversidades para a sua implementação prática. Fundamentalmente, devido à falta da vontade política entre os próprios Estados Africanos e também à inércia da Organização da Unidade Africana (OUA) enquanto organização política do continente capaz de zelar pelo cumprimento da Carta e dos Direitos Humanos.

Essa falta de afinidade da OUA com os Direitos Humanos tem permitido ao poder público o não cumprimento dos dispositivos da Carta, o que tem demonstrado violações dos direitos dos cidadãos dos Estados- membros.

O propósito, neste contexto, é dar um contributo para a problemática do estudo dos Direitos Humanos na África, fazendo uma análise crítica da Carta Africana, bem como sua relação com outros instrumentos análogos, nomeadamente a Convenção Europeia e Interamericana. De forma mais específica, serão abordadas as questões dos direitos fundamentais à luz da Constituição da Guiné-Bissau (que possui algumas semelhanças com a Carta, em matéria dos direitos civis e políticos) e, de forma simplista, a Constituição do Brasil de 1988.

Em termos específicos, pretende-se levantar conhecimentos mais aprofundados sobre a problemática dos Direitos Humanos na Guiné-Bissau e na África em geral, e habilitar-se para o exercício das funções quer académicas, quer na magistratura do Ministério Público guineense.

Procurar-se-á fazer uma abordagem multidisciplinar que poderá vir a despertar interesse não só para juristas, mas também para historiadores, sociólogos e economistas. Considerando a escassez de material tanto nos países africanos como no Brasil e consciente das dificuldades

de coleta do mesmo, põe-se a realização de uma pesquisa profunda sobre as diversidades culturais africanas e a forma de efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Nesta ótica, será utilizada a proposta metodológica de Karl Popper no que concerne à submissão da hipótese à refutação, bem como a concepção de Boaventura de Souza Santos sobre o senso comum.

Assim, na voz de Boaventura de Souza Santos¹, a ciência moderna produz conhecimento e desconhecimento, porque faz do cientista um ignorante especializado e do cidadão, ignorante generalizado, enquanto a ciência pós-moderna diz que nenhum conhecimento é em si mesmo racional, só a configuração de todos eles é racional. O conhecimento vulgar e prático é mais importante porque permite-nos orientar todos os dias a nossa ação e dá-nos sentido à vida. O conhecimento do senso comum tende a ser mistificado e mistificador. Apesar disto, tem uma dimensão utópica e libertadora, pois ele faz coincidir causa e intenção. Assenta na criatividade e responsabilidade individual; ele é prático e programático, é transparente e evidente, é superficial, indisciplinar, metódico, retórico e metafórico. Duvidamos do passado para imaginarmos o futuro, mas vivemos demasiadamente o presente para podermos realizar o mal do futuro.

A essência do senso comum pressupõe que haja uma intercessão do conhecimento natural (das ciências da natureza) com o conhecimento moderno das ciências sociais, considerando que em cada época há o que a ciência considera verdadeiro e que pode mudar com o aparecimento de novo paradigma. Daí, pode-se concluir que o novo paradigma não refuta de forma cabal o anterior ou o velho paradigma, mas serve-lhe de ponte para novos conhecimentos científicos.

Em consonância com a opinião deste autor, a Carta Africana procura fazer um contraponto entre a tradição cultural africana e a modernidade, vista através da concepção africana dos direitos humanos adotados nela.

Neste caminho a presente pesquisa visa responder os seguintes questionamentos: Será possível existir na África um verdadeiro sistema de proteção dos direitos fundamentais, considerando as especificidades culturais dos Estados Africanos? A implementação de um sistema de proteção de Direitos Humanos está ligada ao grau de desenvolvimento das

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Córtes, 2006, p. 88,89.

estruturas democráticas. Será que existem essas estruturas na África? A falta de afinidade da OUA com os Direitos Humanos, aliada à falta de vontade política dos governantes africanos, vai contribuir para a edificação do sistema africano dos Direitos Humanos?

Para melhor facilitar ao leitor, cabe observar que o presente trabalho está dividido em seis capítulos. O primeiro deles destina-se a trazer discussão sobre a gênese dos Direitos Humanos, tendo como base de apoio o livro de Fábio Konder Comparato (*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*), centrando essa abordagem na pessoa humana como centro de toda preocupação.

Como é sabido, a discussão da questão começou desde a antiguidade clássica grega, buscando a ideia da proteção na filosofia mitológica da imagem de Deus enquanto possuidor da lei divina. A transposição foi feita através da filosofia racionalista, tendo a lei como fundamento da proteção do homem gregário na *polis*. Prosseguindo na busca dessa proteção foram surgindo, cada vez mais, instrumentos na era moderna alargando o âmbito dessa proteção até o nível internacional. Dedicar-se-ão algumas páginas deste capítulo para mostrar a marcha dos Direitos Humanos até hoje.

O segundo capítulo versa sobre a evolução da proteção dos Direitos Humanos na África, destacando nesta ótica três períodos: pré-colonial, colonial e após a independência dos Estados Africanos. Este último subdividido em duas fases: antes da democratização, que inclui o surgimento da Organização da Unidade Africana, e a fase da democratização dos países africanos.

Nesse capítulo procura-se demonstrar as características específicas de cada período, com vista a perceber o alcance da proteção tendo em conta a teoria geral dos Direitos Humanos, permitindo ao leitor visualizar a ideia de proteção do homem africano nestes períodos.

O terceiro capítulo é voltado à descrição da trajetória cronológica da origem da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, bem como a sua estrutura. Neste trajeto serão descritos os principais acontecimentos que deram origem à Carta, a concepção africana adotada nela, sua evolução, críticas a essa concepção, a formulação dos direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais, e sua comparação com outros instrumentos, nomeadamente as Convenções Europeia e Interamericana dos Direitos do Homem.

O quarto capítulo será voltado à garantia e salvaguarda da Carta através dos seus órgãos previstos. Nele será destacado o papel da Comissão como órgão de promoção e proteção da Carta, uma vez que o seu texto original não previu um órgão jurisdicional (Corte Africana) de

proteção dos Direitos Humanos. Serão demonstradas as dificuldades da Comissão no exercício das suas atividades, traduzidas na fragilidade do sistema africano na promoção e proteção dos Direitos Humanos. A adoção do protocolo adicional à Carta e a instituição do Tribunal Africano de Direitos Humanos em 2004 vieram dar outro impulso à proteção dos Direitos Humanos, contudo a proteção continua ainda deficiente dada a falta de poder da Corte na implementação das suas decisões.

No quinto capítulo, dedicado à análise comparativa do sistema africano e outros sistemas análogos, traçar-se-á um quadro comparativo entre os três sistemas regionais (Europeu, Interamericano e Africano), tirando as conclusões das vantagens e deficiências de cada um. O sistema europeu é o mais evoluído de todos, considerando o nível da cultura jurídica da população europeia, seguido do sistema interamericano que apresenta algumas melhorias em relação ao sistema africano. Este último tem muitas dificuldades, aliadas ao recente processo de descolonização e democracias incipientes que não permitem a melhor garantia dos Direitos Humanos.

O sexto e último capítulo versa sobre a garantia e salvaguarda da Carta na ordem interna da Guiné-Bissau. Nele serão abordados o enquadramento jurídico da Carta na ordem interna guineense e como a Constituição da Guiné-Bissau recepciona o Direito Internacional. Tratar-se-á de fazer uma comparação entre o catálogo dos direitos previstos na Carta e os previstos na Constituição da Guiné, a força jurídica da Carta na ordem jurídica guineense e a prática dos tribunais guineenses.

Na conclusão procurar-se-á fazer uma análise dos capítulos abordados e críticas ao sistema africano de promoção e proteção dos Direitos Humanos previsto na Carta. A ordenação dos capítulos e a sucessão das matérias foram assim feitas para permitir a melhor compreensão ao leitor, uma vez que a sequência tem como fito trazer uma abordagem lógica à luz do tema discutido.

2 GÊNESE DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 INTRODUÇÃO

A pessoa² humana é o ponto central que foi tratado por estudiosos ao tentar elaborar uma genealogia dos Direitos Humanos enquanto instituto que está lastreado ou acimentado pelas relações sociais e políticas em seus âmbitos de convivência. Percebe-se que o tratamento da questão perpassa pela ideia de poder tanto econômico, quanto político e religioso, dando assim uma configuração convincente do sentido de Direitos Humanos ao longo da história das atividades do próprio homem. Nesta ordem é que emerge a questão do cuidado com a vida em suas várias dimensões:

Se a humanidade³ ignora o sentido da Vida e já mais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, dignidade do aviltamento. Tudo se identifica e se confunde, no magma caótico do absurdo universal, aquele mesmo abismo amorfo e tenebroso que, segundo o relato bíblico precedeu a criação.

Com efeito, o ponto central está na busca de um sentido da Vida enquanto instância pela qual surgem todos os demais elementos formadores do juízo humano, tais como: equidade, sublimidade, o belo e seus antípodas. Portanto, ela, a própria Vida, a valoração e sua significação vão se configurando ao longo da história do homem.

Como detentor da Vida, o homem aparece como um grande desconhecido que se inquieta pela busca de um conhecimento sobre si mesmo, sabendo ele que, de posse desse conhecimento, as possibilidades de maior segurança em suas resoluções se tornam mais evidentes.

O homem⁴ aparece, aos seus próprios olhos, como um problema; ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana.

Põe-se o homem como elemento detentor de falta de clareza, compreendida tanto na sua individualidade como também no aspecto da dimensão de pessoa, aqui entendida como resultante da própria reflexão do homem no uso da razão.

² Pessoa etimologicamente deriva da palavra latina *persona*, também, substantivo feminino singular. No uso corrente, pessoa significa atualmente “indivíduo, considerado em si mesmo, homem ou mulher, ser humano; personagem; individualidade ou, também, homem em suas relações com o mundo ou consigo mesmo”.

“Pessoa” é um ser individual racional e “personalidade” é o modo pessoal do ser individual racional realiza-se e manifesta-se pelo corpo ou pela mente, segundo os seus atos individuais (FAITANIN, Paulo. Pessoa: a essência e a máscara!. Disponível em: <[www.aquinate.net/ciência e fé](http://www.aquinate.net/ciência_e_fé)>. Acesso em: 26 jun. 2009).

³ COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.5.

⁴ *Ibidem*, p.10.

[...], é a partir do período axial⁵ que, pela primeira vez na história o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançaram-se, assim os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Os fatos são sequenciados na busca de uma transcendência em que a concepção de homem suprime as perspectivas individualistas, superficiais ou exteriores, indo ao âmago da questão que é algo comum a todo e qualquer ser humano: vida que passa a ser entendida racionalmente, passível de novas compreensões. Assim, fundamentando-se nas intencionalidades históricas, através dos seus registros, verifica-se como a pessoa humana e os seus direitos vão agregando sentidos. Nesta tese as passagens subsequentes vão se revestindo de significações históricas:

A lei escrita⁶ alcançou entre Judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mas particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política.

Dois elementos aqui presentes representam significativamente dois referenciais históricos que demarcam muito bem a humanidade na sua trajetória evolutiva. Em primeiro lugar está a compreensão da lei como manifestação do divino. Em segundo lugar, a compreensão da lei como resultante da investigação racional de situações sociais, caracterizadas por princípios universalistas. Agregado a esses dois elementos está o fator político como instância ou palco em que as investigações tomam sentidos existenciais humanos. Pela lei escrita, perde o arbítrio governamental, passando o princípio de igualdade a prevalecer na própria norma. Isto está posto nos trágicos gregos como Eurípides, Sófocles e em escritos filosóficos de Platão ao refletir sobre a humanidade, que traz em si uma igualdade natural, o que é demonstrado no plano de uma historicidade antiga descrita pela cultura filosófica e religiosa grega. Por outro lado, uma manifestação religiosa descreve o ideal de pessoa humana em que Deus é o modelo para todos os homens - aí está toda a tradição do judaísmo desde Abrão, seus profetas, até a ruptura com a presença de Cristo, que se faz “modelo ético de pessoa,” possibilitando uma acessibilidade a ser imitada. O que se percebe como pano de fundo nesta discussão é a concepção da ideia de igualdade universal dos filhos de Deus, mas com sua validade apenas na dimensão espiritual, uma vez que:

O Cristianismo⁷ continua admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.11-12.

⁶ *Ibidem*, p.13.

⁷ *Ibidem*, p.18.

dos povos americanos, africano e asiático colonizados, em relação aos colonizadores europeus.

Mesmo cômico da igualdade enquanto humanos, o poder religioso faz prevalecer o sectarismo que privilegia alguns indivíduos em detrimento da exploração de outros. Nesta ordem de fatores, pensadores religiosos elaboraram conceito de pessoa, fundamentado a partir de princípios desenvolvidos pelos filósofos gregos. Mesmo assim, a comunicação dada pela “boa nova” de uma igualdade entre todos os seres humanos, no plano divino, favoreceu a discussão entre os doutores da Igreja.

Comparato⁸, na obra citada, demarca as etapas percorridas através de discussões em torno da concepção de pessoa. A primeira discussão conceitual entre os doutores da igreja versou sobre a “ortodoxia ou heterodoxia” de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus Cristo: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome monofisista atribuído aos partidários desta crença) e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo, portanto, uma natureza substancial a este. Os padres conciliares recorreram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos de hypostasis e prósopon, decidindo, como dogma de fé, que a hypóstasis⁹ de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza: humana e divina, numa única pessoa- vale dizer, numa só aparência.

A discussão, pelo que foi descrito, usou o suporte teórico do legado cultural deixado pelos gregos para dirimir contenda sobre a pessoa do Cristo como ser dotado de dupla natureza, carecendo assim a continuidade de uma precisão do conceito de pessoa mais humana, mais direcionada para a realidade estritamente humana. Isto se explica pela suposta superioridade do Cristo em relação à humanidade, causa primeira da discussão descrita acima.

⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.19.

⁹A palavra hypóstasis, normalmente traduzida por substância, base, fundamento, é etimologicamente formada por hypó (sob, debaixo)+ stáse (posição). Literalmente seria algo posicionado sob o que realmente trazer a ideia daquilo que existe debaixo do ente, portanto substância é uma boa tradução.

O termo substância é usado desde Platão (c427-c347aC), mas é Aristóteles (384-322aC) que relaciona o conceito com a ideia do ser, isto é, substância é necessariamente aquilo que é, estabelecido que a substância constitui a estrutura necessária do ser é a causa da substância.

Quando o termo é relacionado com Deus no âmbito do cristianismo, isto acontece nas discussões dos primeiros séculos relacionados com a Trindade, especialmente em Atanásio (295-373 dC), que no Concílio de Nicéia (325dC) refuta as ideias de Ário, um presbítero em Alexandria, e em Agostinho (354-430 dC). A palavra substância passa a ser preferida a palavra pessoa (prósopon) para descrever o ser de Deus. O argumento era que o termo pessoa evocava mais a ideia de representação, máscara ou imagem, enquanto substância consistia na essencialidade do próprio ser. (SYNOPSE. Simplificando a Verdade Bíblica. HYPOSTASIS. Disponível em <http://www.synopse.com.br/glossario/hypostasis.htm> . Acesso em: 26 jun. 2009).

Foi Boécio¹⁰, segundo Comparato, que, realmente, apresentou um conceito de pessoa que repercutiu por toda a Idade Média.

Ao rediscutir o dogma¹¹ proclamado em Nicéia, no início do século VI, Boécio identificou de certa forma *prósopon* com *hypostasis*, e acabou dando a noção de pessoa um sentido mais diverso daquele pregado pelo concílio, onde caracterizava como substância individual da natureza racional.

O que diferencia basicamente esta fase é a percepção de pessoa, que vai além da exterioridade, passando a ser substância: algo permanente e invariável. A partir deste conceito é que São Tomas de Aquino, na *suma teológica*, concebe o homem como um composto de substância espiritual e corporal. Assim, o âmbito do conceito está configurado no plano do genuinamente humano, passando a ser aceito como referencialidade para as concepções posteriores.

Deste¹² fundamento, igual para todos os homens, os escolastas e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teria vigência ou força jurídica, ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*.

É a positividade das normas como princípio fundamental que não deve contradizer o direito natural. Ou seja, qualquer norma que vai de encontro ao direito natural está fadada a não aceitação como legítima.

Os dois momentos descritos sobre o esforço dispendido culturalmente para conceituar a pessoa refletem uma exatidão de momentos históricos caracterizados por interesses e compreensões específicos. O primeiro momento tenta justificar a pessoa a partir de elementos deixados pela cultura grega, especificamente os cômicos e trágicos do teatro grego, que investigavam sobre a questão da liberdade, do determinismo, do livre arbítrio, através dos gêneros dramáticos caracterizados pelo extremismo entre atrocidade e piedade, bem e mal; ou seja, o homem era tratado, em suas ações, pela compreensão da ação e do sentimento, da razão e do instinto. É neste universo que surge a compreensão de *hypostasis* e *prósopon*. Percebe-se aí a preocupação de se estabelecer um lugar comum ao conceito de pessoa na sua humanidade. A partir daí, Aristóteles reestrutura a concepção de essência para a pessoa

¹⁰ ‘Pessoa’ em Boécio: No latim medieval do séc.IV-V d.C. *persona* passa a referir, sobretudo, o significado de “subsistência, honra e dignidade espiritual”, em razão de sua referência à pessoa divina do Cristo encarnado. Neste sentido, *persona* já não significa o sentido original da palavra grega *prósopon* (máscara), porque é utilizada para traduzir semanticamente o sentido da palavra grega *hypóstasis* que significa subsistência, para ser utilizada dentro dos contextos teológicos patrísticos, em suas análises Escriturísticas Neo-testamentárias, a fim de evitar associar pessoa enquanto derivada de *prósopon* máscara/ aparência enganosa, com a Pessoa divina enquanto natureza divina subsistente.

Pessoa é a substância individual de natureza racional (FAITANIN, Paulo-UFF. *Pessoa: a essência e a máscara!*. Disponível em: <www. Net/ciência e fé>. Acesso em: 26 jun. 2009).

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.20.

¹² *Ibidem, loc.cit.*

humana como algo em si mesma, na sua forma manifestada através dos seus atributos e acessórios constitutivos.

Na segunda tentativa de elaboração do conceito de pessoa, verifica-se que Boécio, centrado mais em Aristóteles, concebe a pessoa como algo determinado pela sua história nas dimensões supostas do tempo e do espaço vivido. Aqui, a máscara do teatro grego deixa de ser um elemento acessório ou exterior ao ator e passa a ser ou fazer parte do próprio ator, que representa a pessoa humana na sua essência. Tal situação, compreendida a partir de critérios fundamentados na lógica ou na razão humana, prima pela universidade dos conhecimentos e pela não contradição entre os princípios estruturantes do conhecimento. É assim a positividade, patenteando suas forças enquanto critérios para a elaboração do conceito de pessoa.

Comparato¹³ ainda aborda um terceiro momento do esforço perpetrado pelo homem na busca da elaboração de um conceito teórico de pessoa, “como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda a ordenação estatal”. O suporte teórico usado pelo referido autor está compreendido no âmbito da filosofia Kantiana, especificamente nas obras “Crítica da Razão Pura,” e “Fundamentos para a Metafísica dos Costumes,” que, na realidade, é uma introdução que Kant faz a primeira obra mencionada.

O primeiro postulado de Kant¹⁴ é de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (Gebot) e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo há duas espécies de imperativos. De um lado, os hipotéticos, que representa a necessidade prática de uma ação possível considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico que representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.

Portanto, a modernidade é historicamente ilustrada pelo autor para justificar o terceiro momento do esforço humano em compreender racionalmente a pessoa humana, tendo como princípio primeiro da ética o homem como um ser racional, que existe como um fim em si mesmo e não como coisa. A dignidade da pessoa passa agora a ser constituída como resultante da sua vontade racional, da sua autonomia ou, em outras palavras, regida pelas suas próprias leis.

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.21.

¹⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

Portanto a vontade racional é a condição primeira da pessoa que se submete à razão prática, distinguindo o homem ou a pessoa de coisas. O desdobramento compreensivo da demonstração Kantiana de pessoa é feito por Comparato¹⁵ da seguinte maneira:

[...], a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos á realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social,[...].

Há, portanto, a presença de ideias de valores do homem e da substancialidade das coisas na argumentação de Kant. Verifica-se a dialética entre coisas dotadas de relatividade valorativa e homem dotado de dignidade enquanto valor absoluto. Nesta confluência de fatores verifica-se a eticidade do homem como fator preponderante na elaboração do conceito de pessoa. Em outras palavras, a inserção da concepção de valor, axiologicamente falando, configura a pessoa como ser no mundo, que detém vontade e capacidade de agir livremente a partir dos ditames da racionalidade. Ou seja, é no mundo das preferências valorativas, das leis que a objetividade das coisas é estruturada na sociedade organizada a partir de princípios considerados negativos ou positivos. Tais princípios terão repercussão de mais ou menos valor, razão pela qual a personalidade humana é desenvolvida. Isto porque o homem passa a ser considerado, dentro do universo compreensivo do ser vivo, que tem condições de guiar suas preferências valorativas.

É, segundo Comparato¹⁶, a partir desta realidade axiológica que emerge toda a teoria jurídica. “Os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes à convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”.

O discurso sobre a pessoa humana, até aqui posto em linhas gerais, provoca novas inquietações, manifestadas no século XX através das argumentações filosóficas como filosofia da vida e do pensamento existencialista.

Reagindo¹⁷ contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentua o caráter único e, por isso mesmo inigualável e irreprodutível da personalidade individual. [...], reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. [...]. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a do outro qualquer.

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.25.

¹⁶ *Ibidem*, p.26.

¹⁷ *Ibidem*, p.27.

Percebe-se que há uma mudança radical em torno do conceito de pessoa humana, que foca a sua atenção na unicidade do indivíduo com gosto e preferências eivadas por sua vontade, sua autonomia e pela liberdade de escolha que o qualifica como pessoa única e inserida em valores culturalmente elaborados. Nestes termos, a reflexão filosófica da contemporaneidade considera o homem como um ser inacabado, negando-o enquanto algo fixo e sem mutabilidade. A explicação sobre esta tese constitui-se a partir da ideia de que o homem é passível de influência dos elementos culturalmente elaborados. “Cada¹⁸ um de nós já nasce com uma visão de mundo moldada por todo um passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos”

A transitoriedade das coisas e dos valores está fundamentada no princípio evolutivo e progressivo; em outras palavras, em uma contínua transformação em que “toda a pessoa¹⁹ é um sujeito em processo de vir a ser, é o único ser inacabado pela sua própria essência; ou seja ele não tem substância no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna”.

A afirmação de que ao homem eram dados, por natureza, princípios fixos e perfeitos passa a ser questionada na contemporaneidade sendo substituída pela ideia de evolução, de progresso, de imprevisibilidade e de construção e reconstrução permanentes. Portanto, de um ser inacabado.

O percurso feito até agora sobre a gênese dos direitos, por Comparato, teve como suporte metodológico as várias concepções legadas pelos pensadores gregos (trágicos e cômicos), filósofos, teólogos cristãos-teologia e filósofos da modernidade e contemporaneidade com as suas características específicas de cada época. Vale lembrar que, neste último momento histórico, a forma de estruturação argumentativa usa como suporte as ciências matemáticas em suas justificativas em torno do conceito de pessoa, que remonta a momentos anteriores à formação do Estado, como afirma Daniela Comin Martins²⁰, ao resgatar as origens do entendimento dos Direitos do Homem em sociedade:

Estudar a percepção e evolução dos direitos humanos dentro da sociedade é um caminho para se aprofundar a compreensão das relações entre a justiça e cidadania e a partir disso, entendendo sua trajetória evolutiva, não mais conceituá-los como apenas direitos do cidadão, mas como direitos humanos anteriores a todo o homem.

¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.29.

¹⁹ *Ibidem*, p.30.

²⁰ MARTINS, Daniele Comin. Direitos humanos: historicidade e contemporaneidade. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.251.

Com efeito, a preocupação com a evolução histórica do conceito de pessoa é de fundamental importância para uma compreensão dos Direitos Humanos, porque ela é anterior à formação do Estado e, portanto, diz respeito a todo homem, independente de poder político e religioso. É pois, condição primária a ser preservada assim como o direito à vida e a ser pessoa na sua individualidade, no seu momento histórico existencial, na sua singularidade axiológica. Sendo assim:

A concepção²¹ atual dos direitos humanos é produto de uma formação histórica, através da junção de conceitos filosóficos elaborados desde a antiguidade, passando pelas idéias trazidas pelo Cristianismo durante a Idade Média e vindo desembocar na concepção moderna de direitos humanos, sob a égide da filosofia jusnaturalista.

O contributo dado por esses pensadores quanto ao exposto na compreensão de pessoa e dos seus consequentes direitos é que vai desembocar na modernidade e na contemporaneidade em relação às concepções do Direito enquanto ciência normativa do cidadão e da sua relação com a cidade o que culmina com as Declarações dos Direitos da Humanidade, principalmente de pensadores como Voltaire, Rousseau, Lavoisier e Kant. Seus manifestos concretizam-se a partir da Declaração de Direitos, trazendo dois marcos fundamentais: A Declaração da Independência Americana, em 1776, que afirma “todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de determinados direitos inatos, a exemplo do direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para garantir esses direitos, os homens estabelecem governos entre eles, cuja autoridade é dada pelo consentimento dos governados”, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, como resultado da Revolução Francesa,²² em 1789, que reconheceu “que os homens nascem e permanecem livres e em igualdade de direitos. As diferenças sociais não podem ser justificadas, salvo pelo benefício comum”.

Com o advento da modernidade, percebe-se uma transposição da teoria para a prática, em que filosofia e política unem-se através da positivação desses direitos, que se desaguam nas ideias da proteção internacional dos Direitos Humanos:

exigência²³ cada vez mais forte da humanidade de um mundo em que os direitos humanos sejam observados e em que os seres humanos, independentemente de sua raça, sexo e religião, origem nacional ou outra condição, sejam tratados com a dignidade que fazem jus.

²¹ MARTINS, Daniele Comin. *Op.cit.*, 1999, p.253.

²² *Ibidem*, p.255.

²³ BUERGENTHAL, Tomas. In: A proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos jurídicos e Instrumentos Básicos. Prólogo de Caetano Trindade. São Paulo: Saraiva, 1991, p.I.

2.2 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Há muitas controvérsias quanto à definição exata do que sejam Direitos Humanos, considerando a multiplicidade de fatores que agregam a esta expressão, dando possibilidade uma diversidade de sentidos ou por ser de natureza polissêmica. Nesta mesma ideia é que diz Van Boven²⁴:

É certamente ariscado fazer uma classificação dos direitos do homem baseada na sua influência ou importância respectiva. Efetivamente, a natureza fundamental de certos direitos depende da apreciação e da evolução que dela se faz, as quais variam segundo as épocas, civilização e religião.

Percebe-se que o critério para se definir Direitos Humanos está vinculado a uma infinidade de elementos desde a concepção originária de cada pessoa que se tenha dedicado a essa tarefa como também, na enumeração legada pela tradição cultural, com suas características específicas de cada civilização e região específica. Entretanto, apesar dessa dificuldade, fica clara a intenção de se elaborar um conceito de Direitos Humanos até mesmo para servir de instrumento teórico em discussões futuras.

Neste mesmo contexto surge outro argumento que defende a inseparabilidade entre os direitos fundamentais e os direitos do homem. Prende-se ao fato de, posteriormente fazer uma classificação entre coisas da mesma natureza sem fundamentação alguma.

Uma²⁵ tal distinção poderia implicar que existe uma hierarquia entre os diferentes direitos do homem segundo eles tenham ou um caráter fundamental. [...]. Esta idéia de indivisibilidade implica que os direitos do homem formam um todo e que não se possa estabelecer uma hierarquia entre eles.

A preocupação aqui presente é evitar-se que venha legislar-se no futuro de forma diferente sobre coisas de uma mesma essência apesar das influências exteriores que fortemente induzem quanto à interpretação da expressão Direitos Humanos.

Ciente da dificuldade de precisar o termo Direitos Humanos, o jurista brasileiro Andre de Carvalho Ramos²⁶ recorreu ao argumento de Hesse e Dallari para expor uma relativa compreensão dessa expressão. Com efeito, diz ele que, o primeiro autor define-o como “um

²⁴ VAN BOVEN, Theodoor C. Os critérios de distinção dos Direitos do Homem. In.: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem- Introdução*. Lisboa: ED. Livros Técnicos e Científicos, 1983, p.59.

²⁵ *Ibidem, loc.cit.*

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo: comentários dos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.27.

conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”²⁷.

Subentende-se que o ato de ser livre está visceralmente relacionado com a legislação em vigência em cada sociedade. Sendo assim, para se agir livremente, deve-se estar em consonância com a lei civil, política e pública que dimensionam em três aspetos a vida de todo e qualquer indivíduo que esteja inserido em uma sociedade civilizada.

Este é o lado objetivo, em que os Direitos Humanos podem ser percebidos. Já o lado subjetivo deles, corresponde ao que o autor referiu sobre dignidade, correspondendo ao aspecto ético da pessoa quanto o valor que se deve dar a si mesmo traduzido em honestidade, honra, respeitabilidade, decência, amor próprio. É o caráter entendido na ordem do fórum íntimo da pessoa humana.

Da mesma forma, André de Carvalho Ramos²⁸, parte da definição de Dallari que entende os direitos humanos como:

Uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.

Aqui a controvérsia volta quando este autor associa Direitos Humanos a direitos fundamentais da pessoa humana. Bobbio²⁹ é mais sintético ao dizer que “Direitos do Homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização”.

Apesar de parecer sucinto na sua colocação, Bobbio consegue colocar duas questões que geram polémica quanto à compreensão do que seja aperfeiçoamento da pessoa humana e desenvolvimento da civilização. Este mesmo autor³⁰, em seu capítulo “sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem”, encerra-o dizendo que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mais político”.

É verdade, uma vez que o problema de definir os direitos não resolve o âmbito de violação que é verificado diariamente na sociedade africana e em todo o mundo. A constante violação dos Direitos Humanos exige estratégias políticas em vista à por cobro a degradação da pessoa

²⁷ RAMOS, apud HESSE, 2001, p.27.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo: comentários dos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.27.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.17.

³⁰ *Ibidem*, p.23.

humana. Quando o autor fala que o problema dos Direitos Humanos é político, isto tem em conta a estrutura da organização política (Estado) que detem meios de fazer face a violência e se responsabilizar por essas violações de direitos, pois será sempre exigido dele os meios de segurança e de garantia para todos os cidadãos.

2.2.1 Os Direitos Humanos e os conceitos afins

Vários são os conceitos³¹ utilizados no âmbito da teoria geral dos Direitos Humanos para fazer ser compreendido o que vem a ser Direitos Humanos e, assim, poder instrumentalizar-se cientificamente as argumentações teóricas e suas dimensões práticas fazendo valer o que ficou posto na lei ou nos tratados internacionais.

No caso específico deste constructo teórico, foi eleito os estudos do Manuel Jorge Silva e Neto e José Afonso da Silva, por trazer uma abordagem mais didática e compreensível sobre esta teoria.

Percebe-se que as expressões Direitos Humanos ou Direito do Homem são mais utilizadas em tratados internacionais como, por exemplo, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1993, Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

O uso corrente destes termos nestas ambiências legais justifica-se pela natureza de significações universalistas que transcendem o âmbito das nacionalidades e visualizando o Homem como um ser cosmopolita ou cidadão do mundo, com características e necessidades iguais aos semelhantes, supra-sumindo assim, as particularidades determinadas por agentes históricos, sociais e políticas.

Os Direitos Fundamentais, enquanto expressão teórica tem sua mais aplicabilidade em instrumentos jurídicos de carácter nacionalista ou regionalista. Mas precisamente nos usos

³¹ A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. edição revista e atualizada (até a Emenda Constitucional nº56, de 20.12.2007) São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p.175).

frequentes nas constituições e leis internas de cada nação. Entretanto, à pasar das controvérsias entre as duas expressões verifica-se que é o ser humano que está em questão e que os direitos a ele inerentes são passíveis de serem reconhecidos, protegidos e aperfeiçoados pelos próprios processos históricos que utilizam a dinâmica social lastreada pela lei que regula as relações.

Bobbio³², depois de justificar a doutrina dos Direitos Humanos a partir da filosofia jusnaturalista, onde os Direitos Humanos eram independentes do Estado e que o estado de natureza era o local que surgiu os primeiros direitos como: “à vida, à sobrevivência, que inclui também o direito a propriedade; e o direito a liberdade, entendida como independência em face de todo constrangimento imposta pela vontade do outro”.

Esta citação é uma declaração de como surgiu os neologismos conceituais dentro da ciência humana e como eles são usados para instrumentalizar às ideias. Amplia seu pensamento(Bobbio) dizendo³³ que o estado de natureza era uma hipótese sobre uma situação de convivência humana pré-estatal ou pré-social, uma

mera fixão doutrinária que foi utilizado para justificar os direitos inerentes a própria natureza do homem, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação.

Portanto, é na confluência de fatores externos e internos inerentes a sociedade que os objetos são analisados e deste processo é que surgem os termos afins conforme o local de discussão for consoante os níveis hierárquicos que atuam as instituições sociais.

Outro conceito afim é o de direitos subjetivos públicos resultantes da consagração vitoriosa da revolução liberal. Consistem na outorga aos cidadãos de um conjunto de prerrogativas perante as autoridades públicas. Eles têm caracteres restritivos em relação aos Direitos Humanos, porque só incluem aqueles direitos que só se manifestam na relação com o Estado excluindo desse âmbito outros direitos, como sociais, difusos, entre outros que exigem do Estado uma prestação positiva, como sustenta Silva e Neto, que:

[...], como³⁴ assente na doutrina e presente também na elaboração legislativa atual, a categoria dos direitos fundamentais não se esgota no restrito campo das prerrogativas que se indicam as pessoas individualmente consideradas; antes transcendem-no para abranger direitos a prestação positivas do Estado, como se opera relativamente aos direitos sociais, ou ainda no que concerne aos direitos difusos.

³² BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*, 2004, p.68.

³³ *Ibidem*, p. 68-69.

³⁴ SILVA NETO, Manuel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional Atualizado até a EC nº 52/2006*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2006, p.463.

A era liberal é caracterizada pela abstenção do Estado na atuação ou atividades dos particulares, apenas garantindo-lhes a segurança para permitir que tudo corra de acordo com a vontade dos mesmos (a teoria do *laissez-faire* de Adam Smith). Portanto, o Estado não pode apenas garantir alguns direitos e deixar de garantir outros, caso do liberalismo que apenas se preocupava com os direitos civis e políticos dos cidadãos, sem pensar dos outros direitos que dele dependem para a sua realização, isto é, o caso dos direitos sociais, econômicos e ambientais que dependem de boas políticas públicas para sua efetivação, como sustenta Milton Friedman que³⁵:

[...], a organização de atividade econômica através de troca voluntária presume que se tenha providenciado, por meio do governo, a necessidade de manter a lei e a ordem para evitar a coerção de um indivíduo por outro; a execução de contratos voluntariamente estabelecidos; a definição do significado de direitos de propriedade e a sua execução; o fornecimento de uma estrutura monetária.

Tudo isso pressupõe a intervenção do Estado na limitação da atuação dos particulares e na promoção e proteção dos outros direitos que só dele dependem para a sua realização, caso dos direitos sociais e defusos referidos acima.

Figura-se também como conceito próximo dos Direitos Humanos o termo liberdades públicas, que deriva da influência da doutrina francesa. As leis sobre as liberdades públicas são todas aquelas que segundo Silva e Neto (2006) têm duplo significado: primeiro determinam as obrigações do Estado face aos cidadãos³⁶ e, segundo, fixam as garantias que permitem o seu cumprimento.

Da análise feita dos conceitos afins aos Direitos Humanos, far-se-à agora uma abordagem sucinta dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, mas, sem, no entanto entrar em grandes pormenores, uma vez que não constitui o tema em estudo.

2.2.2 Direitos Fundamentais na Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 adotou uma prática moderna de enunciação dos Direitos Humanos diferentemente das constituições anteriores, agrupando os direitos conforme os seus conteúdos, isto é, a natureza dos direitos protegidos, sejam eles individuais ou coletivos e os

³⁵ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Salvador/Bahia: Editora Artenova S.A, 1974, p.33.

³⁶ [...], Os direitos “individuais” são espécies dos direitos e garantias “fundamentais”. Constituição brasileira de 1988, inscreve para o Título “Dos Direitos e Garantias fundamentais”, que, por sua vez, engloba os dispositivos do art. 5º (“Dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos”), dos arts.6º/11 (“Direitos Sociais”), dos arts.12/13 (“Da Nacionalidade”), dos arts.14/16 (“Dos Direitos Políticos”) e, finalmente, do art.17º (“Dos Partidos Políticos”) (SILVA NETO, Manuel Jorge e. *Op.cit.*, 2006, p.463).

objetos de suas tutelas³⁷. A Constituição brasileira ainda admite nos termos do §2º do art.5º outros direitos e garantias fundamentais não previstos ou enunciados no texto constitucional, fazendo entender que os direitos provindos dos Tratados Internacionais assinados pelo Estado brasileiro são incorporados no sistema interno, conforme a redação do § 2º do art.5º, declara que: os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme José Afonso da Silva, são três as fontes de direitos e garantias anunciados por este artigo: 1º os expressos no (art. 5º, I A LXXVIII); 2º os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; e 3º os decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o Brasil é parte. Isto se sublinha pela incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, tema que voltaremos mais tarde relativamente à incorporação das normas internacionais dos Direitos Humanos no sistema interno guineense.

2.2.3 Universalismo X Relativismo dos Direitos Humanos

A discussão sobre a universalização dos Direitos Humanos tem trazido em seu bojo duas correntes doutrinárias contrárias: os universalistas e os relativistas culturais, dinamizando a discussão a partir da indagação: por que temos direitos ou as normas de Direitos Humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmente relativistas?

Neste elenco de indagação é que se verifica a postura dos universalistas, conforme Piovesan³⁸:

[...], Os direitos humanos decorrem da dignidade humana de valor intrínseco a condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irredutível-ainda que se possa discutir o alcance desse “mínimo ético” e dos direitos nele compreendidos.

³⁷. Seguida o Título Dos Princípios Fundamentais do Estado Brasileiro seguem os outros títulos dos direitos fundamentais: o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nele incluindo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Cap. I, art.5º); dos Direitos Sociais (Cap.II,dos arts.6º a 11º); dos Direitos da Nacionalidade (Cap.III, dos arts.12º a 13º); dos Direitos Políticos (Cap.IV dos arts.14º a 16º) e dos Partidos Políticos (art.17º). A par destes direitos anunciados nestes capítulos citados existem ainda outros previstos no Título VII referente à Ordem Econômica e financeira, no Título VIII- Da Ordem social onde se encontram direitos de conteúdo sociais, art.6º.(SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30. Ed. revista e atualizada (até a Emenda Constitucional nº56, de 20.12.2007). São Paulo: Ed. Malheiros, 2008,p.180).

³⁸ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.16.

A dignidade humana é, com efeito, o catalisador que provoca o estabelecimento do respeito à individualidade que se transmuta em valor universal essencial a condição da existência humana na sociedade.

[...], a noção³⁹ de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionada às especificidades circunstanciais culturais e históricas de cada sociedade.

É o contraponto dos defensores do relativismo cultural. Para eles, a unidade de poder conhecido como nação ou Estado é o local que dá sentido ou significação ao relativismo de direitos e de valores culturais exteriorizados e interpretados como Direitos do Homem. A pluralidade de culturas desemboca-se no sentido de que cada cultura produz os seus próprios valores distintos de outra cultura diferente, não podendo assim existir uma hierarquia entre as culturas.

Entre estes extremos, surgem defensores conhecidos como multiculturalistas, que garantem o princípio de possibilidade de estabelecimento de um ponto comum de compreensão apesar das diversidades culturais⁴⁰:

[...], Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturalistas. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potencializadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemonica de direitos humanos no nosso tempo.

Há, evidentemente, uma preocupação em buscar a equidade entre as duas posturas extremistas. Entende-se este movimento como dialético que resulta em processo sintético na ênfase de um local de comum acordo compreensivo.

Em outras palavras, é o movimento natural de jogo social do poder político e ideológico na sociedade organizada racionalmente. Este artifício metodológico traduzido sobre a epigrafe de multiculturalismo está presente na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos porque ela, pela sua essencialidade, é capaz de agregar as diversas culturas que compõem o mosaico étnico africano enquanto continente, sem que isso viesse a desagregar os elementos de coesão dela mesma. Este é um ponto que consegue reunir diferentes aspectos culturais, possibilitando a fusão de elementos culturais e reduzindo as disparidades regionais causadoras de conflitos étnicos-culturais prevaletentes na África. É preciso implementar o multiculturalismo como forma de reduzir as diferenças raciais existente no mundo e, também como mecanismo de banir a hierarquia prevaletente entre as raças.

³⁹ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁰ PIOVESAN, Flavia apud BOAVENTURA, *Op.cit.*, 2006, p.17.

2.2.4 A Internacionalização dos Direitos Humanos e o Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos

O processo de Internacionalização dos Direitos Humanos e o sistema internacional de proteção dos mesmos são resultantes de um ranço da barbária cometido pelo próprio mundo partindo de uma dimensão nacionalista e indo além fronteiras ou invadindo as dimensões internacionais⁴¹. Essa concepção é fruto da internacionalização dos Direitos Humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.

O contexto histórico vivido naquela altura serviu de justificativa para origem da concepção contemporânea dos Direitos Humanos em suas dimensões internacionais de proteção do indivíduo, através de instrumentos como declarações, tratados, entre outros. Tem como referencialidade a barbárie do totalitarismo, que rompeu com o paradigma dos Direitos Humanos nominados de Direitos Fundamentais. É assim no pós-guerra que a reconstrução dos Direitos Humanos passa das fronteiras e ganham dimensões internacionais. Em outros termos, é o que se chama do fim da competência exclusiva do Estado como único sujeito de direito internacional, iniciando a cristalização da capacidade do indivíduo como sujeito do direito internacional, representado pelos instrumentos criados com vista a sua proteção.

Dessa forma, o reconhecimento e a cristalização da capacidade processual dos indivíduos (tornando irrelevante o vínculo da nacionalidade) e do direito de petição individual a nível internacional vieram, assim, no contexto da proteção dos Direitos Humanos, a sanar e superar as insuficiências e os defeitos do sistema tradicional da proteção diplomática interestatal discricionária.

No novo sistema de proteção⁴², em que se reconheceu acesso direto dos indivíduos a órgãos internacionais, tornou-se patente o reconhecimento de que os Direitos Humanos protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado.

Acrescenta Carvalho Ramos⁴³ que a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos é um elemento de diálogo entre os povos, diálogo revestido de legitimidade pelo seu conteúdo

⁴¹ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006 .p.8.

⁴² TRINDADE, Augusto Cançado. Generalidade e expansão da proteção internacional dos direitos humanos. In: *A proteção Internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.7.

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo: comentários dos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.37.

ético.

A conquista histórica da internacionalização dos Direitos Humanos iniciada na segunda metade do século XIX pode ser dividida em duas fases. Na primeira, podem-se citar três institutos caracterizados como precedentes históricos de internacionalização dos Direitos Humanos, que são: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). E a segunda fase, que acaba consolidando o Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgiu após a Segunda Guerra Mundial com a criação das Nações⁴⁴ Unidas em 1945. Reunida em sua Assembléia Geral em 10 de Dezembro de 1948, emitiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que através dos instrumentos a ela adicionada criam o sistema ou a concepção contemporânea dos Direitos Humanos.

O Direito Humanitário⁴⁵ constitui o componente de Direitos Humanos da lei da guerra. É o direito que se aplica na hipótese de guerra, no intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais. A proteção humanitária objetiva proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e populações civis. Ao se referir as situações de extrema gravidade, o Direito Humanitário ou o Direito Internacional da Guerra impõe uma regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional.

A Liga das Nações⁴⁶ criada no fim da Primeira Guerra Mundial, no ano de 1920, tinha como

⁴⁴ Em 1945, a vitória dos Aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional, simbolizado pela Carta das nações Unidas e pelas suas Organizações. A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, proteção ao meio ambiente, à criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.150). Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma Piovesan que foi adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 1996, p.155).

⁴⁵ Para Jorge Miranda: A proteção humanitária, associada, sobretudo à ação da Cruz Vermelha, é instituto destinado a proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e população civil. Remontando à Convenção de 1864, tem como fontes principais as quatro Convenções de Genebra de 1949 e os seus princípios devem aplicar-se hoje quer às guerras internacionais, quer às guerras civis e a outros conflitos armados. A proteção humanitária refere-se a situações de extrema necessidade, integráveis no chamado Direito internacional da guerra, e em que avulta o confronto com um poder exterior. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4. Lisboa: Edição da Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, 1998 p192-193).

⁴⁶ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* São Paulo: Max Limona, 1996, p.134. A Liga das Nações, [...], veio a reforçar esta mesma concepção, apontando à necessidade de relativização da soberania dos Estados. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a

finalidade, promover a paz, a cooperação e a segurança internacional. A sua convenção tinha dispositivos genéricos que estabeleciam sanções econômicas e militares aos Estados que violassem os Direitos Humanos.

No mesmo sentido foi criada a Organização Internacional de Trabalho (OIT)⁴⁷ com a intenção de promover condições dignas de trabalho e o bem-estar familiar.

Estes três institutos constituem as primeiras bases de proteção do indivíduo no âmbito internacional, permitindo a redefinição do conceito da soberania estatal pela elevação do estatuto do indivíduo como sujeito do direito internacional.

Como se referiu (supra) que a consolidação da proteção do indivíduo no plano internacional se fez pelas Nações Unidas com a emissão da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como sustenta Cançado Trindade⁴⁸:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constituiu um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos testemunhado pelas quatro últimas décadas, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a nível global e regional. Com a adoção dos Pactos das Nações Unidas (e protocolo Facultativo) sobre Direitos humanos, em 1966, compreendendo medidas de implementação, o projeto original de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, iniciado com a Declaração Universal de 1948, completou-se.

O sistema internacional de Direitos Humanos foi constituído a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e outros instrumentos a ela associados, formando um conjunto de dispositivos que objetivam a proteção da pessoa humana na esfera internacional.

Com⁴⁹ as sucessivas Convenções e Declarações internacionais de proteção aos Direitos Humanos, a positivação e a universalização desses direitos são obtidos simultaneamente para toda a humanidade. Está em plena concordância com a justificativa feita por Cançado Trindade quando contextualiza o seu surgimento nas esferas internacionais a partir do pós-

integridade territorial e independência política dos seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e ao padrão internacional do direito ao trabalho - pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças.

⁴⁷ Para André de Carvalho Ramos, o século XX, com o seu Tratado de Versailles (1919) um outro enfoque foi dado pelo Direito Internacional à proteção do indivíduo. A parte III do Tratado instituiu a Organização Internacional do Trabalho, que visa estabelecer um rol de direitos de todos os trabalhadores, independente da nacionalidade. Com isso, o Direito Internacional enfoca o indivíduo e sua condição como eixo da normatividade internacional. No mesmo tratado de Versailles, o indivíduo é protegido pelo Direito Internacional, reconhecendo-se os direitos das minorias (RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo: comentários dos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.40).

⁴⁸ TRINDADE, Augusto Cançado. *Op.cit.*, 1991, p.1.

⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.36.

guerra, já que “o destino⁵⁰ de toda a humanidade está irremediavelmente integrada”. A fundamentação perpassa pela compreensão de que a dialogicidade entre os povos está revestida pela aceitabilidade graças ao seu conteúdo ético, sendo elemento fundante de possível governabilidade, sendo também, considerada referencialidade para que internacionalmente sirva a todos os governos.

A partir desta referência, vários tratados internacionais foram celebrados para proibir toda a forma de violação dos direitos da pessoa humana, considerando-se, deste modo, crimes contra os Direitos do Homem, dentre outros, a pedofilia, a tortura, o trabalho de escravos, o racismo, o genocídio, o tráfico de drogas, o terrorismo, a violência contra a mulher, à violência sexual e toda ação criminosa que venha a constranger, anular ou violentar o ser humano, na sua extensão corporal, intelectual ou moral. Portanto, a responsabilidade pela execução, implementação, promoção e defesa dos Direitos Humanos previstos nestes instrumentos internacionais cabe em primeiro lugar aos Estados como forma de melhor garantir a sua proteção.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena⁵¹ de 1993, marca de forma profunda o envolvimento dos Estados nas questões dos Direitos Humanos e reitera a concepção dos Direitos Humanos introduzida pela Declaração Universal de 1948 dando assim, uma nova configuração da concepção contemporânea⁵² dos Direitos Humanos. Nela saíram cinco pontos fundamentais sobre os Direitos Humanos: reconhecimento Universal dos Direitos Humanos, (art.1º); todos os Direitos Humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, (art.5º); reconhecimento de que as particularidades históricas, culturais e religiosos devem ser levadas em consideração desde que não firam os direitos universais (art.5º); o estabelecimento da vinculação entre a democracia, desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos como “conceitos independentes que se reforçam mutuamente” (art.8º). E, confirmação de que o desenvolvimento é um direito que tem como sujeito central a pessoa humana (art.10).

Neste sentido, ressalta-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com os seus instrumentos de promoção e proteção dos mesmos é complementar aos sistemas nacionais de

⁵⁰ *Ibidem*, p.37.

⁵¹ LINDGREN. *A arquitetura dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p.13.

⁵² A Declaração dos Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948 quando, em seu 5º, afirma: “Todos os Direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.14).

apoio a implementação desses direitos, mas nunca pretendendo substituí-los visto que os Estados têm um papel determinante e responsabilidade acrescida na proteção destes mesmos direitos, ao contrário da comunidade internacional, que tem uma responsabilidade secundária ou subsidiária. Do mesmo jeito surgiram os sistemas regionais com estruturas jurídicas próprias em nível de cada continente (Europeu, Americano e Africano), revelando-se mais eficazes em termos de proteção da pessoa humana em relação ao sistema global, como será analisado em sede própria nos capítulos seguintes.

3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS NA ÁFRICA

3.1 INTRODUÇÃO

A primeira ideia que surge desta temática relaciona-se ao termo *evolução* como algo que supõe um processo histórico de nascimento e desenvolvimento crescente dentro de um mecanismo de afirmação e negação de interesses ou modos de perceber o fator engendrador da causa.

Em seguida, a ideia de *proteção* que acompanha o termo anterior compreendendo assim uma preocupação em resguardar o legado cultural deixado pelos antepassados como referencial histórico patenteado pelos usos e costumes estabelecidos a partir da ordem de valores tradicionalmente preservados. Tal preservação foi feita pelos representantes, líderes ou mesmo personagens revestidos de poderes sobrenaturais sobre os demais indivíduos devido, essencialmente, à ocupação com a coisa pública ou social, ou mesmo pelo cuidado com as instituições ou pilares que sustentam a relação social traduzida como lugar comum de viver com o outro de forma relativamente igualitária.

A outra representação desta temática se prende à ideia de *Direitos Humanos* que está fundamentalmente relacionada a um lugar comum para onde interesses individuais e sociais, buscando um ponto de equidade, tendo como paradigma a razão, garante associação entre as duas grandezas postas em relação. Com efeito, Direito é este lugar comum genuinamente humano que tendo em vista dar “a cada um” o que de fato lhe pertence, emerge da controvertida e infundável compreensão do justo ou do injusto, da justiça e da injustiça. Assim sendo, o Direito é a instância em que fatores sociais, políticos e religiosos buscam um lugar comum para estabelecer princípios igualitários de relações e /ou interesses dos mais diversos possíveis que se possa pensar.

Compreendidas as noções de Evolução, Proteção e Direitos, necessário se faz a análise do que se entende por *humano ou humanos*, como algo que tem suas origens no próprio conhecimento do homem dentro das suas dimensões física e espiritual. Nisto dá-se conta a sua finitude do ser circunscrito, para muitas concepções, do berço ao túmulo, para outras ele não tem princípios conhecidos nem mesmo perspectivas do termo a ser alcançado.

O *homem* - entendido como um ser enigmático ainda passível de muitas investigações - nesta ordem de ideias tudo que se diga ou se afirma do homem está caracterizado como transitório e

relativamente inconsistente às suas afirmações. Questões como destino, responsabilidade, comprometimento consigo mesmo e com o outro apresentam diversas possibilidades de análise e explicações. Com efeito, o núcleo da discussão está no homem enquanto ser de relação, gregário por natureza, tendo como o “outro” em contrapartida, a ele próprio, exteriorizado no “outro” que o constitui, na sociedade e na própria natureza enquanto lugar que dá condição primária de o homem existir enquanto tal.

Sequenciando as ideias por *Povo*, entende-se como determinado grupo de indivíduos, estabelecidos em uma base territorial, elaborando atividades voltadas para as necessidades primárias, secundárias e terciárias, em outras palavras, entendem-se como vontades e desejos materiais ou espirituais. Assim, o Povo tem identidade exteriorizada nos modos de vida, nos instrumentos que utilizam nas suas atividades quotidianas, nas suas leis e nos seus modos de conceber a vida e a morte, do indivíduo e da sociedade enquanto lugar de convivência.

João Joaquim Gomes Canotilho⁵³ considera povo como: “uma comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si “contratualizam”, “*pactum*” e consentem o modo de governo da cidade, tem o poder de disposição e conformação da ordem política e social”.

Deste conceito, pode se deduzir que o conceito⁵⁴ de povo em tempos atuais afasta-se de muitos conceitos anteriormente atribuídos. Atualmente o povo é definido mais em termos ou em sentido político como um grupo de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representação de natureza política, afastando-se assim de conceitos materialista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ ou cultura comum.

Assim, povo se distingue de nação, por este último ser um conceito mais abrangente. O conceito de nação inclui dentro dele o povo. Ela consiste em conjunto de indivíduos de um país organizado politicamente num Estado autônomo. Ou seja, conjunto de indivíduos que estão ligados fundamentalmente por laços históricos, culturais, podendo ou não ter em comum a mesma língua, a religião ou origem étnica, mas têm interesses, necessidades e aspirações comuns. O conceito de nação inclui povo, raça, casta, naturalidade, pátria, origem,

⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.75.

⁵⁴ Segundo Canotilho, o conceito atual de povo está muito longe do povo no sentido de bloco de “cidadãos ativos” quer no sentido jacobino quer no sentido liberal- conservador. [...], o povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim (jacobinos), tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como entendiam os liberais. Povo não é também a “classe de proletários”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada de missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classe, ele é concebido como povo em sentido político (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op.cit.*, 1999, p.75).

procedência, entre outros termos. É o que se costuma dizer, por exemplo: nação guineense, nação brasileira, entre outras.

Quando se faz a associação entre a ideia de Povo com o lugar geograficamente determinado denominado África, Povo configura-se como algo específico ao que se entende como um continente subdividido em faixas territoriais, delimitadas pelo jogo de interesses políticos e sociais de indivíduos, que vivem a partir de relativo comum acordo.

Postas estas questões com o intuito de melhor clarificar a temática, é necessário que se avalie no âmbito dos Direitos Humanos a questão do humano na África, enquanto local geográfico e historicamente determinado no seu processo civilizatório.

3.2 PERÍODO PRÉ-COLONIAL NA ÁFRICA

Historiadores constataam a dificuldade de demarcação linear no tempo e no espaço de período em que o homem africano desenvolveu atividades relacionadas à economia, à política e a religião, por falta de dados fidedignos de análise sociais e históricas aceitáveis pelos critérios de cientificidade. Sendo assim, a lacuna que se estende dos Séc.XVI às épocas mais remotas da história do povo africano fica configurada pela falta de dados aceitáveis. Entretanto, pelos vestígios deixados por estes povos, muita coisa pode-se afirmar dedutivamente. A cronologia⁵⁵ da África ao sul do Sahara antes do Séc. XVI baseava-se em dados arqueológicos, lendas tribais e algumas especulações.

Os processos migratórios dos vários povos que formavam ou habitavam a África no período pré-colonial traziam a característica de uma transitoriedade de ocupação territorial denominada nomadismo destes agrupamentos humanos. Temporariamente ocupavam determinadas faixas territoriais, desde que fornecessem recursos naturais essenciais a sobrevivência. Escasseando esses recursos, toda a população se deslocava para outras regiões com mais condições compatíveis às suas necessidades. A ordem social e política era caracterizada pela linhagem⁵⁶, clã⁵⁷, tribos⁵⁸ e nações⁵⁹.

⁵⁵ SILVA, Alberto Costa e. *A enxada e alavanca: A África antes dos portugueses*. Rio de Janeiro: Nova fronteira. 1996, p.40.

⁵⁶ Linhagem- conforme Dicionário de Sociologia, grupo de parentesco, geralmente a subdivisão do Sipe que se considera descendente unilinear de um ancestral (DICIONÁRIO de Sociologia. Porto Alegre: Ed. Globo,1974, p.202). Por Sipe, grupo de parentesco, unilinear e geralmente exógeno, e possuindo frequentemente um totem comum. Por Totem, entende-se planta, animal, certos fatos ou fenômenos naturais de que os clãs ou sipes de

O uso de técnicas agrícolas ou o cultivo da terra e manejo com animais como o boi foram fatores que sobreviveram em grande parte do continente africano e propiciaram a fixação das comunidades em faixas territoriais. Passando assim, de um período conhecido como nomadismo, caracterizado pela coleta de frutas e raízes, pesca e caça de animais, para um estágio mais organizado de poder político.

Fixando o homem na terra, a agricultura possibilitou o surgimento do excedente produtivo. Agregado a isso nasce o seguimento social preocupado com a administração e comercialização desse excedente.

Nesta sequência é que aparece a instituição estatal como reguladora e modernizadora dos povos africanos. Sem deixar de considerar que, mesmo sabendo da sociedade organizada com base na razão, no poder político configurado em personalidade temporariamente revestida de poder, na atualidade, paralelo a isso, ainda é constatado a presença de sociedades com

certas sociedades primitivas derivam seus nomes e aos quais se sentem ligados de maneira específica. As vezes, essa relação consiste na crença de que os membros do clã ou da sipe são descendentes do totem ou outras sociedades existe apenas um mito referente a certas experiências sobrenaturais que o antepassado remoto teve com o totem. Muitas vezes existe um tabu, quer dizer, uma proibição de matar ou comer um animal totêmico. Não raro, a crença totêmica impõe normas exogâmicas ao clã. Nem sempre o grupo totêmico é constituído por indivíduos cujas as mães passaram casualmente por um local que se julga habitado por espíritos totêmicos. Há também totens individuais, baseados em experiências sobrenaturais, que membros de certas tribos tiveram e que lhe sugeriram adoção de um espírito guardião, geralmente um animal (DICIONÁRIO de Sociologia. Porto Alegre: Ed. Globo, 1974, p.346).

⁵⁷ Clã, o termo significa um grupo linear e exogamico de parentes. Sendo patrelinear, o clã abrange um varão, seus filhos de ambos sexos e os filhos dos descendentes masculinos, que por sua vez descendem de varões. O clã matrilinear consiste em um ascendente feminino, seus filhos de ambos os sexos e descendentes femininos em linha materna. Nem sempre se tratam de parentes consaguíneos, pois acontece que os membros de uma clã, em via de ser extinto se associa a outro clã. Além disso, em sociedades primitivas as concepções sobre parentescos deferem, não raro, profundamente do que nas sociedades modernas ocidentais se considera como tal. No sistema de exogamia clânica, membros de um clã não podem casar-se entre si (DICIONÁRIO de Sociologia. Porto Alegre: Ed. Globo, p.66).

⁵⁸ Tribo-sociedades primitivas constituídas por certo número de horda, bandos, sipes, clãs ou pequenas comunidades locais que falam a mesma língua e compartilham de outras características culturais. Embora em geral os subgrupos de um tribo descendam de um mesmo troco, não é raro ocorrerem caldeamentos de grupos mutuamente estranhos. Mesmo na hipótese de uma homogeneidade étnica, membros de tribos estranhas (foragidos, mulheres raptadas, prisioneiros, servos e escravos) vêm a integrar-se no tribo (DICIONÁRIO de Sociologia. Porto Alegre: Ed. Globo, p.349).

⁵⁹ Nação- sociedade politicamente organizada que adquiriu a consciência de sua própria unidade e controle, soberanamente, um território próprio. Toda nação abrange uma organização estatal, mas nem todo Estado representa nação. Em ciência política e sociológica o conceito de nação é tema que levanta dificuldades, pois nela se infiltram atributos que não são essenciais que muitos atores tomam como necessários. O que a ciência tem estabelecido é que para um grupo humano formar uma nação, vários fatores concorrem. A permanência, por longo tempo no mesmo espaço geográfico, vai fazendo aparecer um tipo com sinais e atributos próprios; o mesmo clima, alimentação e trabalhos vão moldando a fisionomia geral. A nação, pois não é apenas o presente, mais as gerações passadas e as vindouras, a herança de e o provir de outras, uma corrente ininterrupta de sentimentos que une os destinos cumpridos aos destinos a cumprir (DICIONÁRIO de Sociologia. Porto Alegre: Ed. Globo, p.236-238).

características rudimentares. Patriarcalismo⁶⁰ e matriarcalismo⁶¹ são formas de organização política que estudiosos têm constatado em muitas das sociedades africanas.

A partir da análise feita por Augusto Comte⁶² sobre a marcha progressiva do espírito humano, este período, em estudo, pode ser configurado como o estado teológico.

No estado teológico, o espírito humano, dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam, numa palavra, para conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua dos agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo.

A descrição anterior tem plena correspondência com o período pré-colonial dos povos africanos, em que muitos dos seus representantes políticos alcançavam o poder a partir de conhecimentos “intuitivos” ou revelados por seres ou forças abstratas que garantiam a veracidade dos fatos constatados pelos rituais mágicos ou consultas oraculares, respeitando os princípios de linhagem de determinadas famílias detentoras de poder divino.

Este estado de espírito investigativo é substituído por uma outra forma de análise do mundo tendo como critério a personificação das ocorrências fenomênicas da natureza, que Comte denomina de estado metafísico:

[...],os agentes⁶³ sobrenaturais são substituídos por forças abstratas verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste, então em determinar para cada um uma entidade correspondente, p.12.

A transição é verificável quando o homem africano passa a personificar as coisas que compõem a natureza, revestida de características humanas⁶⁴ tais como animais com corpos de homens ou mesmo cabeça de homens em corpos de animais e uma infinidade de formas estruturadas com base no conhecimento do próprio homem. Tendo como o próprio Deus personificado e, em consequência possuidora da sabedoria divina e capaz de elaborar leis e fazer-se obedecer. Isto faz lembrar um período conhecido como mágico ou anímico em que tudo era compreendido como dotado de autonomia ou as coisas da natureza tinham suas

⁶⁰ Sociedade patriarcal é aquela em que o papel de liderança e o poder são exercidos pelo homem e especialmente pelo pai.

⁶¹ Sociedade matriarcal é aquela em que o papel da liderança e o poder são exercidos pela mulher e especialmente pelas mães de uma comunidade.

⁶² COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. São Paulo: Nova Cultura (coleção dos pensadores),1991, p.22.

⁶³ *Ibidem, loc.cit*

⁶⁴ Com evidência, pode-se dizer que uma das características mais marcantes da civilização egípcia foi a sua profunda religiosidade. Gatos, cães, serpentes, crocodilos e outros animais, bem como os fenômenos da natureza, eram objetos de adoração. Os egípcios eram politeístas e antropozoomórficos, ou seja, adoravam diversas divindades (politeísmo) que possuíam forma de homem e de animais (SILVA NETO, Manuel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p.12-13).

próprias dinâmicas e, conseqüentemente a capacidade de criar suas próprias leis. A partir deste ideário as leis foram elaboradas.

O sistema teológico⁶⁵ chegou à mais alta perfeição de que é susceptível quando substituiu pela ação providencial de um ser único, o jogo variado de numerosas divindades independentes, que primitivamente tinham sido imaginários. Do mesmo modo o último termo do sistema metafísico consiste em conceber, em lugares diferentes entidades particulares uma única grande entidade geral, a natureza, considerada como fonte exclusiva de todos os fenômenos. p.13.

Mesmo com a introdução de religiões como Cristianismo e Islamismo, o politeísmo não foi substituído – isto é, levando-se em consideração a crença predominante no povo africano, portanto, sem deixar de considerar-se que, em muitas comunidades o regime tribal, o politeísmo é marca que se insere na forma de visualizar o mundo e as coisas que o circundam. Comte tem, de certa forma, razões para assim justificar a marcha progressiva do espírito humano, comparando-a com o período pré-colonial do povo africano e suas posteriores realizações científicas.

Portanto, as linhas gerais da sociedade pré-colonial, na África, têm, fundamentalmente, estes substratos de ordem metodológica que objetivam nessas estruturas sociais do povo africano tais como modos de vida, costumes, hábitos e tradições em que a força da imaginação prepondera muitas vezes sobre a objetividade dos fatos.

3.2.1 A África pré-colonial e os Direitos do Homem

O momento histórico caracterizado como pré-colonial na África, em que se observa a ausência de um Estado nacional organizado na base da lei positiva, levou alguns pensadores a firmarem a inexistência de Direitos Humanos neste aspecto. Entretanto, pelo aspecto da moralidade que permeava as relações destes grupos sociais, informalmente organizados pelos vínculos afetivos, é taxativo afirmar que os Direitos Humanos vigoravam porque o bem maior a ser garantido era a vida do homem como um bem inalienável, muitas vezes mais efetivo do que o direito objetivamente organizado a partir da normatividade positivada. As relações eram baseadas em princípios de solidariedade⁶⁶ e religiosidade. Os acordos fundamentavam-se em

⁶⁵ COMTE, Augusto. *Op.cit.*, 1991, p.23.

⁶⁶ [...], Na África pré-colonial, as pessoas consideravam que a solidariedade era um dever moral, e não unicamente jurídico. Um ditado “bambará” (grupo étnico) diz: “se você vires ladrões atacando um homem, não diga aos ladrões: ‘Deixem o homem’, mas ‘Deixem-nos’. Se vires feras atacando um homem, não diga: ‘Deixem o cadáver desse homem’, mas ‘Deixem-nos’, porque todos os homens são solidário” (KI-ZERBO. *Para quando a África?* Entrevista com René Holenstein. Rio de Janeiro: pallas, 2006, p.99).

bases consensuais respaldadas em tradições e costumes de cada grupo ou comunidade. Percebe-se, com toda clareza, que cada um tinha sua ordem autônoma e independente.

Apesar da diversidade de ordenamentos tradicionais, prevalecia o princípio da solidariedade entre parceiros de relações externas aos grupos, dinamizado pela comercialização de produtos e crenças religiosas, que davam sustentação à dinâmica social. É a partir disso que se pode estudar os Direitos Humanos nas suas formas específicas do momento histórico em que vivem essas comunidades, caracterizadas pelos laços afetivos, pelas relações informais e pelo espírito de cooperativismo. A palavra valia tanto quanto o contrato formalmente elaborado.

O que tem dificultado a afirmação da existência de Direitos Humanos neste período histórico é a constatação das diversidades das tradições culturais e organizacionais dos povos africanos, entretanto, a ideia de direito está visceralmente ligada aos princípios da moralidade e solidariedade entre os membros de um grupo. Sendo assim, o período pré-colonial na história dos povos africanos - constituídos pelo número reduzido⁶⁷ de membros, levando-se em conta o contingente populacional de povos e nações considerados na contemporaneidade - existiam sim, Direitos Humanos nessas comunidades africanas mesmo não sendo reguladas por regras jurídicas rígidas, objetivadas em normas, leis ou tratados em que o indivíduo era passível de defender-se quando convocado pelo poder público. Devido à inexistência de tribunais da forma que conhecemos atualmente, estas funções eram desempenhadas pelos conselhos de anciãos, que a depender da comunidade, eram exercidas por um chefe social que chegou ao poder em decorrência de posse de poderes sobrenaturais, valentia própria, a partir de princípios patri ou matrilinear, ou mesmo a partir do princípio da hereditariedade, como descreve Rosa Có⁶⁸.

Normalmente, a ascendência que o chefe de família, clã ou tribo tem sobre o resto dos membros acaba por abafar os problemas, conduzindo a que as soluções sejam negociadas e não haja uma verdadeira litigância. Essa capacidade do grupo de se sobrepor ao indivíduo é facilitada pelas crenças dos poderes sobrenaturais de que gozam os chefes tribais, e na vigilância dos mortos sobre os vivos.

A demonstração faz entender que, devido ao poder de império do representante, o que prevalece é o direito do grupo e não o do indivíduo⁶⁹. Tal fato tem levado alguns estudiosos a

⁶⁷ KÉBA MBAYE- “L’Organisation de l’Unité Africaine”, in Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme, K. Vasak (UNESCO), Paris, 1980, p.651, expressando-se nestes termos: [...], Toutefois, cette reconnaissance et cette protection doivent être comprises dans le cadre des sociétés d’antan, atomisées et hiérarchisées par le système des castes et en même temps unifiées par les croyances mythiques.

⁶⁸ ROSA, Có Pedro. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: Entre a tradição e a modernidade . Lisboa, 2009, p.21

⁶⁹ [...], O indivíduo é absorvido pelo grupo e renuncia ao ser individual, particular, competitivo, egoísta, agressivo, dominador... para estar com os outros, em paz e harmonia com vivos e mortos, com o ambiente

negar a existência dos Direitos Humanos nestas comunidades. A justificativa do conceito do direito transcende⁷⁰ o valor da norma, considerando critérios como valores morais, hábitos, costumes que, a depender da questão, têm força de lei tanto quanto a lei positivada.

Dentro das sociedades pré-coloniais com o nível de organização⁷¹ social que se assemelha dos Estados modernos estão catalogados os Emirados Ussá-Fulani, os Yoruba, ambos do Benin; Arouchukwu e Reinados Ashanti, na África do Oeste; Bunyoro e Monomatapa na África central; Zulu, Swaizi e reinados de Losoto no Sul da África; os Reinados Árabes, no Norte da África e os impérios de Gana, Mali, Songhai e Gabú na África Ocidental.

Da região do Senegal⁷² são registrados casos dos povos Ogoni que tinham uma estrutura do poder com regras que visavam à proteção dos direitos dos membros do grupo, os “Farbas”, dos “Diambours”, dos “Ba dolo” e dos “neeno”, que garantiam o direito de decisão consensual igualmente. O que predominava nestes grupos era o sistema familiar ou étnico, sendo exceção às organizações estaduais referidos acima.

Na Guiné-Bissau, caracterizada pela diversidade cultural ou étnica de grupos, cada um habita um determinado espaço e todos eles detêm suas maneiras particulares de defender direitos dos seus indivíduos, predominando a forma consensual consuetudinária nas decisões.

O homicídio é uma prática contra a qual não havia um sistema de repressão e de condenação, dentre esses povos. Segundo a tradição da etnia Pepel⁷³, surgiu a necessidade de estabelecer a

natural e os espíritos que o povoam ou animais (KEBA M'BAJE. In Karel Vasak. *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*. Portugal. Ed. LTC. LDA. 1983,p.621).

⁷⁰ Jorge Miranda [...], por certo, em todas as épocas e em todos os lugares o sentido da dignidade da pessoa humana conduziu à formação e a existência de direitos - de direitos de umas pessoas perante as outras e de direitos perante o Estado - fossem quais fossem as concepções dominantes, as formas, os conteúdos e as respectivas efetividades (“O Homem e o Direito. Direitos do Homem e Democracia”, in *Actas do colóquio sobre os Direitos Humanos*, Edição da Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1998, p.41).

⁷¹ Isaac Nguema, “Human Rights Perspectives in África”, Vol.2 HRLJ (1990)p.261-271, citado por U.Oji Umzurike-The African, p.13, diz que nas sociedades organizadas em bandos, têm um chefe do grupo e são típicas dos pigmeus da África central; nas sociedades de organização familiar, os comportamentos, atitudes de todos os membros do grupo são determinados pelos laços familiares existentes entre eles; nas sociedades tradicionais de organização hierárquica, as regras e comportamentos das pessoas são definidos em função do seu estado social, nomeadamente se é escravo ou não; a forma mais avançada da organização nas sociedades tradicionais africanas está muito próximo dos Estados pós-coloniais, nomeadamente nos impérios do Mali e do Gana. Quarta forma de organização nas sociedades tradicionais, nomeadamente: os San do deserto de Kalhari ou Pigmeus do Zaire, vivendo no estado da natureza e com uma certa estratificação social; o grupo dos apátridas, que não dispõem de autoridade política centralizada mas tem mecanismos internos de aplicação das leis, manutenção da ordem e execução das decisões políticas, como sejam os Luo do Quênia, os Igbo da Nigéria, os Tallensi do Gana e os Nuer do Sudão.

⁷² Sobre os Estados tradicionais do Senegal, Vide Maria Arlete Pereira da Cruz - *O multipartidarismo em África*. O exemplo senegalês, Ed. Instituto Superior de Ciências Políticas e Internacionais, Lisboa, 1995, p.14 a 18.

⁷³ Certo dia, um senhor chamado “Ofarum” mandou os seus filhos fazerem uma diligência num local bem distante. Um dos mais novos (meio irmão do lado paterno do mais velho) não agüentou a caminhada, e os mais velhos resolveram matá-lo em vez de o ajudarem. Quando regressaram, explicaram ao pai que tiveram que matar o mais novo porque não agüentava a caminhada e andava assim a importuná-los e não queriam perder tempo,

punição pelo homicídio dentro da linhagem, o que não acontecera quando praticado entre indivíduos de grupos diferentes. Também a prática de feitiçaria⁷⁴ conduzia o autor a sofrer as penalidades instituídas pela comunidade; muitas delas levam até à morte do praticante.

Nas formas matrimoniais ou matriciais prevalecia o jogo de interesse comercial não tendo a mulher o direito à escolha do seu companheiro, porque isto cabia aos pais ou ao tio. Tal escolha impunha a fidelidade conjugal para garantir a existência da união. Em caso de morte do marido, as posses ficariam para o tio, na linhagem paterna no caso da etnia mancanha⁷⁵, variando de grupo para grupo. Caso a mulher viesse a falecer, mesmo separada do primeiro marido, o funeral deveria ser feito na casa dele, porque a mulher só se poderia casar uma vez.

Nestas sociedades tradicionais, os reis, régulos ou chefes tradicionais gozavam de grandes poderes, o que lhes permitiam fortes abusos sobre os outros membros do grupo. As práticas míticas do culto dos deuses faziam com que às vezes existissem não só o sacrifício de animais, mas de pessoas, quando se tratava de conjurar males graves, como, por exemplo, um rei quando morria era enterrado acompanhado de pessoas vivas, uma de sexo masculino e outra de sexo feminino.

A escravatura⁷⁶ também era uma prática aceite em quase todo o continente africano. A mulher tinha um estatuto social inferior ao do homem, assim como os homens não iniciados pela

tanto era longe o destino. O pai desgostado com o ocorrido resolveu amaldiçoar junto de um Irã, dizendo que, para o futuro, quem matasse quem não fosse da sua linhagem, teria “baloba” na sua família. A partir desse amaldiçoamento, a vida na etnia pepel passou a ser sagrada e ninguém se atreve a tirar a vida a quem não pertencesse a sua linhagem. Não obstante, a vida de pessoas da mesma linhagem continuava a não ser sagrada (ROSA CO. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos: entre a tradição e a modernidade*. Lisboa, 2009, p.22-23).

⁷⁴ A feitiçaria é uma prática quase comum em todos os grupos étnicos africanos. Consiste em acusar certas pessoas de possuírem poderes sobrenaturais de fazer males as pessoas dentro de comunidade. Eles são acusados de provocarem doenças e até a morte das pessoas, entre outras práticas maléficas. Os acusados em termos tradicionais são amarrados, castigados e às vezes são mortos, outros com maior sorte conseguem fugir e abandonar a comunidade. Quando as autoridades públicas começaram a intervir no sentido de combater os castigos contra as pessoas acusadas, diminuiu o número de castigos e de mortes. Muitos casos da acusação da feitiçaria já pararam nos órgãos judiciais. Muitos deles resultaram na condenação dos acusadores devido a falta de provas de acusação.

⁷⁵ Mancamhas ou Brames são umas das 27 etnias ou tribos que compõem o mosaico étnico cultural da Guiné-Bissau. Habitam a parte norte do território juntamente com outros grupos étnicos (Manjacos, Balantas, Felupes, Mandingas).

⁷⁶ A escravatura sempre existiu desde a Antiguidade, onde os vencidos na guerra ou infratores de certas leis perdiam a liberdade. Segundo a Bíblia, os judeus sofreram diversos “cativeiros” no Egito e na Babilônia. Entre gregos, romanos e posteriormente bizantinos e muçulmanos, os escravos adquiriram alguns direitos, como possuir dinheiro e propriedade, assim como herdar e transmitir herança; casar legalmente; comprar a própria liberdade e a de terceiros, desde que possuíssem a quantia necessária; e não raras vezes ocuparam altos cargos administrativos e políticos, ou alcançaram destaque no meio cultural. [...], Na África islâmica imperou o mesmo tipo de sociedade escravocrata, que, por impedir a venda dos seguidores do profeta, levou os mercadores a dirigir seu interesse aos povos pagãos do sul do Saara. *Bambará, mossí, nuer, dinka e shilluk* eram frequentes nos bazares do Marrocos, do Egito, da Espanha, e da própria Arábia e Índia (RODRIGUES, João Carlos. *Pequena história da África negra*. São Paulo: Globo, 1990, p.86-87).

cerimônia de circuncisão⁷⁷ masculina não podiam participar em todas as cerimônias sagradas da comunidade.

Ao lado desta barbárie contra a pessoa humana na África pré-colonial são também reconhecidos os seguintes direitos⁷⁸: o direito à vida, à liberdade de expressão, a liberdade religiosa, à liberdade de associação, à liberdade de circulação, o direito ao trabalho, entre outros.

A vida nas sociedades tradicionais africanas era ligada às crenças religiosas, tida como algo sagrado que não devia ser interrompido, mesmo pela morte, porque ela não estava nas mãos dos homens, mas nas mãos de Deus. As crianças, desde a tenra idade, eram ensinadas que não se devia matar, salvo em casos de necessidades tais como: alimentação, legítima defesa, para fazer sacrifícios ou para defender outra vida ou um bem como a terra, os produtos agrícolas, o gado, entre outros.

A educação⁷⁹ dos filhos ou das crianças não só pertencia ou cabia aos pais, mas também a todos os outros membros da família, alargada até aos amigos ou qualquer pessoa adulta da comunidade, pois se considerava que a criança não só era dos pais como também pertencia a toda comunidade.

A liberdade de expressão existia apenas em relação a estratificação social, de igualdade funcional de indivíduos. O direito para participar na condução dos assuntos públicos foi reconhecido a todos os membros de sociedades africanas.

A liberdade religiosa era verificada dentro de cada grupo. As crenças ou os costumes eram transmitidos de pais para filhos, havia um temor reverencial aos mais velhos, tidos como detentores de sabedoria e conhecimentos das práticas tradicionais. Esta filosofia de respeito pelos mais velhos encontra-se até hoje na África, os mais novos devem respeitar e obedecer aos mais velhos.

A liberdade de associação era quase total em todas as culturas africanas, havia diversos grupos de associações conforme os fins e idades.

⁷⁷ A circuncisão é uma cerimônia cultural quase presente em todas as culturas africanas e que marca uma etapa de transição para a vida adulta. Normalmente é feito nas florestas em que durante um mês ou três os homens vão recebendo instrução sobre os mais diversos valores culturais dos mais velhos. A idade é variável dependendo de cada grupo étnico.

⁷⁸ K. M'BAYE. *Op.cit.*, 1983, p.621-623.

⁷⁹ Kéba Mbaye- *L'Organisation de l'Unité Africaine*, 1980, p.562-564, refere os seguintes direitos: à vida, a liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à liberdade de associação, à liberdade de circulação, ao trabalho e educação.

A liberdade de circulação, portanto, era uma coisa sagrada, sendo que não se podia impedir qualquer pessoa de ir ao território dos outros. Apesar das diversidades sociais e de cada grupo estar circunscrito num determinado território, isto não impedia que os membros de um grupo se deslocassem para o território do outro grupo, salvo por motivos de segurança. As festas culturais e religiosas eram comemoradas por quase todos os grupos e a solidariedade que existia entre eles permitia trocas de oferendas e até mesmo o sacrifício de animais nas cerimônias de amigos.

Quanto ao direito de trabalho, este era exercido conforme faixa etária e gênero no seio de cada grupo; uma espécie de divisão de trabalho. Por exemplo, na etnia mancanha, as crianças cuidavam de vigiar as culturas e a pastorícia. Os jovens e os adultos ocupavam-se da pesca e da agricultura; as mulheres e as meninas dos trabalhos domésticos, como preparar refeições e a limpeza de casa. Todos trabalhavam em harmonia para o bem do grupo.

De todo exposto, pode-se afirmar que, de fato, a África pré-colonial tinha um direito tradicional e conhecia um sistema coerente de Direitos do Homem. Naturalmente, este sistema estava mergulhado em uma filosofia diferente daquela do Ocidente ou daquela que inspirou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. O reconhecimento e aplicação desses direitos estão assentes nas estruturas tradicionais de cada tribo ou etnia dividida e hierarquizada pelo sistema de castas e unificadas pelas crenças místicas. A finalidade do direito nestas sociedades tradicionais era manter a estabilidade social da forma que foi transmitida pelos antepassados, fisicamente mortos, mas sempre vivos. Segundo os velhos, “os mortos não estão mortos”, visto que são eles que mantem a guarda e a vigilância dos vivos.

Uma das características do Direito Tradicional Africano é a conexão do direito com a ideia do dever que se manifestam sob a forma de rituais mágicos, cujos comandos são obedecidos pelos membros do grupo.

3.2.2 Período colonial e os Direitos do Homem

A colonização foi a segunda forma de atrasar o desenvolvimento da África, depois do comércio de escravos; apesar de ser mais curta do que foi o tráfico, foi mais determinante e eficaz em termos de exploração e subjugação do povo africano.

A presença colonial em África começou a ser sentida desde o Séc.XV, quando os portugueses começaram a explorar a sua costa, levando escravos para trabalharem como empregados domésticos. As primeiras expedições marítimas do Séc.XV não empregaram métodos violentos contra os africanos e limitaram-se a construir fortes e entrepostos comerciais nas costas africanas. Deste modo, fizeram com que os africanos não descobrissem o verdadeiro objetivo ou intenções das suas vindas para a África, pois fingiram que vieram fazer o comércio, distribuindo presentes aos chefes tribais, entre outras ações como relata uma crônica de Kiloa⁸⁰:

O senhor da ilha de Máfia regozijou-se, pois pensaram que os francos (como os árabes denominavam todos os europeus) eram bons e honestos. Mas os que sabiam a verdade confirmaram que eram pessoas corruptas e desonestas, que vieram apenas para espionar a terra e apossar-se dela [...],quando o povo de Melinde os viu, soube que traziam a guerra e a corrupção, e tiveram grande temor. Deram a eles tudo o que pediam, água, comida, lenha e tudo o mais.

Como se pode ver na crônica descrita acima, os europeus prepararam um assalto ao continente africano e abriram caminhos para uma posterior ocupação. A descoberta das Américas, e consequentemente sua exploração, ativou o comércio de escravos que custou dezenas de milhares de vidas aos africanos que foram arrancados e expedidos em condições miseráveis. Nenhuma coletividade humana foi mais inferiorizada de que os negros depois do Séc. XV e, se este fato for ignorado jamais compreenderemos a história da África.

A verdadeira colonização da África começou no Séc.XIX e estendeu-se até o Séc. XX, pelo interesse de exploração de matérias-primas e mercados de consumo de produtos industriais europeus, devido à perda de mercados e fontes de matérias-primas americanas pelas suas independências.

O interesse pela África aumentou cada vez mais e a disputa pelos territórios cresceu significativamente. A conferência de Berlim⁸¹ de 1884/1885 constituiu um marco histórico importante para a colonização da África, porque foi ela que abriu as portas para a verdadeira colonização, as suas resoluções permitiram a ocupação efetiva e consequentemente a exploração das riquezas africanas.

⁸⁰ RODRIGUÊS, João Carlos. *Op.cit.*, 1990, p.54-55.

⁸¹ A Conferência de Berlim, marco histórico do colonialismo, foi realizada em 1884/1885 entre a Alemanha, Austria-Hungria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Noroega, Portugal, Rússia, Suécia e Turqui. Note-se a ausência, entre outros, dos países africanos então independentes: Marrocos, Etiópia, Liberia, Zanzibar, transvaal, e o reino merina de Madagascar (RODRIGUÊS, João Carlos. *Op.cit.*, 1990, p.135).

Do ponto de vista dos Direitos Humanos, observa-se que a tradição de respeito de direitos do homem que se verificavam nas sociedades tradicionais africanas foram frustradas durante a dominação europeia, por um conjunto de fatos e práticas que destacaram os mais diversos valores das tradições africanas. A sociedade africana foi dividida em dois grupos com direitos distintos. De um lado os “assimilados” com direitos reconhecidos como cidadãos e do outro os “indígenas” ou “nativos” sem nenhum direito. Esta atitude evidência o verdadeiro rosto do colonialismo ao dividir para melhor reinar, e põe em causa o princípio de igualdade de tratamento com todas as regras que dele decorrem.

A dominação colonial reduziu a participação do continente africano no concerto das nações no âmbito internacional, extinguiu de forma abrupta o desenvolvimento de ideias, conceitos e princípios políticos existentes. Por outro lado, o conceito tradicional de que a vida humana era sagrada foi ridicularizada: O respeito pela dignidade humana passou a significar o respeito pelo homem branco, distante do indivíduo e do espírito familiar, isto é, as crenças e os valores tradicionais africanos passaram a ser europeus ou ocidentais.

M'Baye, jurista senegalês, recorda as palavras do deputado senegalês Léopold Sedar Senghor, membro do parlamento francês quando da elaboração da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao referir o artigo 63º, que excluía os territórios não-metropolitanos do âmbito de sua aplicação. O deputado chamou atenção aos participantes europeus de não elaborarem “*uma declaração de direitos do homem branco*”. Infelizmente, o órgão ministerial do Conselho da Europa entendeu não seguir as recomendações do deputado senegalês, apesar do preâmbulo da Declaração Universal⁸² dos Direitos do Homem (DUDH) proclamar que todas as nações devem esforçar-se por assegurar “o reconhecimento e aplicação efetiva e universal dos Direitos do Homem tanto entre as populações dos Estados-membros como entre os dos territórios colocados sob a sua jurisdição⁸³”.

Essas práticas revelam a falta de interesse por parte dos colonizadores europeus em atribuir ao homem africano os direitos que a lei lhe dá, fazendo-o apenas como máquina de trabalho e

⁸² A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 também não teve como objetivo acabar com as práticas discriminatórias resultantes da colonização. A Segunda guerra mundial tinha revelado um racismo do branco contra o branco e, ao mesmo tempo, a precariedade das regras protetoras dos direitos do homem do Ocidente. [...], por outro lado os países africanos tiveram uma participação mínima na elaboração da Declaração Universal. As suas populações durante muito foram mantidas fora do seu campo de aplicação. Tanto os direitos civis e políticos como os direitos económicos, sociais e culturais, eram-lhes aplicados com restrições. E estas restrições não eram exigidas pelo respeito de direitos alheios, nem pela salvaguarda da ordem pública, da segurança ou moral (M'BAYE. *Op.cit.*, 1983,p.618).

⁸³ M'BAYE. *Op.cit.*,1983,p.615.

privando-o de todos os benefícios e proteção que as regras lhe atribuíam sobre os Direitos Humanos.

O aspecto administrativo de África neste período é interpretado por Rodrigues como dividido em três vertentes ideológicas principais⁸⁴:

De um lado temos o estilo assimilacionista, de Portugal e França, e do outro lado, o tutelar da Inglaterra e Bélgica, (que previa num futuro distante a emancipação das colônias e protetorados). Uma terceira forma é o caso *sui generis* da União Sul Africana e Rodésia do sul, onde a minoria de colonos brancos gozava de plena autonomia interna e manteve a maioria africana sem direitos de nenhuma espécie.

O estilo assimilacionista de Portugal e França que, como se sabe, são as duas potências com maior numero de colônias na África, foi o mais bárbaro de todos. No Senegal, os habitantes de Dakar, Gore, Rufisque e Saint Luis eram os que tinham o estatuto de plena cidadania e votavam para assembléia local, enviando um representante para o parlamento em Paris, cargo ocupado desde 1914 por um negro. No entanto mais de 90% da população no Senegal era, regida pelo estatuto ou regime do “indisginato” que a submetia a trabalho forçado, sem direito à participação na vida pública, como também sem direito à educação. Vale lembrar que o que foi dito sobre o Senegal é extensivo a todas as colônias francesas na África. Assim afirma M’Baye⁸⁵ sobre o indisginato que o acesso às liberdades públicas estava subordinado ao gozo dos direitos civis e políticos, ou seja, a qualidade de cidadão. Esta regra aplicava-se principalmente nos empregos públicos, nos territórios franceses do ultramar, antes de 1928. Foi um decreto de 17 de Novembro de 1928 que autorizou o acesso dos indígenas a certos cargos.

Quanto ao trabalho forçado adotado pelas metrópoles, citado anteriormente, afirma o próprio M’Baye⁸⁶ :

Que o decreto francês de 12 de Agosto de 1930 autorizava o trabalho forçado, submetendo esta autorização a duas únicas condições: o objetivo prosseguido devia ser de interesse público e era necessário que houvesse impossibilidade de recorrer à mão-de-obra voluntária. Em 1946, nas colônias francesas, aplicava aos indígenas uma legislação especial, sem nenhuma garantia de segurança e de defesa. Eram-lhes infligidas sanções muitas vezes humilhantes. Ainda hoje, na Namíbia, se submetem homens e mulheres a flagelação pública.

A citação demonstra que o trabalho forçado imposto aos indígenas tinha como única finalidade satisfazer os interesses do colonizador e, neste sentido, impediam a emigração dos jovens africanos para o exterior, mantendo-os como cativos para trabalhar nas obras públicas.

⁸⁴ RODRIGUÊS, João Carlos. *Op.cit.*, 1990, p.182.

⁸⁵ M’BAYE, Keba. Direitos Humanos em África. In.: Dimensões internacionais dos direitos do homem.(UNESCO) Paris.1985, p.616.

⁸⁶M’BAYE, Keba. A Organização de Unidade Africana”. In: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*. Manual Unesco, Lisboa, 1983, p.617-619.

Os indígenas não tinham acesso aos tribunais e nem tão pouco podiam se defender quando acusados, restando-lhes apenas submeter-se aos castigos corporais humilhantes no meio da praça pública.

Portugal, do mesmo modo que a França, dividiu as populações das suas colônias em “assimilados” e “indígenas”, com mais privilégios para os primeiros, ficando o resto da população sob a mira do trabalho forçado e subjugação. Os “assimilados” eram negros ou mulatos, de cultura portuguesa, em sua maioria mestiços decorrentes da escassez da mulher branca, que deviam abandonar os seus costumes tribais, ler corretamente o português e possuir uma renda mínima, e eram eles que tinham acesso ao ensino e a função pública e representavam cerca de 2% da população de Guiné e Cabo-Verde e também em São Tomé e Príncipe e 1% em Angola e Moçambique⁸⁷.

Os não assimilados ou “indígenas” não tinham acesso à educação e nem direitos civis e políticos, não eram considerados cidadãos. A cidadania só foi estendida a todos os habitantes das colônias portuguesas na África, quando, a partir de 1951, a denominação da “colônia” foi substituída pela denominação de província ultramarina. Por cidadania entendia-se o acesso aos direitos à educação até a 4ª Classe e também aos direitos civis e políticos tais como votar e participar na vida pública.

Pelo exposto, pode-se dizer que o período colonial na África significou a diminuição ou senão a extinção dos Direitos Humanos para os africanos nativos ou indígenas, porque o poder colonial não veio suprir a lacuna de ausência de sistema de garantia dos Direitos Humanos reinantes na era pré-colonial. Contrariamente, piorou os sistemas de proteção dos Direitos Humanos existentes, instituindo de forma plena a escravatura, o trabalho forçado, a repressão policial, o racismo e a discriminação com base na cor de pele, raça e nível de instrução, exclusão total dos indígenas de participação na vida pública, não respeito pelas tradições culturais, o esbulho das riquezas e a estagnação completa do desenvolvimento. Assim, aos africanos foram recusados o direito ao desenvolvimento e a autodeterminação. O que se resume no bom crioulo da Guiné com esta frase “*tempo de tuga i tempo de força*” que significa o período colonial é o período do uso da força.

A autodeterminação dos povos africanos foi reconhecida pela Resolução 1514 (XV) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, que criou o Comitê de descolonização, (conselho de tutela da ONU) devido à ascensão massiva a independência dos países africanos.

⁸⁷ RODRIGUÊS, João Carlos. *Op.cit.*, 1990 ,p.183.

3.2.3 Os direitos do homem e dos povos face à independência dos Estados africanos e o papel da Organização da Unidade Africana (OUA) na sua promoção e proteção

O retrato dos Direitos Humanos neste período da independência dos Estados Africanos pode ser compreendido a partir da sua divisão em fases ou períodos, em que cada um retrata a forma como os Direitos Humanos eram efetivados. Assim, tem: a fase ou período antes da democratização dos países africanos e o período a partir da democratização.

3.2.4 Período pós-colonial antes da democratização

Como ficou patenteado no ponto anterior, a colonização é em si um ato de violação de Direitos do Homem visto que ao longo do período da sua vigência em África, os nativos ou indígenas foram privados de todos os seus direitos e liberdades fundamentais. A autodeterminação prevista na Carta das Nações Unidas (nº2 do art.1º) influenciou bastante a reivindicação de independências de alguns movimentos independentistas em África. Portanto, com a ascensão da independência destes novos Estados Africanos, era natural que fossem manifestando suas adesão a Organização das Nações Unidas e a todos os instrumentos do sistema global, não só para afirmarem suas posições de Estados soberanos, como também para se inserirem no contexto mundial, como explica M'Baye⁸⁸.

[...], de fato logo após o seu nascimento, os Estados africanos aderiram imediatamente à organização das Nações Unidas e aceitaram sem reservas os seus princípios e as suas normas, nomeadamente as disposições da Carta de São Francisco e as da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este ato de adesão consubstancia-se na elaboração imediata de Constituições e de leis referindo-se aos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Alguns países não só limitaram na elaboração de Constituições como anunciaram em artigos especiais as liberdades públicas e transformaram-nas em dispositivos de direito positivo susceptíveis de serem diretamente invocadas em tribunais. Tal fato foi reforçado na Conferencia de Lagos de 1961 donde saiu um documento intitulado “Lei de ⁸⁹Lagos” que anunciava que “os Direitos Fundamentais e particularmente o Direito a Liberdade individual, devem ser, em cada país, definidos por um texto e consagrados pela constituição”.

⁸⁸ M'BAYE, Keba. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2.ed. Paris : A. Pedone, 2002, p.624.

⁸⁹ [...], no congresso de Lagos de 1961, El Hadji Sir Abubakar Tafawa Belewa Sublinhou este fato relativamente a Nigéria. Seguindo a sugestão do chefe do governo nigerino, a “lei de Lagos”...(M'Baye. *Op.cit.*, 1983,p.624).

Portanto, essa atitude não encontrou respaldo no plano prático tanto quanto o real grau de envolvimento destes novos Estados em face destes instrumentos concertados no âmbito global. A exemplo disso, a própria Declaração Universal de Direitos do Homem, à qual os países africanos sempre manifestaram sua adesão, raramente tem-na respeitado. Alguns comentaristas alegam motivos histórico-políticos como argumento justificativo desta atitude, uma vez que os Estados Africanos não estavam presentes quando da redação destes instrumentos, tendo-lhes faltado à legitimidade para sua aplicação prática. Verifica-se, no entanto, o dismantelamento dos sistemas multipartidários herdados do período colonial e sua progressiva substituição por sistemas políticos monopartidários com tendência para a concentração de poderes, regidos por ditaduras militares, com fortes tendências para violação de Direitos Humanos.

Esse fato vem contrariar os discursos de promessas dos líderes dos movimentos independentistas africanos que no momento de reivindicações, empregavam discursos com princípios de igualdade com desejos de cumprir o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, tudo indicava que a dignidade do homem africano ignorado no período colonial fosse mudada com as independências. Entretanto verificou-se a impossibilidade de estes jovens Estados respeitarem os direitos civis e políticos, como a liberdade de associação, de imprensa, eleições regulares, direito à vida, à propriedade, entre outros. Violações massivas de direitos em razão de golpes de estado, não reconhecimento de realidades étnicas e religiosas, enfim, a independência que era advogada como condição fundamental para a promoção e proteção dos Direitos Humanos, deixou de ter esse significado logo que foi conseguida.

Mesmo a escravatura, que foi amplamente condenada e considerada como uma das causas principais do atraso do continente africano, não acabou após as independências. Até hoje existe esta prática em alguns países como na Mauritânia, Somália, Senegal, Sudão, Níger e outros. A respeito disto afirma M'Baye⁹⁰ que:

Se a escravatura desapareceu em África, continuam a ser toleradas algumas manifestações suas. Existe assim a instituição de “cativos de casa”, segundo a qual os descendentes dos antigos escravos mantêm para sempre a sua condição. Formam assim uma casta inferior, normalmente desprezada e condenada e, com raras exceções, próxima da endogamia.

É verdade que esta prática persiste ainda hoje em algumas sociedades africanas onde os descendentes de escravos continuam ainda a não usufruírem nenhum direito, sendo

⁹⁰ M'BAYE, Keba. *Op.cit.*, 1985, p.628-629.

“propriedade consuetudinária”. Também existe um direito hereditário deste tipo de propriedade de escravos.

No período pós-guerra colonial (luta de libertação armada ou pacífica), duas realidades de difíceis conciliações marcaram os Estados Africanos: a mundial (externa), de (re) construção e de (re) estruturação de esforços com vista à proteção nos mais diversos aspetos dos Direitos Humanos e a realidade interna do próprio continente africano de, paulatinamente, libertar-se das metrópoles, que comportavam uma construção, uma estruturação completa, iniciada quase do nada, tanto político, como econômico e juridicamente.

Neste período conturbado do após independência, como se pode notar, a África estava mais preocupada em realizar o desenvolvimento econômico e social e em conservar a estabilidade dos seus governos do que em reconhecer e promover os direitos e liberdades. É inegável que o mito da igualdade, que existia em todos os espíritos no seio das entidades coloniais, sobreviveu, no plano internacional, mas o que foi reivindicado foi o direito à igualdade no gozo dos bens do universo, daí a preocupação com o desenvolvimento ao qual se estava disposto a tudo sacrificar como acesera M'Baye⁹¹:

A preocupação dos africanos era outra. Tendo sofrido a penúria durante muito tempo, queriam, em primeiro lugar, ultrapassar o atraso econômico, proteger a sua frágil independência e ajudar os outros povos do continente a libertarem-se do jugo colonial. Este idealismo foi traído pela importância que concederam às preocupações de caráter econômico. Uma vez obtida a independência, procuravam aumentar o bem-estar através de desenvolvimento dos recursos de cada país.

Essa preocupação com o desenvolvimento econômico e social não só alcançou o seu objetivo como também mostrou-se insuficiente para consolidar a soberania e assegurar o próprio progresso econômico e social. O desenvolvimento econômico deve abranger necessariamente o respeito pela pessoa humana e a proteção dos seus direitos e liberdades. Nenhum progresso econômico e social pode ser alcançado sem o respeito aos direitos e liberdades dos indivíduos. Por isso, consta da avaliação das Nações Unidas sobre o nível de vida que deve conjugar em mesma linha tanto o desenvolvimento econômico como as liberdades da pessoa humana.

Destaca-se que a própria Carta Constitutiva da Organização da Unidade Africana (OUA) não tinha previsto nenhum direito. Nas cinco comissões criadas logo na conferência de abertura da criação da própria OUA, nenhuma delas tratava dos Direitos do Homem e muito menos do direito em geral. Essa lacuna mostra a falta de preocupação que esta organização tem para com os Direitos do Homem, tendo sido direcionado a sua preocupação para a libertação total

⁹¹ M'BAYE, Keba .A Organização de Unidade Africana”. In: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*, Manual Unesco, Lisboa, 1983, p.625.

do continente contra o colonialismo e o neocolonialismo, bem como para o desenvolvimento econômico e social. O princípio do universalismo como base dos Direitos do Homem foi posto em causa, sublinha Jean-Paul Masseron citado por M'Baye⁹², que “os dirigentes africanos têm tendência para salvaguardar a independência nacional sacrificando as liberdades individuais”.

Os direitos econômicos e sociais recebem do legislador africano uma atenção, devido ao progresso do direito de trabalho e da segurança social e com a codificação parcial do direito civil. Atualmente assiste-se na África a uma espécie de subversão dos direitos e liberdades individuais: enquanto os direitos clássicos, tão considerados nas democracias “liberais”, sofrem restrições em proveito do poder estatal, os direitos econômicos e sociais, em contrapartida, conhecem o desenvolvimento ao qual os constituintes africanos aludem certamente quando qualificam a sua democracia de “social”.

Existe um desfasagem enorme entre a letra da lei e a sua prática pelos governos africanos que, na realidade, não são objeto de qualquer controle parlamentar. O princípio de legalidade nem sempre é respeitado na África. O poder judiciário, que normalmente é garantia do princípio de legalidade, foi relegado para o plano de “serviço”. A primazia do partido único sempre fez com que as suas decisões sejam consideradas superiores às leis e regulamentos.

A preocupação da Organização da Unidade Africana (OUA) com os Direitos Humanos começou quando foi criada a Comissão de Juristas Africanos. Esta Comissão desenvolveu um trabalho de extrema importância na mudança de atitudes dos políticos africanos que tinham relegado os Direitos Humanos para o segundo plano nas suas ações ou que tenham interpretado vagamente as suas regras.

A Conferência dos Juristas Africanos realizada em Lagos em 1961, como foi referido acima, marca uma tomada de posição e inverte a ordem de primazia dos direitos, passando assim a privilegiar os Direitos do Homem em relação aos direitos econômicos e sociais, e elaborou um sistema coerente de reconhecimento e proteção dos direitos e liberdades fundamentais não só para os Estados presentes ou signatários da conferência mas também para todo o continente africano.

A “Lei de Lagos”, o nome do documento saído da Conferência de Juristas, que proclamou sem ambigüidade a primazia do Direito do Homem como princípio dinâmico que deve estabelecer ou fazer prevalecer vontade do povo e consolidar os direitos políticos do indivíduo

⁹² M'BAYE apud MASSERON: 1983, p.627

como requisitos para conseguir condições econômicas, sociais e culturais adaptadas às aspirações do desenvolvimento da pessoa humana em todos os países sejam ou não independentes. Desta forma cria-se uma harmonia político-jurídico entre os mais diversos direitos que possam permitir um desenvolvimento integral e harmonioso do homem africano.

3.3 A PARTIR DA DEMOCRATIZAÇÃO

A proteção diplomática foi consolidada no século XIX a partir do aumento dos investimentos dos países europeus e dos Estados Unidos no exterior, o que levou os conflitos entre nacionais daqueles Estados e os novos países emergentes, em especial os da África e da América Latina. Para Charles de Visscher, era necessário a proteção diplomática, já que nesses países não haviam instituições sólidas, aptas a prestar justiça. Segundo o autor Belga⁹³, ainda “a instabilidade de sua vida pública, comprometeu, muitas vezes, o funcionamento normal das instituições administrativas e judiciárias”. A queda do muro de Berlim e o desmoronamento da ex-URSS facilitaram a introdução da democracia e do multipartidarismo na África.

Na África após a independência, houve um período de instabilidade política porque o grande problema dos países africanos consiste na forma como o poder político foi concebido. O período colonial não deixou boas lembranças para os africanos, pois eles não aprenderam a exercer o poder. Não tiveram a sorte de participar no aparelho administrativo colonial e aqueles que tiveram essa sorte não ensinaram os outros a forma como o poder é exercido. Essa falta de instrução política não favoreceu o florescimento dos regimes democráticos em África.

Os dirigentes africanos da época tinham medo de serem depostos e não se dedicaram ao multipartidarismo. Preferiram amordaçar os outros partidos políticos mantendo o monopartidarismo. Este fato criou conflitos internos pelos sucessivos golpes de estados.

As grandes questões da África são relacionadas ao Estado. O Estado Africano mal consegue se formar e já é pressionado pelas instituições como o Banco Mundial (BM) e Fundo Monetário Internacional (FMI), exigindo que exista uma estrutura estatal cada vez menor, e a influência das empresas multinacionais impõe-se cada vez mais. Neste cenário, a África não tinha tempo de criar um tipo de Estado semelhante ao europeu e muito menos instaurar

⁹³ VISSCHER, Charles. *De Théories et réalités em Droit International Public*. 2 ed. Paris: Pédone, 1953, p.339.

regimes democráticos; como consequência houve criação dos regimes ditatoriais pelos dirigentes africanos. Os dirigentes africanos hoje fazem do Estado, um Estado patrimonial ou étnico, que não é um verdadeiro Estado que transcenda os particularismos pelo bem comum. Neste contexto pergunta-se: que tipo de Estado surgirá?

A pressão exterior desses países e instituições levou à abertura política e introdução de democracia em África; infelizmente, essa democracia de modelo europeu não corresponde à realidade das estruturas tradicionais do poder destes países africanos, fato que torna difícil a absorção dos princípios do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, o respeito pela dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, neste cenário africano, desempenhou um papel importantíssimo de promoção e proteção dos Direitos Humanos durante o início deste processo de democratização em África, assumindo o papel de interprete mais ousado da Carta Africana, como será abordado nos capítulos seguintes. Também a Organização da Unidade Africana se destacou sobre o problema de Direitos Humanos.

O Ato constitutivo, conforme Rosa Có, jurista guineense, de passagem da Organização da Unidade Africana (OUA) à União Africana (UA), em nove de julho de 2002, não só manteve a al. e) do art.3º, da antiga formulação vaga sobre os Direitos Humanos de “favorecer a cooperação internacional, tendo na devida atenção a Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem”, como acrescentou algumas novidades, designadamente⁹⁴:

Assunção da promoção e proteção dos direitos do homem e dos povos, conforme o previsto na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e nos outros instrumentos pertinentes relativos aos direitos humanos como um dos seus objetivos (al.h) do art.3º); A adoção do princípio de intervenção, por decisão da Conferencia dos Chefes de Estados e de Governos, quando estão em causa os crimes internacionais, como sejam crimes de guerra, de genocídio e crimes contra a humanidade (al.h) do art.4º); O respeito dos princípios democráticos, dos direitos humanos, do Estado de Direito e de boa governação (al.m) do art.4º) e Condenação (e rejeição das mudanças anticonstitucionais do governo (al.p) do art.4º).

Estes elementos abriram novas perspectivas quanto aos Direitos Humanos na África, condicionaram o surgimento de outros partidos políticos, isto é a democratização total da África, passando os Direitos Humanos a ganhar outros contornos de proteção, não obstante em outras situações eles continuarem péssimos. A vida política na África continua ainda conturbada, com a violação flagrante de Direitos Humanos, tomada de poder pelo uso da força (militares), prisões arbitrárias, violação de liberdade de imprensa e de expressão. Os

⁹⁴ ROSA, Có Pedro. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: Entre a tradição e a modernidade*. Lisboa, 2009, p.31.

direitos econômicos, sociais e culturais estão longe de ser uma realidade, devido à má gestão dos recursos públicos e à corrupção endêmica que assolam as funções públicas, como declara Rosa Có⁹⁵:

Continua haver a invocação abusiva das especialidades do continente africano para justificar o não cumprimento das obrigações internas e internacionais sobre a matéria dos direitos humanos. Mas não se deve esquecer a situação prevalecente anteriormente e os avanços registrados a esse nível.

Os dirigentes africanos não se devem lograr apenas pela expulsão do colonialismo na África como meta final para a resolução dos problemas dos Direitos Humanos, mas devem pensar que foi primeiro de tudo uma condição para estabelecimento da paz no interior do continente. É uma conquista alcançada entre as muitas que estão pela frente. No plano interno deve-se redobrar esforços e mecanismos de preservar a dignidade da pessoa humana como condição para alcançar a plena realização de outros direitos. Sem a liberdade e a paz não há desenvolvimento.

Falando agora em termos concretos da Guiné-Bissau, um país que viveu por muitos anos sob a ditadura do partido libertador, Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo-Verde (PAIGC), esse partido tinha toda a máquina opressiva, era proibida a constituição de outros partidos políticos e outros movimentos que inspiravam princípios diferentes dele. Muita gente foi fuzilada barbaramente por alegação de pertencer a outros movimentos políticos. É o caso da Frente de Libertação da Guiné (FLING), que teve os seus membros foram perseguidos, torturados e obrigados abandonar o país vivendo fora, na emigração, durante o período da luta armada de libertação nacional. A abertura democrática e a constituição de outros partidos políticos deu-se em 1986, mais concretamente, com a nova Constituição de 1993, que fez cair o artigo 4º, que vedava a constituição de partidos políticos. Atualmente, conta-se com cerca de 34 partidos políticos, a liberdade de imprensa e de expressão foi liberalizada e o país conta hoje com muitos rádios e jornais privados.

Verifica-se a separação de poderes, com o Presidente da República figurando como órgão moderador, de fiscalização e garantia da legalidade, unidade e estabilidade política nacional (art.62º/1). A Assembléia Nacional popular, órgão eleito democraticamente pelo povo (sufrágio universal), fiscaliza politicamente o governo e dele depende aprovação do seu programa para sua governabilidade (art.76º e art.85º). Também o poder judicial goza de certa independência, sendo os seus juízes recrutados através de concurso público e a direção superior da magistratura judicial eleita democraticamente pelos seus pares.

⁹⁵ *Ibidem*, p.32.

3.3.1 Os Direitos do Homem na Carta da Organização da Unidade Africana (OUA)

A Organização da Unidade Africana (OUA) criada em maio de 1963 em Adis-Abeba (Etiópia), traz na sua constituição uma abordagem vaga e tímida sobre os Direitos do Homem, limitando-se neste sentido a fazer uma remissão expressa à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos do Homem sobre esta matéria. A Carta da OUA, também denominada de “Carta de Libertação”, tem como verdadeiras preocupações aquelas relativas à unidade africana, a não interferência nos assuntos internos dos Estados tomados individualmente, e a luta contra o colonialismo e neocolonialismo. Portanto estes objetivos consignados na Carta, tal como no preâmbulo da organização remetem explicitamente para estes instrumentos internacionais no que concerne à matéria dos Direitos do Homem. Entretanto, estes objetivos não parecem claros ou suficientes para uma efetiva proteção dos Direitos do Homem na África, porque a falta de exigência aos Estados-membros de mecanismos para sua efetivação faz perder sua qualidade e dificilmente aqueles poderão ser institucionalizados como base da cooperação internacional. Devia-se fazer do preâmbulo, a condição de admissão desses direitos, uma espécie de portão de entrada e não apenas uma rubrica que não implica para os Estados-membros uma obrigação para efetivá-los como sustenta Borella⁹⁶: “Estes objetivos delimitam as competências da organização, que estão formuladas de uma maneira restritiva, o que prova se necessário que o dogma da soberania estatal não foi posto em causa em Adis-Abeba”.

Este fato mostra, de forma inequívoca, a tendência que os países africanos têm em geral para honrarem o dogma da soberania, pelo menos nos seus aspetos positivos, pondo em causa os Direitos do Homem. O art.2 da Carta da OUA atribuiu esta organização a competência de coordenar e harmonizar as políticas gerais dos Estados-membros, salvo nas questões da organização constitucional e administrativa, justiça e polícia. Estas questões, de certo modo, interessam os Direitos do Homem, mas poderiam ser mais eficazes se os próprios Estados adotassem meios de poderem efetivar os Direitos do Homem nos seus respectivos países.

A referência preâmbular sobre os princípios da não ingerência nos assuntos internos dos Estados e o respeito pela soberania ganharam grande importância no seio da organização e revelam que, na prática, existe falta de interesse por parte dos Estados-membros em seu conjunto ou individualmente quanto à necessidade de assegurar o efetivo respeito aos Direitos

⁹⁶ BORELLA, François, “Organisations internationales regionales”, *Lês regionalisme africain*. Paris: AFDI 1964, p.854.

Humanos e às liberdades fundamentais. O que demonstra que, na verdade, quando os Estados se obrigaram sob esses princípios, esqueceram de observar do ângulo inverso o princípio básico de responsabilidade coletiva que existe no campo da proteção dos Direitos Humanos. Essa atitude entrou em colisão com os próprios objetivos da OUA, porque os Direitos Humanos, que eram tidos como “slogan” de luta contra o colonialismo e apartheid, não encontraram proteção quando foram violados pelos Estados-membros, podendo-se considerar nesta situação como única exceção à tutela do direito a autodeterminação. Mas precisamente Borella⁹⁷ disse que :

[...], é afirmada com vigor a regra da não interferência, o que se compreende facilmente, pois, como existe fragilidade dos Estados africanos, cujo caráter artificial deve ser camuflado com a afirmação permanente de que eles existem e dispõem da exclusividade da sua competência sobre as populações e sobre o seu território, mas não é colocado o acento tônico no domínio reservado que se favorece a proteção dos direitos do homem.

O dogma da independência e do princípio da não interferência nos assuntos internos dos Estados referidos na citação anterior demonstra o espírito de liderança dos dirigentes africanos ao pensarem que os territórios, bem como as populações lhes são como uma propriedade privada com única exclusividade a sua disposição. Era preciso pensar que acima de tudo estava o indivíduo e de nada valia a independência se os indivíduos continuassem a não ter liberdades.

A concepção dualista da OUA sobre os Direitos Humanos (pregando de um lado: direitos dos povos⁹⁸ a disporem dos seus próprios direitos, e, do outro, todos os outros direitos do homem), não se baseou apenas no fato de se afirmar ou atribuir aos povos o direito de disporem de si próprios, constituiu um pressuposto necessário à proteção dos Direitos do Homem, mas por si só não basta para a sua realização. De certo é que esta concepção dualista é também preferencial e seletiva, visto que as obrigações dos Estados-membros quanto o respeito aos direitos dos povos de disporem dos seus próprios direitos são inexistentes para os outros Direitos do Homem. Pelo que se pode concluir, ela exonera os Estados-membros de qualquer obrigação internacional quanto à proteção dos referidos direitos, e espelha que a Carta da OUA não contém nenhum sistema organizado de proteção e promoção dos Direitos do Homem, pois das cinco comissões⁹⁹ mencionadas anteriormente, criadas ao abrigo do

⁹⁷ BORELLA, François. *Le système Juridique l'OUA*. Paris: AFDI, 1971, p.236.

⁹⁸ O direito dos povos a disporem de si próprios é confirmado pelas disposições que enumeram os princípios da Organização de Unidade Africana... (N'DIYAE, Birame .Lugar dos direitos humanos na Carta da OUA. ”, in *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*, Manual Unesco, Lisboa, 1983, p.639).

⁹⁹ Nos termos do art.XX: são criadas, além das comissões especializadas que a conferência possa julgar necessárias, mais as seguintes: 1. Comissão econômica e social; 2. Comissão de educação e cultura; 3. Comissão

art.XX, nenhuma se referia aos Direitos do Homem.

Esta falta de afinidade da OUA com os Direitos Humanos vem sendo observada muito antes da sua própria criação, porque a qualidade de vida prometida pelos líderes africanos antes e depois da sua criação não só fracassou como também se encontra em declínio. Os padrões mínimos de vida que existiam (disponibilidade de água, moradia, direito a vida familiar, emprego, etc.), enfim, todas as características da vida e cultura africana existentes, não são disponibilizadas para a maioria dos africanos, estando estes sujeitos a constrangimento tanto interno quanto externo, dificultando o desenvolvimento africano.

Violações graves dos Direitos Humanos marcaram a década de setenta na África, tendo merecido contestação e condenação por parte da comunidade internacional. A exemplo, pode-se citar a expulsão dos britânicos de origem asiática em Uganda pelo Presidente Idi Amim Dada, bem como a expulsão dos cidadãos do Benim no Gabão, pelo Presidente gabonês Omar Bongo. Apesar da condenação destes atos desumanos de racismo e colonialismo, a OUA não se dignou a tomar nenhuma posição perante tais acontecimentos, tendo sempre como motivo o respeito pelo princípio da não interferência nos assuntos internos dos Estados.

Felizmente ou infelizmente, essa tem sido a postura da OUA quanto às questões que tocam os Direitos Humanos na África. De certo modo era preocupante e pertinente a mudança de atitude perante constantes e graves violações dos Direitos Humanos nos Estados Africanos. Ora acentuava-se cada vez mais a necessidade de jurisdicização dos Direitos Humanos no seio da organização africana, não obstante verificar-se que das cinco comissões criadas cada uma delas era composta pelos ministros competentes ou por qualquer dos ministros ou plenipotenciários¹⁰⁰ designados pelo seu governo, fazendo-se deste modo passar os interesses de uma organização a frente dos interesses dos Estados-membros.

N'diaye¹⁰¹ declara que, se as relações entre o Direito e a Política são incompreensíveis na ordem interna são, pelo contrário, ainda mais densas e mais intensas na ordem internacional, o que justifica que se as relações entre o Direito Internacional e a Política são em regra geral

de saúde, higiene e nutrição; 4. Comissão de defesa; 5. Comissão científica, técnica e de pesquisa. [...], no entanto, é revelador verificar que nenhuma das modificações sofridas pelo artigo XX da Carta da OUA ocasionou a criação de uma comissão dos direitos humanos. Uma conferência de chefes de Estado criou, com base no art. XX, em 1964, duas novas comissões: 1. a Comissão de juristas (res.AHG/4-1); 2. a Comissão dos transportes e comunicações (res. AHG/20-1) (N'diaye,p.640).

¹⁰⁰ [...], é evidente que estando acima de tudo a Conferência de chefes de Estado e de governos, e sendo o chefe de Estado africano onnipotente e onnipotente, a composição dos órgãos da OUA e a sua hierarquização são o reflexo do triunfo do interestatismo sobre o federalismo (N'DIAYE, Birame. "Lugar dos Direitos do Homem na Carta da Organização de Unidade Africana". In *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*, Manual Unesco, Lisboa, 1983, p.641-642).

¹⁰¹NDIAYE, Birame. *Op.cit.*, 1983,p. 642.

profundas, tornam-se abissais quando se trata, em especial, dos Direitos Humanos. Este eminente jurista acrescenta ainda que seria necessário despolitizar os organismos internacionais especializados no domínio dos Direitos Humanos de forma a permitir-lhes exercer as suas funções com independência, nomeando para efeito personalidades independentes escolhidas de acordo com as suas qualificações.

A pressão exterior sobre os atos atentatórios à dignidade da pessoa humana perpetrados pelos grandes ditadores africanos foi reforçada com a “cruzada” de Direitos Humanos iniciada em 1979 pelo então Presidente norte americano Jimmy Carter, como parte da política externa norte-americana. Apoiado pelos países do Ocidente, os programas de assistência começaram a ser condicionados ao efetivo respeito aos Direitos Humanos nos países beneficiários. As Nações Unidas também tiveram um papel determinante, principalmente através de promoção de eventos que proporcionaram atenção para a necessidade de criar um sistema regional próprio de promoção e proteção de Direitos Humanos na África.

Estes fatos motivaram os Estados Africanos a superar o velho paradigma do princípio da não-interferência e da soberania para a edificação de um sistema regional eficaz capaz, de garantir a promoção e proteção dos Direitos Humanos. Esse fato culminou com a criação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

4 ORIGEM E ESTRUTURA DA CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA ADOÇÃO DA CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

Como ficou demonstrado no capítulo anterior, as preocupações da Organização da Unidade Africana (OUA) prendiam-se mais aos aspectos ligados à defesa da soberania dos jovens Estados independentes e ao princípio da intangibilidade das fronteiras, deixando para o segundo plano os aspectos concernentes aos Direitos Humanos. Essa atitude fez com que as questões relacionados aos Direitos Humanos levassem muito tempo para ser encaradas e discutidas no seio da organização. Passaram-se mais de vinte anos de avanços e recuos para que as ideias formais fossem concretizadas no plano material. Neste capítulo tentar-se-á traçar um quadro cronológico dos principais acontecimentos que permitiram o nascimento da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, levando-se em consideração as diversas vicissitudes políticas que nortearam a sua origem.

4.2 AS CONFERÊNCIAS DA COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS

A Conferência de Juristas, realizada em Lagos (Nigéria) em 1961, pode ser caracterizada como acontecimento de suma importância no seio da Organização da Unidade Africana (OUA) e no que diz respeito aos Direitos Humanos na África, tendo em vista o seu caráter precursor e importância no nascimento da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. A conferência reuniu cerca de 194 delegados (juristas) provenientes de 32 países, entre os quais 24 eram africanos. Tinha como principal objetivo¹⁰² dar total efeito à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, para isso, convidou todos os governos africanos a estudarem as possibilidades de adoção de uma Convenção Africana dos Direitos Humanos com uma Comissão semelhante à europeia, bem como a criação de uma Corte apropriada, possibilitando recurso a todas as pessoas sob a jurisdição dos Estados signatários. A

¹⁰² Emmanuel G. Bello-in *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A Legal Analysis*, Boston/Lancaster: R.C.A.DI, 1985, p.32.

conferência, desenvolvida sobre o “Princípio de Legalidade” (Rule of law), apesar dos esforços despendidos, só teve suas disposições parcialmente implementadas duas décadas depois.

Na Conferência dos Chefes de Estado e de Governo Africanos realizada em maio de 1963, em que foi criada a Organização da Unidade Africana (OUA), 30 Estados assinaram a Carta Constitutiva da OUA. Novamente a proposta da criação da Convenção Africana dos Direitos Humanos foi discutida; no entanto, os governos africanos preferiram priorizar outros assuntos considerados urgentes e apenas manifestaram a sua adesão formal através do Parágrafo 3º do Preâmbulo da Carta da OUA aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Carta das Nações Unidas com o seguinte teor: “Conscientes do fato de que a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade são objetivos essenciais para a realização das aspirações legítimas dos povos africanos”. E acrescenta-se ainda, nos termos do penúltimo Parágrafo do mesmo Preâmbulo que, “persuadidos que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, a cujos princípios reafirmam a sua adesão, “oferecem uma base sólida para uma cooperação pacífica e proveitosa” entre os Estados Africanos.

Como se pode notar, essa referência formal aos instrumentos internacionais das Nações Unidas, quanto às matérias dos Direitos Humanos, não encontrou a sua concretização no plano material no seio dos Estados Africanos, porque nenhuma medida interna foi tomada para efetivar tais direitos no âmbito interno de cada Estado. No entanto, pode-se citar que desde a institucionalização da OUA até a segunda metade da década de 70 todos os eventos ou moções sobre a proteção dos Direitos Humanos ficaram restritos a seminários, conferências, simpósios, colóquios, entre outros eventos, porque os princípios de não-interferência nos assuntos internos dos Estados e da soberania puseram obstáculos a toda e qualquer preocupação dos Estados, haja vista os esforços despendidos pelos intelectuais na promoção destes eventos não surtirem os efeitos desejados na mudança de perspectivas, pois prevalecia o pessimismo.

Em 1976, a Comissão¹⁰³ Internacional de Juristas, em colaboração com o governo da Tanzânia, organizou uma conferência subordinado ao tema “Human Rights in a One-Party State” (Direitos Humanos em um partido único-Estado). O referido evento mobilizou a participação de juristas, políticos e da sociedade civil de diferentes países como Quênia, Lesoto, Sudão, Zâmbia, Tanzânia, Grã-Bretanha e Suíça. A mesma conferência preconizava a

¹⁰³ Vide ROSA CÓ. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos: entre a tradição e a modernidade*. Lisboa, 2009, p.52.

interdependência entre os direitos individuais e coletivos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais por outro. Da mesma forma, em julho de 1978, houve um outro colóquio em Butare (Ruanda) sobre “os Direitos Humanos e o Desenvolvimento Econômico na África”.

Não obstante a constante realização de eventos sobre os Direitos Humanos por parte de diversas entidades não estatais - como por exemplo, a Conferência de Padres Africanos realizada em 1975 no Sudão, com ênfase sobre as razões das constantes violações dos Direitos Humanos na África – demonstrava-se, segundo Emmanuel G. Bello¹⁰⁴, o encurralamento da OUA sobre as questões de Direitos Humanos e a tendência de pressioná-la a assumir, por fim, a sua indiferença.

A mesma pressão levou ainda à realização de outros eventos, mobilizando o apoio da comunidade internacional e, particularmente, da ONU, pedindo a sua intervenção para a solução dos problemas de violações dos Direitos Humanos nos países africanos. Em 1978, em Dakar¹⁰⁵ (Senegal), foi feita uma conferência subordinada ao tema: “O Desenvolvimento e os Direitos Humanos”, promovida pela Comissão de Juristas em colaboração com a Associação Senegalesa de Estudo e Investigação Jurídica. Tal conferência destacou-se pela sua importância no delineamento de estratégias a serem adotadas contra a OUA de forma a persuadi-la a velar sobre a problemática dos Direitos Humanos na África.

No mesmo ano foi realizada em Freetown (Serra Leoa) uma Conferência dos Advogados¹⁰⁶ dos países africanos, que atribuiu grande importância aos direitos individuais na África. Não obstante, ainda no mesmo ano, um movimento movido pela Nigéria, através de um requerimento à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, solicitava uma assistência para o estabelecimento de instituições regionais de Direitos Humanos. Do mesmo modo, foi solicitada a esta Comissão, através da Resolução XXIV, a discussão da situação dos Direitos Humanos em países como Etiópia, Uganda, Guiné-Equatorial, África Central, Guiné-Conakry e Malawi, bem como instauração de um inquérito sobre a situação dos Direitos Humanos em países como Guiné-Equatorial e Uganda.

¹⁰⁴ BELLO, Emmanuel G. African Charter on Human and Peoples' Rights. *In Recueil des Cours de Académie de Droit International*, Tome 194, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, R.C.A.DI, 1985, p.25.

¹⁰⁵ M'BAYE, Keba. Les droits de l'homme en Afrique, A. Pedone, 2^e Edition, Paris. Manual UNESCO, 2002, 170 e 171.

¹⁰⁶ BELLO, Emmanuel G. – in The African Charter on Human and Peoples' Rights. A Legal Analysis, Boston/Lancaster, R.C.A.DI, 1985, V, 194.p.26-28.

Em janeiro de 1979, em Dakar, foi realizada uma Conferência de Juristas Francófonos, que exigia dos governos africanos e da própria OUA mais ações em prol da promoção e proteção dos Direitos Humanos na África. Em maio do mesmo ano, por iniciativa da Conferência dos Padres e com apoio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, da Comissão Econômica para a África e da OUA, o governo da Tanzânia realizou uma Conferência Pan-africana sobre os Refugiados.

Cumprir destacar que os esforços mobilizados por essas entidades não foram em vão. Começou-se a vislumbrar esperanças de nascimento de um sistema africano de proteção dos Direitos Humanos e, neste sentido, deve-se destacar o papel da Conferência de Dakar de 1978, referida acima, pela sua forma de traçar estratégias no que diz respeito a como encarar as exigências desses direitos pelos governos africanos e pela própria OUA. Assim, foi instituído um Comitê de seguimento das recomendações composto por quatro autoridades africanas, dirigido pelo jurista senegalês Keba M'Baye, tendo como principal missão acompanhar o cumprimento de resoluções e recomendações adotadas. O mesmo Comitê encarregou-se de sensibilizar os líderes africanos sobre a ideia de implementação de um sistema africano dos Direitos Humanos, efetuando visitas de contatos diretos com alguns líderes considerados sensíveis quanto às questões dos Direitos Humanos. Tal foi o caso do presidente do Senegal Leopold Sedar Senghor.

Assim, durante a realização da 16ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo africanos, realizada de 17 a 20 de julho de 1979 em Monróvia (Libéria), o referido presidente do Senegal, Leopold Sedar Senghor, propôs aos participantes uma Resolução¹⁰⁷ que levou à Decisão 115/XVI (1979), que versava sobre a proposição de um esboço preliminar de uma Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos a ser elaborada por um grupo de peritos, estabelecendo órgãos de promoção e proteção de tais direitos.

Em setembro do mesmo ano entre 10 e 21, a pedido da Assembleia Geral, da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas e a convite do governo da Libéria, o então Secretário-Geral das Nações Unidas organizou um seminário em Monróvia sobre o estabelecimento de comissões dos Direitos Humanos, com especial atenção para a África. Uma das importantes conclusões desta conferência sustentava que o princípio da não interferência nos assuntos internos de um Estado soberano, conclamado pela OUA e pelos Estados Africanos, não deveria constituir impedimento de uma ação internacional quando da violação dos Direitos Humanos. Também deixou-se claro que a função principal da Comissão Africana dos Direitos

¹⁰⁷ Vide Parágrafo 2º do Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Humanos deveria ser promocional, no sentido de informar as populações africanas dos seus direitos.

Destaca-se que, de 28 de novembro a 8 de dezembro de 1979, o grupo de peritos criado através da Decisão 115/XVI, mencionada acima, reuniu-se com o objetivo de preparar um esboço preliminar da Carta Africana. O projeto inicial da Carta tinha um forte pendor ideológico, o que obrigou a sua alteração, devido à intervenção de duas autoridades conhecidas por suas orientações comunistas, a exemplo dos presidentes da Guiné-Conakry e do Madagascar, com especial atenção para o primeiro, Amhed Secou Touré. O Comitê de Peritos, foi surpreendido ao encontrar um outro anteprojeto preparado pelo Secretariado da OUA, o qual era bastante semelhante aos dispositivos das Convenções Europeia e Americana sobre os Direitos Humanos.

Confrontados os dois projetos, a consultoria jurídica da OUA e o grupo de peritos chegaram à conclusão de que a OUA e os Estados Africanos necessitavam de um instrumento dos Direitos Humanos diferente daquelas dos continentes europeu e americano; um sistema especial que lidasse especificamente com os problemas dos Direitos Humanos na África. E, nessa ótica, segundo Keba M'Baye¹⁰⁸, a Comissão teve que inspirar o projeto nos pressupostos das tradições e princípios morais da sociedade tradicional africana, dando assim maior ênfase aos direitos dos povos e aos deveres dos indivíduos, na garantia do equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos dos povos, de um lado, e os direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais por outro, na criação de um órgão de promoção e proteção dos direitos constantes na Carta, bem como a criação de obrigações pertinentes à segurança dos Estados e os métodos de aplicação dos dispositivos da Carta.

Destacam-se ainda, como outros fatores que influenciaram na redação da Carta, o princípio da não discriminação, os princípios e objetivos da OUA de mostrar que a moral e os valores da civilização africana têm significado importante a ser levado em conta além de dar maior destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, reafirmada a necessidade de criar um sistema africano que atendesse às peculiaridades deste povo com base nas suas tradições, e influenciados pelas ideologias dos dois presidentes acima referidos, o presidente da Comissão de Peritos e, em particular, o presidente do Senegal, Leopold Sedar Seghor¹⁰⁹, chamaram atenção dos especialistas para não caírem no mesmo erro dos europeus e americanos, que criaram sistemas individualizados. Ou seja, para

¹⁰⁸ M'BAYE, Keba. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2.ed. Paris : A. Pedone, 2002, p.72 e 73.

¹⁰⁹ M'BAYE, Keba. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2.ed. Paris : A. Pedone, 2002,p.74.

não elaborarem segundo ele “*une Charte des droits de l’homme africaine*¹¹⁰”(uma Carta de direitos do homem africano), visto que “*l’humanité est une et indivisible et les besoins fondamentaux de l’homme sont partout identique*¹¹¹” (a humanidade é una e indivisível e os direitos fundamentais do homem são para todos idênticos). Alertou, de modo geral, aos especialistas a não tratarem de fazer “*ni de copier, ni de rechercher l’originalité pour l’originalité*” (não copiar e nem procurar a originalidade por originalidade), mas sim dar prioridade a “*imagination et efficacité*” (imaginação e eficácia) levando-se sempre em consideração “*les besoins réels de l’Afrique*” (às reais necessidades da África).

Da mesma opinião, o Secretário-Geral da OUA, Edem Kodjo, valorizou as tradições culturais africanas e invocou a necessidade de “*revendiquer une fois de plus le droit à la différence, en mettant au claire, dans la rédaction de la Charte, une conception africaine des droits de l’homme*” (reivindicar mais uma vez o direito à diferença, colocando de forma clara na elaboração da Carta, uma concepção africana dos direitos do homem) acrescentando ainda que “*La spécificité, l’authenticité de notre continent, convient irrésistiblement à un effort original au niveau du concept et de la praxis*¹¹²” (a especialidade e autenticidade do nosso continente deve ser irresistivelmente um esforço original em nível do conceito e da praxis).

Os trabalhos da Comissão de Peritos basearam-se nesses moldes para fazer um anteprojeto que viria a culminar na atual Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, um instrumento atualmente importante na defesa dos Direitos Humanos no continente africano.

4.2.1 Os círculos de estudos organizados pelas Nações Unidas sobre os direitos humanos na África

O caráter contraditório da história da marcha dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, do surgimento da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos na África pode ser observado na sua dualidade a que articulou os projetos emancipatórios de reforma e revolução face aos processos de regulação desses mesmos direitos na África.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.73.

¹¹¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹¹² *Ibidem*, p.74.

As influências das Nações Unidas e das organizações não governamentais, particularmente a Comissão de Juristas Africanos, deram um impulso importante na concretização de um sistema africano de proteção dos Direitos Humanos na África. A começar, desde a primeira conferência da Comissão de juristas africanos realizada em Lagos (Nigéria) em 1961 (supra), passaram-se cerca de cinco anos para depois quebrar-se o silêncio sobre as questões dos Direitos Humanos, através da iniciativa da Comissão das Nações Unidas dos Direitos Humanos que apresentou uma resolução¹¹³ sobre este assunto, com a participação de países como Senegal, Tanzânia, Benin e Congo Brazzaville. A referida resolução preconizava a criação de Comissões Regionais dos Direitos Humanos nas regiões onde não existiam. E no mesmo ano, por ação da Nigéria, criou-se um grupo de trabalho das Nações Unidas sobre a verificação das situações de violações dos Direitos Humanos em alguns países africanos.

Vários círculos¹¹⁴ de estudos foram realizados pela Comissão Internacional de Juristas Africanos com o apoio das Nações Unidas. Em 1966 em Dakar, seguido em 1969 no Cairo (Egito); em 1971 a Comissão Econômica para a África realizou uma conferência em Addis Abeba (Etiópia); em Dar-Es-Salam (Tanzânia), em 1973 e, em Monróvia (Libéria) em 1979.

Como se pode observar, os esforços empregados por estas entidades na promoção de seminários em matérias de Direitos Humanos e na produção de recomendações, entre outros, alinhavam-se para a criação de um sistema africano dos Direitos Humanos, apesar do ambiente político prevalecente na África não permitir uma erupção imediata desse mesmo sistema haja vista o conceito da soberania e o princípio da não interferência nos assuntos internos dos Estados privilegiados pela OUA e pelos Estados Africanos não deixarem caminho para o nascimento do sistema africano. Contudo, a constante pressão das Nações Unidas e das organizações não governamentais africanas na averiguação das situações dos Direitos Humanos na África, era já uma certeza de que, mais cedo ou mais tarde, tornar-se-ia possível nascer um sistema com órgãos capazes de promover e proteger os mesmos direitos na África.

¹¹³BELLO, Emmanuel G. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A Legal Analysis*, Boston/Lancaster. R.C.A.D.I, 1985, V, 194.p.24.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.24 e 25.

4.2.2 A ausência de quorum na Conferência de Plenipotenciários de 24 de março de 1980 em Addis-Abeba (Etiópia)

Concluído o esboço preliminar do anteprojeto da Carta Africana elaborado pelo Comitê de Peritos Africanos, o Secretário-Geral da OUA convocou uma conferência dos plenipotenciários¹¹⁵ em 24 de março de 1980, em Addis-Abeba (Etiópia) para a sua aprovação. A falta de quorum impediu a realização da dita conferência, acrescida pela falta de vontade demonstrada pelo governo etíope em acolher um evento de Direitos Humanos no seu país. Também se registrou a falta de comparecimento de delegações de alguns países que manifestaram atitude de inviabilizar a aprovação do anteprojeto da Carta.

De certo modo, a atitude de alguns dirigentes africanos em não apoiarem a aprovação do projeto da Carta evidenciava o espírito anti Carta e, mais ainda, antidireitos humanos por estes dirigentes, fato consubstanciado pela falta de quorum registrada na conferência.

Com isso, prova-se mais uma vez a falta da noção da dignidade da pessoa humana por parte destes dirigentes africanos, que, a todo custo, lutaram para impedir a implementação do sistema africano dos Direitos Humanos, fato este, que ficará registrado na história do surgimento da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

4.2.3 A 1ª Conferência dos Ministros de Justiça realizada a nove de junho de 1980 em Banjul (Gâmbia)

Como não obteve sucesso a primeira tentativa da aprovação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, pela falta de quorum e também pela falta de interesse verificada por parte de alguns dirigentes africanos, fato que inviabilizou de forma cruel a concretização do tão sonhado sistema africano de proteção dos Direitos Humanos, a estratégia foi mudada e, no lugar dos plenipotenciários, o Secretário-Geral da OUA decidiu em concertação com o Presidente do Senegal, Leopold S. Senghor, e o Presidente da Gâmbia, Daouda Diawara, convocar os Ministros de Justiça dos Estados-membros da OUA para uma conferência realizada de 9 a 15 de junho de 1980 em Banjul (Gâmbia).

¹¹⁵ M'BAYE, Keba. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2.ed. Paris : A. Pedone, 2002 ,p.175.

A escolha da Gâmbia e do seu presidente para a realização desta conferência deve-se ao fato deste presidente ter muita afinidade com as questões dos Direitos Humanos, como explica o jurista guineense, Pedro Rosa Có¹¹⁶:

“A Gâmbia era considerada um dos países africanos onde mais se respeitava os direitos humanos, e o seu Presidente e Vice-presidente eram pessoas ideais para sensibilizar os seus colegas a se engajarem na adoção do anteprojeto da Carta”.

Esse ideal de traçar uma nova estratégia era essencial, devido ao ambiente político vivido àquela altura na África, prevendo-se bloqueios para impedir a aprovação da Carta por falta de afinidade de alguns dirigentes africanos com os Direitos Humanos.

Tais questões tinham que ser tratadas com muita delicadeza, visto que os líderes africanos estavam divididos em dois grupos. De um lado, estavam os partidários da paz e da defesa dos Direitos Humanos que se empenharam firmemente para a criação da Carta Africana dos Direitos Humanos; do outro lado, estavam aqueles que brigavam a todo custo para impedir ou inviabilizar os trabalhos da aprovação do anteprojeto da Carta.

A Conferência de Banjul teve muito sucesso. Apesar de não ter como objetivo a aprovação do texto final da Carta, permitiu a marcação da 2ª reunião a ser realizada brevemente. Os trabalhos de abertura da conferência foram dominados pelos discursos das três individualidades: presidente do Senegal, Leopold S. Senghor, Secretário-Geral da OUA e presidente Daouda Diawara, da Gâmbia.

O presidente senegalês era uma pessoa muito ligada e conhecida pelo seu envolvimento com as questões dos Direitos Humanos, um pan-africanista por excelência. No seu discurso de abertura, enalteceu a importância dos direitos da terceira geração, que, segundo ele, requerem a intervenção solidária de todos os Estados, bem como a valorização dos deveres dos indivíduos como meio de garantia de equilíbrio entre os indivíduos e a sociedade¹¹⁷.

No mesmo discurso, ainda acrescenta Senghor a ideia da harmonia entre o indivíduo e o grupo dizendo que: “*En Afrique*¹¹⁸, *l'individu et ses droits sont enveloppe dans la protection assure à tous, par la famille et par des autres communautés. Il n'ya pas opposition mais symbiose dans la solidarité*”.

¹¹⁶ ROSA, Có Pedro. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: Entre a tradição e a modernidade*. Lisboa, 2009, p.61.

¹¹⁷ ROSA CÓ. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos: entre a tradição e a modernidade*. Lisboa, 2009, p.62.

¹¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

Traduzindo as palavras de Senghor: Na África, o indivíduo e seus direitos estão envolvidos na proteção assegurada a todos, pela família e por outras comunidades. Não há oposição, mas sim a simbiose de solidariedade.

Essa ideia do presidente senegalês demonstra o tipo de sociedade africana, diferente da sociedade europeia ou ocidental na qual o indivíduo é visto no seio do grupo onde está inserido, ele é “absorvido” pelo grupo, passando este a ter o papel ou a função de proteger e defender os seus membros. E Senghor, falando numa perspectiva modernista, preconizava existir uma harmonia, uma espécie de equilíbrio entre o indivíduo e o seu grupo. Salienta-se que a sua ideia não era de criar um sistema dotado de uma concepção comunitarista, mas sim um sistema de proteção dos direitos que atendesse às realidades e necessidades das estruturas tradicionais dos povos africanos.

Do mesmo modo, o Secretário-Geral da OUA, Edem Kodjo, chamou atenção dos Ministros para não criarem uma Declaração que não atendesse às aspirações do povo africano, ou seja, uma Declaração que não espelhasse um verdadeiro sistema africano de proteção dos Direitos Humanos.

O presidente gambiano, por sua vez, enalteceu a importância do evento considerando o contexto político vivido pelos países africanos e sobretudo as situações dos Direitos Humanos na África. Encorajou os esforços da OUA pela libertação total do continente do domínio imperialista, no combate ao racismo e na afirmação da cooperação e desenvolvimento da África. Disse ainda que era hora de erguer na África um sistema de promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Segundo Rosa C^o¹¹⁹, o presidente gambiano alertou os Ministros que os povos do mundo inteiro já estavam conscientes da importância dos direitos civis e políticos, particularmente devido ao crescimento do número de atos desumanos de crueldade e de violência contra os indivíduos por muitos países e os seus agentes.

Com isso, ele quis chamar atenção para o fato de que os direitos civis e políticos são fundamentais e universais e de aplicação imediata, quer nos países desenvolvidos, quer como naqueles em via de desenvolvimento. Necessário é existir uma harmonia, uma complementariedade com os direitos econômicos, sociais e culturais.

¹¹⁹ ROSA, C^o Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.63.

Quanto à concepção a adotar na Carta, finaliza dizendo que o indivíduo, vivendo numa sociedade, não só goza de direitos ilimitados, mas também tem deveres perante a família e a comunidade e isto traduz mais uma vez uma procura de equilíbrio entre o indivíduo e o grupo.

Registra-se que a conferência não só foi dominada por estes discursos bonitos das individualidades referidas acima, mas também teve um lado negativo, daqueles que pelas suas posturas sempre mostraram impedimento ao surgimento da Carta. Tal situação foi demonstrada na altura da apresentação do anteprojeto da Carta elaborada pelo Comitê de Peritos quando houve trocas de acusações entre as diferentes delegações.

Algumas delegações acusam o anteprojeto da Carta, de ser desequilibrado, isto é, de não ter colocado no devido lugar os direitos dos povos e os direitos econômicos, sociais e culturais e por outro lado, ainda acusam o Comitê de Peritos de ter adotado no anteprojeto da Carta uma concepção capitalista dos Direitos Humanos.

De todo o exposto, pode-se concluir que o sucesso da conferência não podia ser outro. Segundo sustenta Emmanuel G. Bello¹²⁰, as dificuldades psicológicas, como a falta de consenso entre as delegações no que concerne ao conceito político dos Direitos Humanos de um lado, e a atmosfera de suspeita entre as delegações, a postura cautelosa que preferia manter o *status quo* e não avançar progressivamente por outro, fizeram com que os trabalhos não pudessem avançar muito no sentido de concluir-se a primeira versão da Carta. Refere-se que nesta primeira conferência apenas 11 artigos foram revistos e aprovados, devido às dificuldades ou contradições registradas entre as delegações, como foi referido acima.

Frente ao relativo fracasso desta primeira conferência, convocou-se uma 2ª realizada de 07 a 19 de janeiro de 1981 também em Banjul.

4.2.4 A 2ª Conferência dos Ministros da Justiça, de 07 a 19 de Janeiro de 1981, em Banjul

O fracasso verificado na reunião anterior dos Ministros de Justiça obrigou os líderes africanos a repensarem as estratégias e, conseqüentemente, a adotarem novas formas de discussão nesta segunda reunião. O objetivo era o de não repetir os mesmos erros ocorridos na conferência

¹²⁰ BELLO, Emmanuel G. Op.cit., 1985, p.30.

anterior, porque o momento já era oportuno e qualquer deslize poderia por em risco o projeto da Carta Africana.

Nesta ótica, o Secretário-Geral da OUA apresentou um projeto de resolução para a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo a realizar-se em junho de 1980, em Freetown (Serra Leoa). A iniciativa desta resolução foi atribuída ao presidente Diawara que por sua vez desencadeou uma ofensiva diplomática no sentido de persuadir os seus homólogos da necessidade da afirmação do sistema africano dos Direitos Humanos.

O referido projeto de resolução foi apresentado pelo presidente Diawara na 35ª sessão ordinária da OUA através da Resolução CM/Res.792¹²¹ (XXXV). A Conferência dos Chefes de Estado e Governo instruiu o Secretário-Geral da OUA a uma marcação urgente da segunda reunião dos Ministros de Justiça em Banjul. Esta resolução exorta-os no sentido de redobramos esforços para concluir os trabalhos do anteprojeto da Carta a fim de ser apresentada na 18ª sessão da Conferência dos Chefes de Estado e Governo marcada para junho de 1981 em Nairóbi (Quênia).

Registra-se que nesta reunião não houve incidentes, pois nenhum dos conferencistas aceitou arcar com os custos políticos de inviabilizar a apresentação do anteprojeto da Carta. O apelo do Vice-Presidente da Gâmbia foi sutil, pois alertou os conferencistas da necessidade de trabalhar para a libertação da África dos regimes da tirania e da opressão que ameaçavam os seus progressos nos domínios económicos, sociais e culturais.

Quarenta, dos então cinquenta e três Estados-membros da OUA, participaram desta segunda reunião, quando todos os artigos remanescentes do anteprojeto da Carta foram revistos e aprovados.

4.3 A ADOÇÃO DA CARTA NA CONFERÊNCIA DOS CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO DE 17 A 27 DE JULHO DE 1981, EM NAIRÓBI (QUÊNIA)

O processo de elaboração e adoção da Carta Africana foi longo; foram vinte anos de intensas atividades políticas que permitiram o surgimento do sistema africano de promoção e proteção dos Direitos Humanos. A 18ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA, realizada de 17 a 27 de junho de 1981 em Nairóbi, procedeu à aprovação *in toto* da versão

¹²¹ M'BAYE, Keba. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2.ed. Paris : A. Pedone, 2002, p.181. Vide Parágrafo 4º e 5º do Preâmbulo da Carta.

final da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que a partir daí, ficou aberta à assinatura, adesão e ratificação dos Estados-membros da OUA.

Segundo Rosa C^ó¹²², se a Conferência de Lagos (1961) despertou a iniciativa do processo de elaboração da Carta, a Conferência de Dakar (1978) definiu estratégias e os presidentes, Senghor e Diawara, além do Secretário-Geral da OUA influenciaram-na, pois são os maiores estimuladores dos principais eventos ocorridos. A Conferência de Monróvia idealizou a Carta e as Conferências de Banjul serviram de ambiente político para impulsionar os trabalhos e, finalmente, foi em Nairóbi que nasceu formalmente o sistema atual africano de promoção e proteção dos Direitos Humanos.

A denominação Carta de Banjul serviu para homenagear a cidade capital da Gâmbia pela sua importância política na aprovação da Carta, atribuindo-lhe como “capital apadrinhadora” da Carta. Ainda segundo Rosa C^ó, a designação Carta de Banjul teria sido atribuída para evitar a confusão com a Carta da OUA que também é chamada de Carta de Nairóbi, simbolizando o local da sua aprovação em 1963.

O nome de Carta adotado pela OUA é para distingui-la também dos outros dois instrumentos antecedentes, nomeadamente as Convenções Europeia e Americana e ainda para dar outro impulso à situação dos Direitos Humanos na África, traduzindo-se deste modo numa expressão formal de caráter especial do instrumento africano dos Direitos Humanos.

4.3.1 As especificidades dos direitos humanos na África

Tem-se discutido muito em Ciências Jurídicas sobre questões que envolvem o tema de Direitos Humanos ou Fundamentais, com a finalidade de inserirem no âmbito cultural do exercício da cidadania o despertar da sociedade, em todos os níveis, para o cumprimento das regras estruturais que os regem. Portanto, no contexto atual, em que toda a humanidade está preocupada com os acontecimentos proporcionados pela evolução tecnológica e pelas informações difundidas pelas mídias, os Direitos Humanos ocupam um lugar de destaque no contexto da busca de ser construído e de ser exercido um regime político democrático que, realmente, produza efeitos concretos para determinar o alcance dos anseios buscados pelos que integram as camadas sociais formadoras de cada nação.

¹²² ROSA C^ó, Pedro. *Op.cit.*, 2009,p.68.

Deste modo, a ideia da universalidade dos Direitos Humanos decorrente da dignidade da pessoa humana na condição de valor intrínseco a tal condição, não deve deixar de reconhecer, por outro lado, as condições históricas, políticas, econômicas, sociais e culturais de cada povo, tomados como elementos específicos deste mesmo povo, com a finalidade de promover a proteção dos Direitos Humanos em todas as dimensões.

Os redatores da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos levaram em conta, no momento da sua elaboração, essas condições, que são os principais aspectos que espelham a realidade africana, diferenciando-a das outras realidades (europeia e americana). Neste ponto tentar-se-á descrever pormenorizadamente cada uma dessas condições, tidas como marcos de especialidade dos Direitos Humanos na África.

4.3.2 Condições Políticas ou ambiente político

A democracia e a economia de mercado parecem se impor como únicos valores universais na luta para a estabilidade política e desenvolvimento econômico e como condições para a efetividade dos Direitos Humanos, uma vez que a promoção e proteção dos Direitos Humanos impõem a existência dessas condições políticas, aceitáveis para o exercício da cidadania. Isto é, só em regimes políticos democráticos é possível usufruir os direitos, liberdades e garantias fundamentais plasmados, quer nos instrumentos internos, quer como nos internacionais.

Após a independência, os países africanos viveram em conflitos internos que resultaram em guerras até os anos noventa. A multiplicidade dos conflitos provém de problemas estruturais¹²³ que não foram resolvidos pela independência, problemas estes resultantes da condição africana legada por séculos de história.

As causas dos conflitos na África remontam desde a segunda metade do século XIX, pois os africanos não se sentem bem por razões do tráfico de escravos e da colonização e, desde esta época perduraram elementos de contradição, que se traduzem pelo estado de medo e de complexo provenientes do fato de os africanos terem sido muito atingidos durante quatro ou cinco gerações.

¹²³ Exemplos de guerras estruturais é o genocídio em Ruanda entre hutus e tutsis resultante da divisão de trabalho assistido durante a colonização. Os tutsis foram privilegiados no acesso ao alto clero ou no exercício de funções no exercito e na administração pública. A contradição agravou-se com a introdução da democracia formal de tipo europeia... (KI-ZERBO. *Para quando a África?* Entrevista com René Holenstein. Rio de Janeiro: pallas, 2006, p.52-53).

A partir da colonização, hierarquizaram-se as etnias na África, tal como as raças humanas: brancos em cima e negros embaixo. Tudo isso agravou-se com a introdução de democracia formal de tipo europeu, o que se explica também no fato de que, com a partida dos europeus, cada um dizia no bom crioulo da Guiné-Bissau “*ami que dibidi manda*” (eu é que devo mandar ou governar). Essa disputa de poder não permitiu resolver as questões do Estado e muito menos as da Nação, o que dificultou o estabelecimento de princípios fundamentais e estratégicos de um Estado Democrático de Direito, como assevera N’Diaye¹²⁴:

La démocratie ne peut exister si elle ne pratique pas la reconnaissance, la mise en oeuvre et le respect des droits de l’Homme. Ils constituent une forme de patrimoine juridique commun de l’humanité. Il doit s’agir de valeurs universellement reconnues dans tous les pays du monde. Dans le cas contraire, on peut douter du caractère démocratique du régime politique concerné.

N’Diaye disse: “A democracia não pode existir se não pratica o reconhecimento, a implementação e o respeito dos Direitos Humanos / Direitos do Homem. Eles constituem uma forma do patrimônio jurídico comum da humanidade. Devem ser valores universais reconhecidos em todos os países do mundo. Caso contrário, podemos duvidar do caráter democrático do regime político concernente”.

É verdade que não se pode falar da democracia se os Direitos Humanos não são respeitados pelos órgãos detentores do poder, se os princípios democráticos não são verificados, e os administrados não gozam dos direitos que a lei lhes atribui. Como sustenta Wilson Alves¹²⁵, quanto maior for a atuação do povo no sentido de fiscalizar os governantes cobrando-lhes providências constantes que não se limitando ao momento do voto, mais forte revela-se a democracia.

Neste sentido, os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito permitem a participação política das diferentes categorias da população na tomada das principais decisões, a limitação e a partilha do poder, bem como a solidariedade entre os seus órgãos. São, no entanto, as referências universais do regime democrático que permitem a estabilidade do poder, o exercício da cidadania e o respeito pelos direitos fundamentais. Apesar destas estruturas serem variáveis conforme os países e de acordo com o tecido social existente revelam-se condições essenciais para o estabelecimento do Estado Democrático.

¹²⁴ NDIAYE, Birame. “Lugar dos Direitos do Homem na Carta da Organização de Unidade Africana”. In *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*, Manual Unesco, Lisboa, 1983, p.1.

¹²⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador- Bahia. Editora JusPODIVM, 2008, p.46.

Estas estruturas não foram encontradas nos países africanos após a independência e muito menos com a instituição dos regimes democráticos na África, tornando-se difícil o respeito pelos direitos fundamentais plasmados nos principais instrumentos de cada Estado.

Segundo Ki-Zerbo (2006), estas estruturas existiam na África pré-colonial, quer se tratasse de reinos, impérios, sistemas de tipo patrimonial e clânico ou democracia de tipo aldeão¹²⁶. Nessas sociedades tradicionais em suas diversas formas de organização de poder político, com ou sem Estado, havia um esforço de limitação do poder, sua partilha pelas diferentes esferas da sociedade e solidariedade entre os membros da comunidade. Havia todo um cuidado pela gestão da coisa pública, porque os dirigentes¹²⁷ sabiam que estavam a serviço do povo e não dos seus interesses próprios.

Todas estas estruturas do poder tradicional africano¹²⁸ foram destruídas e esmagadas, primeiro pela colonização e, atualmente, foram substituídas por novas formas de regimes democráticos que não se adaptaram a essas velhas estruturas. Os novos regimes democráticos instituídos na África não foram adaptados ou assimilados pelos africanos e, sendo assim, não foram reconhecidos e nem moldados como na Europa. Como resultado de tudo isso, instalou-se o caos.

Os atuais Chefes de Estados Africanos têm as tendências de quererem dirigir sem serem responsabilizados pelos seus atos de governação; ou seja, ignoram por completo o princípio da responsabilidade pela gestão da coisa pública. A título de exemplo, na Guiné-Bissau, desde a independência em 1973 até hoje, nenhum governante foi responsabilizado pela sua má gestão. Todos terminam o mandato sem prestar contas da sua atuação, o que incentiva a corrupção e encoraja a repetição do mesmo comportamento pelos sucessivos governantes que nunca aceitam ser autuados às suas contas de gestão, reclamando sempre de não serem os primeiros a prestar contas dos seus mandatos.

¹²⁶ [...], A democracia de base existia ao abrigo de estruturas aldeãs, com a representação das diferentes famílias. Estas reuniam-se regularmente, quer através do grupo dos dirigentes destas famílias- os anciãos ou os decanos-, a fim de discutir todos os problemas relativos à aldeia, quer sob a direção de um chefe importante ou de um reino. No nível superior, os chefes e os reis estavam rodeados por conselhos de anciãos, que representavam os diferentes clãs ou diferentes etnias presentes na aldeia ou na cidade (KI-ZERBO. *Op.cit.*, 2006, p.63).

¹²⁷ Um ditado africano dizia: “não é o rei que tem o reino, é o reino que tem o rei”. O poder na África era amplamente partilhado entre diferentes grupos que rodeavam o chefe ou o rei. (KI-ZERBO. *Op.cit.*, 2006, p.63).

¹²⁸ [...], O poder na África tradicional era comparado com um ovo: quando apertado com muita força, parte-se nas mãos; mas quando não é assegurado com firmeza, pode deslizar da mão e partir-se também. (KI-ZERBO. *Op.cit.*, 2006, p.64).

Perante este cenário político é difícil pensar na promoção e, muito menos, na proteção dos Direitos Humanos, pois não existem estruturas dignas de garantia real de efetivação dos direitos, o que vem proporcionando constantes abusos de poder por parte dos chefes africanos e, conseqüentemente, consolidação dos regimes ditatoriais com implantação de terror sobre as populações civis.

4.3.3 Condições econômicas e sociais

Partindo da ideia de desenvolvimento econômico e social, que se caracteriza pela elevação do nível de vida das populações, a importância das infraestruturas e o desenvolvimento tecnológico têm como fator básico a cultura, caracterizada como *modo vivendi* de cada povo.

Segundo os dados estatísticos oficiais dos relatórios¹²⁹ das Nações Unidas sobre os índices da pobreza, o continente africano figura-se no plano primário do atraso econômico e social. A extrema pobreza, a miséria, o analfabetismo, entre outras situações que caracterizam o modo de vida do dia-a-dia das populações africanas, demonstram a falência de políticas públicas eficazes de proteção às camadas sociais mais desfavorecidas da população, visualizadas pela má gestão da coisa pública. Tudo isso espelha, ainda, a ausência da proteção não só dos direitos cívicos e políticos, como também dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Recuando-se um pouco no tempo e espaço para situar as causas da pobreza e miséria das populações africanas, pode-se atribuí-las a dois fatores determinantes que são o comércio de escravos e a colonização. Esses são os dois marcos principais de desaceleração do desenvolvimento africano, como explica Ki-Zerbo¹³⁰.

[...], até o século XVI, houve equilíbrios viáveis para a África com o exterior. Esse continente desempenhou um papel importante, sobretudo no nível econômico, em especial com o ouro do Sudão. Mas tudo ruiu a partir do século XVI, começando a estagnação, o declínio e a deterioração.

Apesar de atribuir-se o atraso da África a esses dois fatores externos, como sustenta o autor citado acima, a África contribuiu também para o seu próprio declínio. Alguns grupos sociais africanos ajudaram a explorar a África. Tal é o caso dos líderes políticos africanos que assumiram o poder após a independência e apenas se comprometeram a satisfazer os seus

¹²⁹WIKIPÉDIA. A enciclopédia livre. Relatório de desenvolvimento Humano 2009 do Programa das Nações Unidas(PNUD)para o desenvolvimento.Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Programa_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_o_Developmento. Acesso em 19 de outubro de 2009-

¹³⁰ KI-ZERBO, Joseph. *Op.cit.*, 2006, p.132.

interesses pessoais através da cumplicidade com as empresas multinacionais exploradoras dos seus recursos naturais.

O Estado neocolonial africano foi substituído pelo setor privado, devido à pressão de instituições internacionais, como o Banco Mundial (BM) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) que exigiam cada vez mais uma estrutura estatal menor, sua descentralização. No entanto, o setor privado africano não estava solidamente implantado, por isso essa supressão do Estado deixou grande vazão.

O Estado não deve ser substituído por nada, pois ele tem grande papel a desempenhar na condução do desenvolvimento e progresso do país através das suas políticas públicas. Os atuais dirigentes africanos perderam a noção ou o hábito do Estado tradicional africano e também não se apropriaram do Estado moderno do tipo colonial, que apesar da sua barbárie tinha um modelo administrativo voltado para a população. Este fato conduziu à fragilidade ou deficiência no Estado Africano, o que na realidade abriu caminhos para uma espécie de caos que não se vive em qualquer parte do mundo.

A ausência de um Estado ideal na África criou espaços para os mais ricos e para aqueles que se apoiaram nos militares ascenderem ao poder e fazerem dele uma espécie de propriedade privada, apoderando-se de todos os bens. Nesta situação, o Estado nacional não tem significado para nenhum africano; ele é uma seqüela do sistema colonial com a máxima barbárie sobre a população, sem respeito aos direitos civis e políticos, bem como econômicos, sociais e culturais.

A incapacidade do Estado em garantir os direitos civis e políticos impede a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois que, do ponto de vista jurídico, a falta de um dificulta a realização de outros, tendo em conta que existe uma interdependência de um em relação ao outro, como ensina Rosa C6¹³¹:

“O homem faminto não consegue ter mais que pensamentos básicos”, adapta-se ao caso dos direitos humanos, no sentido de que ele não consegue pensar em reclamar os direitos civis e políticos, se lhe oferecerem um prato de comida em troca desses direitos.

Este fato é mais notório durante os processos eleitorais em que se verifica a compra de votos por simples bens perecíveis de consumo imediato (comida, vinho, camisetas, entre outros). A alienação de consciência e a “fabricação” do voto étnico favorecem a eleição de dirigentes

¹³¹ ROSA, C6 Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.36.

corruptos de um lado, e a cristalização de tensões sociais que acabam desembocando em conflitos étnicos sem precedentes por outro.

O acesso à justiça, dessa população pobre, por outro lado, torna-se restrito ou quase impossível, visto que não dispõem de meios de sustento diário e, muito menos, de arcar com as custas processuais. O pior é que o Estado não dispõem de meios de assistência judiciária gratuita a toda essa população.

A incapacidade do Estado de poder resolver os problemas econômicos, sociais e culturais cria situações de exclusão social da maior parte da população, gerando banditismo, prostituição, tráfico de drogas, assassinatos, dentre outros crimes. A fragilidade de estruturas de poder impedem que o Estado exerça sua autoridade por todo o território, favorecendo deste modo a criação de guetos, ou favelas, governados por suas regras próprias, fora do quadro jurídico estatal e internacional e pelas suas autoridades próprias, sustentadas pelas atividades ilícitas, às vezes, com meios disponíveis superiores aos estatais, impondo limitação a atuação do Estado nessas localidades.

A Guiné-Bissau é um país que, no quadro dos países ditos do terceiro mundo, não escapou do fenômeno da pobreza, da miséria e do analfabetismo. Segundo o documento do governo guineense adotado como estratégia para redução da pobreza no país (DENARP)¹³², 88% da população vive no limiar da pobreza (situação ainda mais alarmante e crítica para as populações das zonas rurais, onde a percentagem sobe para os 90%) e a taxa de analfabetismo é de 85%.

Este diagnóstico da Guiné-Bissau é extensivo a muitos países africanos. Portanto, se os direitos econômicos, sociais e culturais não constituem preocupações dos governos africanos e condições para o exercício dos direitos civis e políticos, também não deixam de constituir entrave para o seu próprio exercício haja vista que a Carta Africana dá uma atenção particular ao se referir no parágrafo 8º do preâmbulo à expressão ao direito ao desenvolvimento nos seguintes termos:

Convencidos de que, de futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos cívicos e políticos são indissociáveis dos direitos

¹³² Documento de autoridades guineense, na luta e redução da pobreza. 2008

Nove em cada dez guineense vivem no limiar da pobreza, dispendo de um dólar ou menos por dia (0,83 euros), revela o Documento Estratégico para a Redução da Pobreza na Guiné-Bissau (DENARP). Segundo o documento, elaborado pelas autoridades guineenses, 88 por cento dos guineenses vivem no limiar da pobreza, situação considerada "alarmante" e que mais crítica nas zonas rurais, afetando mais de 90 por cento da população, cuja taxa de analfabetismo atinge os 85 por cento (Governo da Guiné-Bissau. A <http://www.stat-guinebissau.com/denarp/denarp.pdf> acesso em: 19 out. 2009.).

econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos cívicos e políticos.

Portanto a precariedade de condições em que vivem as populações africanas - a miséria, fome, doenças, entre outras situações críticas - vislumbram a falta de boas políticas públicas e a má governação realizada pelos dirigentes africanos, condenando ao insucesso o sistema de promoção e proteção dos Direitos Humanos previsto na Carta e sonhado pelos Estados Africanos.

Pelo exposto, fica demonstrado que houve perda de consciência do Estado, após a independência, pelos dirigentes africanos, fato evidenciado pela instauração de regimes ditatoriais na África após esse período, que não contribuíram em nada para a efetivação dos Direitos Humanos. No entanto, o ocidente poderia ajudar a África através de políticas comprometidas com o desenvolvimento, de modo a facilitar o gozo efetivo dos Direitos Humanos neste continente.

4.3.4 Condições culturais e religiosas

A ideia da promoção e proteção dos Direitos Humanos está vinculada à cultura de cada povo, independentemente dos seus membros saberem ler ou não. Pois que o cumprimento das normas, sejam elas jurídicas ou costumeiras, depende de como são concebidas e interpretadas pelas mesmas comunidades.

Tome-se como exemplo o sistema tradicional africano de proteção dos Direitos Humanos em que não existe a litigância no sentido rigoroso do termo como no mundo ocidental, como também não existe o direito de acusação e defesa nestas culturas. O que prevalece é o mecanismo conhecido como consensual, em que o chefe de um grupo étnico, reunido com outros membros do grupo, depois de discutidas as questões em conflito, percebendo que não se chegará ao entendimento comum, recorre à ancestralidade, através de pessoas unidas nos mistérios com o divino na busca de uma justificativa para a questão que, normalmente, parte da melhor posição que beneficie o maior número de pessoas do grupo.

É uma forma em que, apesar de não haver uma positividade no sentido burocrático do termo, o direito tem sua prevalência explícita através da persuasão ou convencimento entre os membros que trazem em si o respeito aos seres incorpóreos ou animícos que zelam pelo bem estar do grupo extrafisicamente. Com efeito, pelo que se percebe, há o duplo aspecto a ser

analisado: um exteriorizado pela positividade, representado pelos indivíduos corpóreos (fisicamente) e outro de seres “invisíveis”, espíritos atuantes e participantes no destino da comunidade, que devem ser ouvidos.

[...], Os animistas¹³³ baseiam todo o comportamento humano no exemplo legado pelos antepassados. O direito nasce na comunidade e tem como fundamento a vontade daqueles que já morreram. Quando escrevemos “morreram”, queremos significar unicamente o desaparecimento físico pois que o âmbito ou força vital não se perde e vive invisivelmente. A morte representa a ascensão a uma classe de idade, a dos antepassados. “Assim como a cobra deixa no caminho a sua pele, assim o homem se despe do invólucro carnal e continua a viver”.

O que se percebe com isto é que se supõe a existência de um nível intelectual para que os Direitos Humanos estabelecidos em códigos de origem europeia, fundamentados no princípio da cultura letrada ou intelectualizada, adquiram legitimidade e funcionalidade em seus ditames. Desta mesma forma, funcionam os direitos humanos em povos tradicionais africanos, caracterizados pelo direito fundamentado na oralidade, na inexistência da escrita, porém fundado no princípio da moralidade, legada pela tradição que tem visto o bem comum do grupo e não do indivíduo, como a sua particularidade.

O grupo tem um peso maior do que o indivíduo que reivindica um direito violado. Ou seja, nas sociedades tradicionais africanas, os indivíduos estão ligados por laços de sangue, por pertencer ao mesmo grupo étnico ou religioso. Nestes termos, as relações que se estabelecem neste grupo baseiam-se nos mesmos laços. O grupo onde o indivíduo está inserido é onde melhor ele realiza-se e é formado pelos vivos e também pelos mortos (espíritos). Com isso não se supõe que o indivíduo não tenha o seu valor enquanto membro do grupo, mas a consensualidade é algo fundente para a conciliação entre as “partes” em conflito.

Com efeito, sabe-se que este padrão de conciliação consensual - característica dos povos africanos - fundamentado na tradição, na ancestralidade e na oralidade, por sua vez parte do princípio do maior custo benefício da comunidade, e não tem respaldo quanto aos mecanismos de funcionalidade de estruturas jurídicas fundamentadas na presença de fórmulas acusatórias e de defesa, legadas pelos códigos de proteção dos direitos fundamentais europeus como sustenta Rosa Có¹³⁴:

Os direitos humanos foram basicamente pensados para sociedades com um determinado padrão de desenvolvimento cultural, que permite o conhecimento dos

¹³³ SILVA, Artur Augusto da. *Usos e costumes jurídicos dos mandingas (Ensaio)*. N.23. Bissau: Centro de Estudos da Guiné-Portuguesa, 1969, p.27.

¹³⁴ Para que haja uma garantia efetiva dos direitos humanos é condição primordial que as pessoas estejam imbuídas de uma determinada cultura jurídica, tenham o conhecimento e dos mecanismos internos e internacionais de defesa próprio, legalmente instituído e posta à sua disposição (ROSA CÓ, *Op.cit.*, 2009, p.38).

direitos e mecanismos de defesa instituídos pelo poder público e internacional à disposição dos indivíduos. Não há um aspeto burocrático ou uma prática forense no sentido do termo, porém, prevalece o senso considerado bom para o grupo e, relativamente, bom para os indivíduos em conflitos.

Apesar destes dois sistemas diferentes, há na África situações em que os dois se conflituam: infanticídio de gêmeos - quando nascem, um tem que ser sacrificado para evitar o mal na família - e a Lei de Sharia, na Nigéria, que é baseada em um costume da tradição muçulmana em que a mulher adúltera tem que ser apedrejada até a morte. Esta lei ou prática nefasta tem que ser banida, porque entra em contradição com a Constituição e com as leis temporais deste país como forma de evitar violações de direitos humanos por parte dos praticantes desta religião. Por outro lado, também os dois sistemas comunicam-se (sistema fundamentado na oralidade nos princípios religiosos legados pela tradição e ancestralidade; sistema fundado na letra também legado por uma cultura lógica racional com os seus princípios de cientificidade da não contradição, e do terceiro excluído). Há situações, como foi dito, em que ambos se entendem possibilitando uma solução mais humana e igualitária, diferente das citadas acima. É o caso do costume segundo *legem*, segundo o qual o homicídio tanto é proibido no costume como na lei positiva.

É o momento de transição que vive a África; com o tempo, um destes sistemas irá prevalecer, determinando assim uma prática social. Para isso, supõe-se, conforme experiência em vários povos, um desenvolvimento cultural letrado para que a funcionalidade pautada em um sistema burocrático dê suporte às questões. Tal fato requer tempo e políticas públicas de erradicação da pobreza, do analfabetismo, prevaletentes nos povos da África.

Portanto, para que haja uma ideia de promoção e proteção dos Direitos Humanos na África, é preciso que exista uma atenção dos Estados na criação de políticas públicas dignas, voltadas à satisfação das necessidades primárias e, subsequentemente, às necessidades secundárias e terciárias dos povos africanos, afim de que os valores humanos sejam conhecidos e reconhecidos como princípios norteadores de toda a humanidade.

4.4 A CONCEPÇÃO AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM ADOTADA NA CARTA (UMA CONCEPÇÃO BASEADA NAS TRADIÇÕES HISTÓRICAS E VALORES DA CIVILIZAÇÃO AFRICANA)

A demonstração feita anteriormente sobre os vários fatores que influenciaram no espírito da elaboração da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, vislumbra as preocupações dos líderes africanos em inserirem nela as realidades africanas baseadas na tradição e cultura dos vários povos que compõem o mosaico étnico africano.

Com isso, a necessidade de adoção de um sistema africano de Direitos Humanos foi uma preocupação desses líderes e juristas africanos após a independência, que sempre reivindicaram contra alguns instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos por não terem tido o cuidado de inserir nos seus dispositivos as outras realidades que não fossem europeias. Ou seja, o alvo de críticas reside no fato de as civilizações e tradições jurídicas dos povos ditos do terceiro mundo não terem sido levadas em conta na formação e aplicação do direito internacional. Tal fato é referência às “nações civilizadas”, prevista no art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) que, segundo os críticos africanos e do terceiro mundo, devia ser interpretado de forma a considerar a atual composição da comunidade internacional e, não apenas, dos países desenvolvidos (civilizados).

Portanto, a instituição do sistema africano de Direitos Humanos veio perfilar essas críticas no sentido de mudar o paradigma e inspirar na Carta uma concepção africana baseada nas tradições culturais da sociedade tradicional africana:

[...], Une analyse¹³⁵ de la pratique de ces États nous révèle que les États africain n'ont pas créés des institutions, mais établi des appareils qui cherchent à soumettre les institutions, à défaut de se substituer à elles. Ils se adapter mal à un État de droit, c'est-à-dire à une institution de droit où les règles de conduire, fixés à l'avance d'un commun accord, sont applicables à tout les auteurs: gouvernements et gouvernés.

Traduzindo Yacine: Uma análise da prática destes Estados nos revela que os Estados Africanos não criaram instituições, mas estabeleceram aparelhos que procuram submeter às mesmas instituições, na impossibilidade de as substituir. Eles adaptam-se mal a um Estado de direito, isto é, a uma instituição de direito onde as regras de conduta são fixadas antes por um comum acordo, aplicáveis a todos: governos/governantes e governados.

¹³⁵ DIALLO, Issa Bem Yacine. *Le nouvel espace africain et ses fondements*. Bruylant –Bruxelle, LGDJ : Paris, 2005, p.36.

Por outro lado, os Estados africanos internamente nunca se preocuparam a sério com a adaptação do direito ocidental ao africano, e deram um *per saltum* para fazê-lo no direito internacional. A justificativa deste salto é dada pela Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que baseou suas formulações nas tradições culturais da sociedade tradicional africana para regular as questões dos direitos humanos no âmbito internacional, sendo marco histórico diferencial dos Direitos Humanos em relação a outros instrumentos regionais e internacionais (Convenção Europeia e Americana).

Segundo Dário Moura Vicente¹³⁶, a Carta Africana conseguiu unir os sistemas jurídicos africanos, no que concerne à relativização do papel do Direito na disciplina das relações sociais, no relevo da conciliação como meio de resolução de litígios, no papel do costume como fonte de direito e na comunhão de valores e de instituições. Isto se traduziu no sentido de que, apesar das grandes diversidades culturais existentes na África, existem algumas características comuns que serviram de ponto de partida para a construção da concepção africana dos Direitos do Homem, distante da do homem europeu, como assevera Alain Moyrand¹³⁷:

Contrairement a l'Europe, les entités socio-politique africain sont de type communautaire. Nous sommes donc en présence d'un schéma inverse à celui que nous avons décrit plus haut, puisqu'ici c'est le primat du collectif sur l'individu qui prévaut.

Traduzindo Moyrand: Contrariamente à Europa, as entidades sócio-políticas africanas são do tipo comunitário. Estamos, então, perante um esquema inverso daquele que descrevemos acima, pois, aqui, é o primado do coletivo sobre o indivíduo que prevalece.

A distinção feita acima entre os dois sistemas permite demonstrar as bases inspiradoras da concepção africana dos Direitos do Homem, adotada na Carta, e permite também dizer que o direito de tipo europeu é um conjunto de normas gerais e abstratas postas à disposição do indivíduo para se defender contra as violações dos seus direitos contrariamente ao direito tradicional africano que não distingue a moral e a religião de outros mecanismos de controle social. Pode-se concluir que o direito tradicional africano se distingue do europeu quanto à sua filosofia, sua criação, aplicação e finalidade.

O parágrafo 5º do preâmbulo da Carta diz que os Chefes de Estado e de Governo dos países africanos afirmaram ter, “[...], em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores

¹³⁶ VICENTE, Dário Moura. Unidade e diversidade nos actuais sistemas jurídicos. *Separata da revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2004, p.318-319.

¹³⁷ MOYNARD, Alain. Réflexions sur l'introduction d l'Etat de droit en Afrique noire francophone. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 4, Octobre/Décembre, 1991, p.873.

da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos do homem e dos povos”.

Portanto, essas expressões, tradições históricas, valores da civilização africana referidas no parágrafo 5º do Preâmbulo da Carta, no sentido formal, parecem descrever a concepção africana dos Direitos do Homem. Mas, em termos concretos, a Carta não esclarece ou define quais são essas tradições históricas e valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as reflexões sobre a sua concepção dos direitos do homem e dos povos, o que torna duvidoso saber em termos concretos o que a Carta quer dizer como concepção africana dos Direitos do Homem.

Essa preocupação foi remetida à doutrina, cabendo-lhe explicar o que significa tradições históricas e valores da civilização africana. Como esclarece o jurista senegalês, Keba M’Baye¹³⁸ o direito não é concebido como uma espécie de espada posta nas mãos do indivíduo para lhe permitir a defesa contra o grupo. O direito é, antes, considerado como um conjunto de regras protetoras da comunidade de que o indivíduo é parte.

Portanto, esta demonstração permite concluir que o direito tradicional africano privilegia a comunidade onde o indivíduo guarda a sua liberdade e os seus direitos. Por outro lado, sustenta M’Baye que o privilégio dado à comunidade não quer dizer que os direitos dos indivíduos estão reduzidos, mas mostra que é dentro da comunidade que o indivíduo se defende e se protege. Ou seja, existe uma espécie de renúncia não definitiva de direitos por parte do indivíduo, à qual ele se apaga momentaneamente perante a comunidade onde está inserido, o que lhe possibilita a satisfação das suas necessidades fundamentais.

Deste modo, pode-se enfatizar que o homem na sociedade tradicional africana é essencialmente do grupo e, como tal, advoga e vive com base num conjunto de valores como solidariedade, respeito e obediência aos mais velhos, submissão à vontade dos antepassados, resolução dos seus problemas pela conciliação e aceitação de deveres para com a família e com o grupo.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a concepção africana dos Direitos Humanos prevista na Carta transcende toda a arquitetura jurídica do sistema africano de promoção e proteção dos direitos humanos, quer se tratando dos direitos anunciados na Carta, quer dos órgãos encarregados de sua promoção e proteção, bem como dos seus respectivos poderes.

¹³⁸ M’BAYE, Keba. Direitos Humanos em África. In: *Dimensões internacionais dos direitos do homem*. Paris: 1985, p.186.

4.4.1 Análise crítica da concepção africana dos direitos do homem adotada na Carta

A necessidade da adoção de um sistema africano de promoção e proteção dos direitos do homem na África, levou os redatores da Carta a inserir uma concepção baseada nas tradições históricas e valores da civilização africana como marco referencial de uma cultura distante da europeia.

É inegável que a existência de um instrumento de tamanha dimensão tenha baseado suas formulações nesses valores culturais dos povos africanos. Contudo, deve-se admitir que houve um certo exagero na valorização dessas culturas ou valores tradicionais.

A África evoluiu como todos os outros continentes e, no mesmo sentido, evoluiu também o seu povo, que durante a colonização assimilou valores culturais europeus, diferentes dos que vivenciavam. A globalização e as informações proporcionadas pelas mídias deram outro cunho à civilização africana, o que permite dizer que aquela cultura tradicional existente antes da colonização já não o é hoje, nestes tempos da globalização.

É verdade que existem algumas práticas tradicionais positivas em matéria de promoção e proteção dos Direitos Humanos na África, mas que constituem uma exceção, visto que existem, por outro lado, algumas também que não coadunam com a atual filosofia do direito moderno adotado pelos países africanos e, muito menos, com a prática da própria Carta Africana. A título de exemplos: o infanticídio que continua a ser admitido por algumas culturas africanas como forma de afastar o mal na família; a morte de certas crianças por alegações de serem outros seres não humanos (espíritos incorpóreos); espancamento até a morte de pessoas por acusação da prática da feitiçaria, entre outras práticas que algumas culturas africanas condenam. Tudo isso permite dizer, na voz de Rosa Có¹³⁹ que:

Os autores da Carta deixaram-se levar pela emoção de enaltecer as tradições culturais que tinham sido subalternizadas durante o período colonial, e que a África independente tratou de valorizar pomposamente ao ponto de se colocar excessivamente como modulação do sistema africano de proteção dos direitos humanos.

Portanto, os redatores da Carta esqueceram-se que o uso dos meios previstos para efetivação dos direitos nela consagrados, já não se coadunam com os valores da sociedade tradicional africana de hoje, visto que a África moderna, representada na Carta, tem pouco de tradicional em matéria dos Direitos Humanos, o que requer meios mais eficazes de promoção e proteção desses mesmos direitos. Ao contrário, na África tradicional havia a falta da presença do

¹³⁹ ROSA, Có Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.44.

Estado e da consciência dos problemas da proteção dos Direitos Humanos, o que reduz estas sociedades ao modelo comunitário de resolução de conflitos por meio das regras costumeiras, muitas vezes contraditórias aos padrões modernos da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado também, a concepção africana, baseada no privilégio do grupo em detrimento do indivíduo, falha no sentido em que o objetivo de qualquer sistema de promoção e proteção dos Direitos Humanos preconiza a criação de meios e mecanismos de proteção do indivíduo contra o grupo, ou contra o próprio poder público, quando acontecem certas distorções ou violações dos seus direitos garantidos quer por leis internas ou internacionais.

A concepção africana prevista na Carta falha ainda na matéria da conciliação, porque a forma de resolução dos conflitos pela conciliação, na África tradicional, já não se adequa à África moderna. Atualmente se litiga na África tal como se faz na Europa, através de processos acusatórios que requerem o contraditório entre as partes em litígio. Hodiernamente, os chefes tradicionais ou de família têm poucos poderes de intervenção na resolução de conflitos, assim como os laços de parentesco, que tendiam a reduzir a conflitualidade entre os membros da família, clã ou tribo nessas sociedades tradicionais africanas já não se operam. Deste modo, não se deve criar um sistema de proteção dos direitos e pensar nestes valores arcaicos de uma civilização antiga que já não se adapta aos tempos modernos.

Por outro lado, o conceito de grupo na sociedade tradicional africana já não é o mesmo na contemporaneidade, falando em termos concretos de Estado como uma sociedade politicamente organizada. E se existia uma harmonia entre o indivíduo e o seu grupo na África tradicional, o mesmo não se pode dizer em relação ao Estado com o indivíduo na modernidade africana, onde a maioria das realizações do indivíduo já não se encontram no grupo, mas num sistema de promoção e de proteção dos Direitos Humanos assente numa base individualista. Na África tradicional o indivíduo é absorvido pelo grupo, e é dentro dele que se defende e se protege através dos vivos e também dos mortos.

O sistema africano peca também, por outro lado, na sua concepção, visto que o grande violador dos Direitos Humanos na África é o Estado através das lideranças políticas, o que não justifica o regresso ao passado (tradição cultural) das formas conciliatórias de resolução de conflitos, uma vez que o Estado moderno africano adotou a postura do Estado ocidental com uma cultura jurídica de promoção e proteção dos Direitos Humanos contrária àquela tradicional africana.

Pelo exposto, cumpre referir que, no ambiente político que envolveu a criação da Carta Africana, era de se esperar uma atitude emocional por parte dos seus redatores omitindo-se muita coisa. No entanto, tentaram inovar o sistema com base nas tradições culturais africanas e deixaram muitos assuntos de lado. Esqueceram-se de que um sistema deste tipo, baseado na tradição cultural, colocaria em segundo plano uma proteção efetiva dos Direitos Humanos na África, uma vez que este sistema não se aplica apenas ao âmbito restrito do continente africano, mas extrapola suas fronteiras quando é chamado a resolver uma demanda de violação das suas disposições. É preciso, neste contexto, fazer uma rescritura da Carta de forma a adequá-la à realidade atual da África, de modo a poder servir melhor os cidadãos dos Estados signatários na efetivação dos seus dispositivos.

4.4.2 Evolução da Concepção Africana dos Direitos do Homem

A sociedade africana evoluiu, como todas as outras sociedades do mundo. Primeiro devido à colonização, que acrescentou à sociedade africana outros valores ocidentais assimilados pelos povos africanos durante o processo de dominação. Segundo, devido à evolução tecnológica e das informações proporcionadas pelas mídias no atual contexto da globalização, facilitando o intercâmbio cultural entre as diferentes sociedades.

Todos esses fatores imprimiram mudanças no contexto das estruturas tradicionais das sociedades africanas, como na família, na sociedade, na organização do poder político e nas formas jurídicas de proteção dos Direitos Humanos, o que se verifica também em nível da própria concepção africana dos direitos do homem e dos povos adotada na Carta. Como explica Nicole Claire Ndoko¹⁴⁰, mesmo na área onde as mudanças costumam ser lentas, como na família, verificaram-se mudanças importantes.

A complexidade das sociedades modernas, fruto da economia capitalista de mercado, levou à aglomeração das pessoas nas grandes cidades à procura de melhores condições de vida, originando o êxodo rural, que criou novos modelos de vida das pessoas nas cidades. Este fenômeno também atingiu os países africanos, provocando uma mudança no tecido social tradicional deste povo.

¹⁴⁰ NDOKO, Nicole Claire. Les manqemants au droit de la famille en afrique noire. *Révue Internationale de droit compare*, n.1, Janvier-Mars, Paris, 1991, p.88.

Tamanha promiscuidade de grupos étnicos nos centros urbanos gerou casamentos entre pessoas de diferentes grupos étnicos ou culturas, o que fez diminuir os laços de parentesco dantes existentes entre pessoas de mesma etnia que só se casavam entre si. Este fato permitiu a difusão dos laços de parentesco que se tornaram mais extensos, pois destes casamentos nasceram indivíduos que, tanto de um, como do outro lado, pertenciam a duas culturas unidas. Portanto, este novo tipo de relacionamento entre pessoas de diferentes etnias ou culturas, fez com que se começasse a observar ou a destacar maior intenção na proteção dos interesses individuais em detrimento dos interesses do grupo, ao contrário do que se verificava na sociedade tradicional africana.

Com efeito, esta nova filosofia existente na atual sociedade africana, gerou mudanças nas estruturas políticas e jurídicas em nível do poder público. Começou-se a verificar o desinteresse pela coisa pública em prejuízo dos interesses particulares, originando assim o aparecimento da propriedade privada com formas de proteção semelhante às do direito ocidental¹⁴¹ (direito dos negócios). As formas conciliatórias tradicionais vão ceder lugar aos modelos de processos acusatórios e de defesa, também do sistema europeu, adotados pelos países africanos.

A primeira Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA), realizada nas Ilhas Maurícias de 12 a 16 de abril de 1999 sobre os Direitos Humanos, aprovou uma declaração denominada “Declaração¹⁴² e o Plano de Ação de Grand Bay”, cujos resultados positivos fizeram-se sentir no domínio dos direitos humanos.

Uma das conclusões a que se chegou nesta conferência é de que, se um costume tradicional é ruim para uma parcela da sociedade, o fato de fazer parte da cultura não deve constituir motivos para persistir no erro, pois essas tradições negativas constituem causas de violação dos Direitos Humanos na África. Também deixou-se claro na Declaração que os direitos humanos devem constituir a grande preocupação da OUA e devem ser integrados nas suas atividades como prioridades a serem cumpridas, uma vez que, ao longo dos anos da existência desta organização, as questões dos Direitos Humanos têm sido relegadas para o segundo plano.

¹⁴¹ FAUSTO, de Quadro. A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Público. Coimbra: livraria Almedina, 1998, p.25.

¹⁴² NALDI, J. Gino. Future trends in human rights in Africa: the increased role of the OUA? In: *The African Charter on Human Rights and peoples' Rights. The system in practice, 1986-2000*, Edited by Malcolm D. Evans and Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge/ New York/Melbourne/Cape Town/ Singapore/São Paulo/,2004,p.17 e 31.

A Declaração exortou ainda os Estados Africanos a ratificarem e implementarem as Convenções da ONU e da OUA relativas aos Direitos Humanos, solicitando o reforço dos poderes e das condições de funcionamento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de forma a poder encarar os desafios de violações dos Direitos Humanos no continente africano.

Os apelos deixados pela Declaração aos Estados Africanos refletiram a mudança da concepção africana dos Direitos do Homem e fizeram diminuir os excessos aos valores e às tradições culturais africanas, tidos como base da inspiração da concepção africana dos Direitos do Homem adotada na Carta para uma nova postura baseada nos modelos de sociedades europeias, onde se vê a prevalência do indivíduo sobre o grupo.

Segundo Rosa C^ó¹⁴³, a evolução registrada refletiu, após a aprovação da Carta, o bloqueio da concepção africana baseada nos valores e na tradição cultural deste povo pela observância das normas internacionais em matérias dos Direitos Humanos, fato que levou a uma nova reescritura do texto da Carta de forma a adequá-la a essas exigências de normas internacionais assinadas pelos Estados Africanos. Ou seja, a Comissão Africana dos Direitos Humanos estava bloqueada pelos princípios do direito internacional, aceitos pelos Estados deste continente e sentiu a necessidade de adaptar a concepção original da Carta, baseada nos valores da tradição e da civilização africana, às exigências da sociedade moderna africana, como forma de proteger a dignidade da pessoa humana no continente.

Portanto, pode-se concluir que os fatores apontados acima permitiram à Comissão fazer uma inversão lógica da concepção inicial adotada na Carta para uma nova, adequada aos novos padrões de vida da sociedade moderna africana. Assim, verificou-se a adoção do liberalismo no lugar do comunitarismo; a prevalência dos direitos individuais sobre os direitos coletivos; a substituição das formas conciliatórias (forma tradicional de resolução dos conflitos na África) pela forma litigiosa de formalismo processual de recurso ao tribunal; o recurso sistemático dos parâmetros internacionais de uma corte com tradição ocidental em matéria dos Direitos Humanos; a secundarização dos deveres dos indivíduos em relação ao Estado e à sociedade.

Com efeito, explica Rosa C^ó¹⁴⁴ que a Comissão Africana dos Direitos Humanos fez o que deveria ter feito desde o início: adotar uma concepção ocidental dos Direitos Humanos como modelo de base, sendo os valores e tradições culturais positivos devidamente enquadrados e

¹⁴³ ROSA C^ó, Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.49.

¹⁴⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

preservados, em vez de fazer o contrário: tomar os valores e tradições culturais africanos como ponto de partida e critério de modelação do sistema, abrindo apenas a porta como válvula de escape nos termos dos artigos 60º e 61º para preenchimento das lacunas ou insuficiências do sistema adotado na Carta.

Com tudo isso, pode-se dizer que a concepção inicial adotada na Carta Africana já não se adequa à nova sociedade moderna africana de modelo de vida semelhante à europeia e cujos vários institutos, como por exemplo a propriedade privada, são absorvidos pelas normas do direito internacional diferente do modelo tradicional africano.

4.4.2.1 Enquadramento geral da Carta no Direito Internacional dos Direitos do Homem: as influências de outros instrumentos internacionais ou regionais dos Direitos Humanos

O sistema africano de proteção dos Direitos Humanos integrado à Carta Africana, bem como os outros sistemas regionais, surgiram ao lado do sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU) com o propósito de internacionalizar os Direitos Humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África e consolidaram, de certa forma, a convivência com o sistema global, visto que são complementares e não contrários.

Portanto são inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e compõem o universo instrumental de proteção dos Direitos Humanos no plano internacional. Nesta ótica, a Carta da ONU impõe-se sobre todos os outros instrumentos jurídicos internacionais assinados pelos Estados-partes (art.103º) e empenha-se, ela mesma, na promoção e proteção dos Direitos Humanos. É o primeiro instrumento de enquadramento jurídico da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, bem como dos outros instrumentos regionais.

A própria ONU, através da Comissão dos Direitos Humanos, apoiou e incentivou a criação de organizações regionais com vista à promoção e proteção desses direitos. Este fato é merecedor da origem da Carta Africana, visto que a África precisava de um instrumento de carácter regional, objetivando prevenir constantes violações dos Direitos Humanos nos países africanos.

Assim sendo, o próprio texto da Carta Africana no parágrafo 4º do Preâmbulo propõe ter a devida atenção à Carta da ONU e à Declaração Universal dos Direitos do Homem e reconhece

que os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, fato merecedor da sua proteção no plano internacional. Reconhece ainda que os valores das tradições africanas, base da inspiração dos direitos dos povos, devem garantir o respeito pelos direitos do homem (parágrafo 6º) e reafirma, por outro lado, a adesão às liberdades e aos Direitos do Homem e dos povos contidos nas Declarações, Convenções e outros instrumentos adotados no âmbito da Organização da Unidade Africana (OUA), do Movimento dos Países Não Alinhados e da Organização das Nações Unidas (parágrafo 10º).

A interpretação da Carta Africana através dos seus órgãos de garantia (art.60º e 61º) é feita com base na inspiração no direito internacional, no que diz respeito aos Direitos do Homem e dos povos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e nas disposições de outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas no âmbito das suas instituições especializadas.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos é, em termos cronológicos, o terceiro sistema regional a aparecer depois dos sistemas europeu e americano e, de certo modo, sofreu influência destes dois sistemas na formulação dos seus artigos e na estrutura jurídica de sua garantia. Assim, a Carta Africana foi inspirada¹⁴⁵ na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1958), bem como nos dois Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e também na Resolução 1503 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Com efeito, a referência jurídica da Carta a esses instrumentos internacionais evidencia a sua garantia e harmonia aos princípios do direito internacional na proteção da pessoa humana na África.

4.4.2.2 Estrutura da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, além do preâmbulo, está dividida em três partes que são: a parte I, dos Direitos e dos Deveres; a parte II, das Medidas de Salvaguarda e a Parte III, das Disposições Diversas. A análise que será feita desta estrutura

¹⁴⁵ ROSA CÓ. *Op.cit.*, 2009, p.70.

vai respeitar, por opção didática, a mesma ordem apresentada pelo documento, tendo em conta a melhor compreensão do mesmo.

4.4.2.3 Uma interpretação dos elementos constitutivos do Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

Este documento é encabeçado por um arsenal de dispositivos legais que preparam o leitor a compreender os antecedentes históricos que possibilitaram a consumação e a legitimação do referido documento, constatando assim que a sua legalidade e legitimidade estão respaldadas no voto de fé dado pelos Estados que compõem a Organização da Unidade Africana (OUA). Do mesmo modo, serve de guia para os temas tratados na Carta, visto seu caráter norteador da especialidade dos problemas africanos concernentes aos Direitos Humanos. Pode-se assim afirmar que a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos adotou uma estrutura que combina valores universais com as preocupações das tradições culturais e condições africanas.

Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA), em Banjul (Gâmbia), em janeiro de 1981 e adotada pela XVIIIª Assembleia dos Chefes de Estados e Governo da OUA em Nairóbi (Quênia), em 27 de julho de 1981.

O primeiro termo mencionado já retrata o momento político em que o texto tem sua genealogia. Com isto, refere-se a um processo de seleção de peritos designados pela OUA com o intuito de formar um Comitê, visando à elaboração de um documento prévio mostrando os reais interesses dos africanos sobre os Direitos Humanos. Paralelo a esse Comitê havia um outro, criado pelo Secretário-Geral da própria OUA (supra), que se posicionou de forma bem diferente daquele primeiro. Entretanto, é de se notar o jogo dialético de poder político que se efetiva a partir da contradição ou tensão de interesses, buscando-se um consenso ou lugar comum de entendimento.

A marca desta marcha está registrada nas atas, através da aprovação de poucos itens mencionados em reunião sobre os interesses, usando o mecanismo de aclamação pública por parte dos membros presentes. Disto fica registrada a aprovação da Carta, enquanto declaração de uma coletividade organizada politicamente.

Depois de aprovado o documento, o outro passo foi a adoção que, em outros termos, significa o cumprimento de Chefes de Estados ou a ratificação do documento quanto ao cumprimento dos seus dispositivos.

Estes dois momentos de aprovação e de adoção são bem significativos, porque além de registrarem dois instantes em apenas um ano (janeiro e julho de 1981), também podem ser comparados à lentidão histórica em que se iniciou o debate sobre os Direitos Humanos na África (1961): vinte anos depois aprova-se a Carta e após cinco anos entra em vigor (1986). “Os Estados Africanos¹⁴⁶ membros da Organização da Unidade Africana (OUA), partes na presente Carta que tem o título de, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”.

A ideia deste 1º parágrafo do Preâmbulo da Carta é de mostrar que os Estados-membros da OUA se comprometeram a assinar e fazer com que o conteúdo seja aplicado em cada Estado representado. Em seguida enfatiza a importância do documento para toda a humanidade ao colocar o título entre aspas.

Lembrando a¹⁴⁷ decisão 115 (XVI) da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, na sua XVI sessão ordinária realizada em Monróvia (Libéria) de 17 a 20 de julho de 1979, relativo à elaboração de “um anteprojeto de Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, prevendo nomeadamente a instituição de órgãos de promoção e de proteção dos Direitos Humanos e dos Povos”.

Por Chefes de Estado e de Governo entende-se o sistema hierarquizado africano em que os representantes políticos se titulam Chefe de Estado, como Presidente da República, para aqueles Estados que têm um sistema constitucional que reza sobre esta forma de representatividade, enquanto o Chefe do Governo exerce as funções do Primeiro Ministro, que, em outros termos, representa o poder executivo responsável pela condução e execução dos programas de desenvolvimento do país.

O parágrafo tem a peculiaridade de justificar a natureza deste documento, nesta altura como anteprojeto que, acima de tudo, tem como finalidade a criação de uma estrutura institucional que garante a presença de um corpo funcional de dispositivos, dando suporte político e social à OUA, objetivando a conscientização do indivíduo dos seus direitos e deveres, como também a defesa desses mesmos direitos.

Verifica-se aqui um processo de nascimento de uma instituição dentro de uma sociedade, que se organiza politicamente com base nos princípios nacionais e internacionais. Instituição essa

¹⁴⁶ Parágrafo primeiro da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981).

¹⁴⁷ Parágrafo segundo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981).

com missões a serem cumpridas, traduzidas em direitos e deveres para com o Estado e a sociedade como um todo.

Enquanto o primeiro parágrafo refere-se à natureza da Carta Africana, o segundo fala dos pressupostos institucionais para a efetivação do documento e do fórum que o legisla com o seu aparato de normas de promoção e proteção dos humanos direitos dos povos africanos. Já o terceiro fala dos objetivos que, em essência, norteiam a legitimação de anseios dos povos africanos.

“Considerando¹⁴⁸ a Carta da Organização da Unidade Africana, nos termos da qual “a liberdade, igualdade, a justiça e a dignidade são objetivos essenciais para a realização das legítimas aspirações dos povos africanos”.

Entenda-se a liberdade com suas relações civis, políticas e públicas. Sendo a liberdade relacionada ao direito civil, compreendida como ação dependente da subordinação e integração do homem na sociedade; poder de fazer prevalecer a própria vontade até o ponto em que não interfira na liberdade alheia. Relacionando-se com a liberdade política diz-se que a liberdade é um direito assegurado aos indivíduos de aprovar ou desaprovar atos públicos, organizar partidos, apresentar candidatos e votar em eleições livres, sem interferência do governo. Relacionando-se com o aspecto público, ela é traduzida como um direito fundamental de poder originário do povo para participar livremente da vida coletiva. São assim mencionadas as três dimensões do exercício da liberdade do indivíduo: enquanto pessoa, enquanto cidadão e enquanto Estado. Este é o primeiro objetivo essencial enumerado pelo texto.

A igualdade ficou assim como segundo objetivo essencial, que corresponde a parte da vontade do povo africano que pode ser compreendida, politicamente falando, como “princípio supra constitucional e objetivo consistente na obrigação para o Estado de aplicar a todos os jurisdicionados, seja na feitura da legislação, seja no mecanismo da administração ou na função judicante”.

Segue-se a enumeração com um outro objetivo, voltado para a ideia da justiça, que em linhas gerais pode ser compreendida filosoficamente como “a virtude de atribuir a cada um o que é seu”. Esta declaração logicamente desdobra-se, subsequentemente, em justiça comutativa que corresponde a “atribuição da igualdade das relações entre particulares, de modo a adequar-se coisa a coisa, para a realização de uma verdadeira igualdade aritmética; e justiça distributiva que, como a própria nomenclatura indica corresponde a “distribuição entre os participantes do

¹⁴⁸ Parágrafo terceiro da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981).

que é comum ou a participação proporcional dos bens a necessidade de cada um e dos encargos à sua respectiva capacidade”.

Com efeito, a justiça mesmo partindo da ideia de equanimidade ou igualdade de ânimos para julgar com imparcialidade e equidade, desdobra-se em duas perspectivas quanto ao que é comum e ao que é meritório.

E assim, para dar um contorno mais valorativo sobre os objetivos citados, realça-se a dignidade como sustentáculo de todos os demais objetivos referidos. Vale lembrar que por dignidade recorre-se a termos como decência, decoro e probidade como condições de exercício do poder público em qualquer grau da administração. Com isso, vale dizer que a Carta Africana faz uma harmonia, compatibiliza-se com a Carta da OUA em termos dos grandes objetivos que devem nortear a defesa dos direitos humanos na África.

Estabelecidos os objetivos do parágrafo anterior, o Preâmbulo preocupa-se agora com a certeza do esforço que cada Estado membro declarou cumprir sobre o conteúdo do art.2º da Carta, bem como o respeito aos organismos internacionais reconhecidos pela sua legitimidade social, econômica e política, como a Carta das Nações Unidas e a conhecida Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O primeiro instrumento criado em 1945 - a Carta das Nações Unidas - tinha como objetivos estabelecer princípios de relações internacionais visando a paz e a segurança dos povos e nações do mundo inteiro. Isto posto, percebeu-se a necessidade de se estabelecer um corolário de direitos e deveres para toda a humanidade: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) que, pela sua natureza, retrata a base de legitimidade e legalidade do primeiro documento, bem como os instrumentos regionais criados com vista à proteção dos Direitos Humanos nos respectivos continentes.

Neste sentido, percebe-se o jogo político implícito na Carta Africana em respeitar esses instrumentos de direito internacional, reconhecidos mundialmente enquanto tais, sem com isso perder a originalidade de cumprimento dos anseios e objetivos dos povos africanos.

Reafirmando o compromisso que eles solenemente assumiram, no artigo 2º da dita Carta, de eliminar sob todas as suas formas o colonialismo da África, de coordenar e intensificar a sua cooperação e seus esforços para oferecer melhores condições de existência aos povos da África, de favorecer a cooperação internacional tendo na devida atenção a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O primeiro compromisso é de erradicar do continente africano, e também de contribuir com outros povos, “todas as formas o colonialismo da África”. Por colonialismo entende-se como estratégia política em que, de um modo geral, os povos estrangeiros se instalam em territórios estrangeiros com o

intuito de explorar, povoar e fazer prevalecer seus ideais culturais, valores morais, sem contudo respeitar a cultura dos povos autóctenes já estabelecidos na mesma faixa territorial. No caso da África a forma de colonialismo que predominou em todo o continente foi o colonialismo de exploração de matérias-primas exportadas para as metrópoles europeias.

Com isto, supõe-se que cada Estado membro fique ciente do processo sócio-histórico que culminou no atual estado, das presentes consequências advindas desses mecanismos políticos, estabelecendo estratégias, visando à reparação dos danos causados a todos os elementos constitutivos do Estado de Direito, preconizando o respeito à dignidade da pessoa, seja ela física ou jurídica. Nesta pauta, está a seguinte declaração: “cabe ao Estado coordenar e intensificar a sua cooperação e seus esforços para oferecer melhores condições de existência aos povos na África”.

Supõe-se que exista um plano de desenvolvimento social e econômico estabelecido na Carta da OUA e que os Estados-membros se unam por meio de elaboração de projetos e implementação de ações visando a um mesmo fim, já posto pela instituição maior que é a OUA. Isto se justifica quando se sabe das repercussões nacionais e internacionais de determinadas ações feitas, arbitrariamente, por Estados movidos por sentimentos egoísticos e sem uma visão macro.

Sabendo-se que a OUA é uma instituição máxima de coordenação internacional entre os Estados constitutivos do continente africano, na sua visão macro, ela deixa bem claro a sua postura enquanto fórum internacional de respeito aos princípios de Direitos Humanos e paz, estabelecidos entre as nações por instrumentos como a Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O que se percebe é uma cooperação internacional, significando, assim, a postura de ação comum de respeito e de consideração entre esses organismos internacionais. Há, com efeito, uma parceria quanto aos propósitos de ações sociais e políticas em nível mundial.

Quanto ao conteúdo do artigo 2º da Carta Africana, percebe-se que há uma grande semelhança com o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com isto, subentende-se um respeito dos legisladores africanos quanto ao exposto pela ONU caracterizando a parceria entre estes instrumentos.

No 5º parágrafo estão determinados os critérios que nortearão as possíveis transformações e adaptações das leis com suas aplicabilidades reais. Dentre eles estão o respeito ao que de melhor legou a tradição histórica e os valores que sustentaram o processo civilizatório da

África enquanto continente milenarmente constituído como objeto de estudo da ciência e da história da humanidade.

O termo reflexão, ali posto, traz em si a propriedade de sinalizar o modo de elaboração contínua e ininterrupta de fazer cumprir os Direitos Humanos e dos povos africanos a partir de ideias como:

1º Retroceder à origem do processo civilizatório visando apanhar modos de vida em sociedade ou comunidade que pelas suas virtudes permaneçam vivos nas deliberações e decisões. Com isto, atualizar valores e costumes legados pela ancestralidade;

2º Reproduzir a imagem de algo ou de alguém que, historicamente, deu o seu contributo para a evolução e o desenvolvimento do exercício de fazer justiça na África. Localiza-se isto em instrumentos utilizados por comunidades africanas para dirimir conflitos existentes na grei, como também as repercussões advindas de determinadas atitudes de chefes destas mesmas comunidades que, inspirados ou intuídos por uma ancestralidade, manifestaram sua sabedoria ou prudência na resolução de conflito. É este imaginário histórico que servirá de sustentáculo metodológico para direcionar posturas racionais, ou mesmo legais, quanto ao fazerem-se cumprir os direitos humanos;

3º Também ser capaz de buscar novas formas de se fazer justiça quando, conhecidos modos inadequados de julgamentos legados pela tradição cultural, não mais se aplicam à atual conjuntura social e histórica dos povos africanos inseridos em um contexto denominado de “aldeia global” em que, mediado pelos meios de comunicação e informação, altera substancialmente as perspectivas do mundo das coisas;

4º É postura adulta abrir-se ao novo para melhor fazer justiça, sem perder de vista valores culturais e modos de se julgar cristalizados na quotidianidade das práticas africanas. Isto faz lembrar o que afirmava Montésquieu¹⁴⁹ em sua obra o “Espírito das Leis”, em que afirmava que a religião, a geografia e a história têm peso fundamental na elaboração das leis de qualquer povo, garantindo ele a impossibilidade de existência de uma única lei que reflita, com propriedade, todos os povos em localidades diferentes do globo.

A lei¹⁵⁰, em geral, dizemos, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis cívicas e políticas de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana”. Elas são, portanto relativas à geografia, à geologia do país, à seu clima, à raça, aos costumes, às crenças, às

¹⁴⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. V. I e II São Paulo: Nova cultura, 1997, p.17.

¹⁵⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. V. I e II São Paulo: Nova cultura, 1997, p.17.

“inclinações”, aos recursos dos habitantes. Elas possuem, em fim relações entre si e quanto a sua origem e o seu destino.

Portanto, o uso, em cada parágrafo do Preâmbulo, de verbos no gerúndio reflete um projeto em que possibilidades de realizações se fundamentam a partir de posturas conscientes ou racionais de cada Estado ou autoridade revestida de poder político representativo. É, em outras palavras, um projeto de ideal de homem africano que vai se concretizando ao longo de um processo civilizatório que se estabelece através do jogo do poder econômico, social e político. “Tendo em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos Direitos Humanos e dos povos”.

Isto posto, deduz-se como será o futuro dos códigos civil, penal, processo civil e penal das futuras gerações, caso acatem como norte os princípios exarados na Carta quanto aos Direitos Humanos e dos povos.

O 6º parágrafo do Preâmbulo vai às origens dos direitos quando diz que eles se fundamentam essencialmente nos “atributos da pessoa humana”, que lembram ideias como a vida, a dignidade, a honra, entre outros; genericamente, representam valores físicos e morais dos homens, desdobrando-se nos Direitos Humanos em âmbito internacional. Este é um dos lados que explicita o referido parágrafo do Preâmbulo da Carta.

Já o outro lado referenda a natureza do povo africano, sem deixar de fazer parte da universalidade inerente aos elementos considerados atributos do ser humano. Postas estas bilateralidades de uma realidade jurídica que se traduz em pessoa e povo, a Carta tem a prudência de relacionar-se com as duas dimensões sem, contudo, deixar de explicitar as distinções específicas das duas facetas, pois povo, apesar de não se constituir sem pessoa, é um elemento que agrupa uma infinidade de outros atributos bem diferentes daqueles constitutivos da pessoa humana (costume, crenças, tradições, usos, entre outros).

Reconhecendo¹⁵¹ que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica a sua proteção internacional, e que, por outro lado, a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos.

Portanto, nesta sequência de ideias, a dualidade entre pessoa e povo converge-se no respeito aos princípios legais entre ambos na esfera internacional e, concomitantemente, na regionalização deles.

¹⁵¹ Parágrafo 6º do preâmbulo da Carta Africana dos direitos do homem e dos povos (1981).

Utilizando da mesma mecânica metodológica para explicar a razão de ser das coisas, o 7º parágrafo retrata a linearidade com que foram tratados os direitos e deveres sem, contudo, priorizar um em detrimento do outro.

Percebe-se que a preocupação se funda a partir da compreensão de que existe uma correspondência biunívoca entre direitos e deveres, de tal forma que não se pode pensar em direitos sem subentender um dever correspondente. Isto faz lembrar um filósofo naturalista conhecido como Heráclito da cidade de Êfesos (filósofo grego), criador da lógica, que afirma ser a harmonia encontrada na eterna busca do contrário das coisas. Não se quis afirmar aqui um sentido *lato* de que, por direito, entenda-se a adversidade como dever; porém que nesta relação há uma contrapartida que faz supor algo ou alguma coisa que, apesar dessa diferença, complementa-a. Verifica-se isto nos princípios de previsão e estatuição, implícitos nos códigos civis e penais em âmbitos regionais e também nas legislações com fórum internacional. O mesmo princípio que rege o micro, também rege o macrocosmo das legislações em vigência.

“Considerando que o gozo dos direitos e liberdades implica o cumprimento dos deveres de cada um”.

Portanto, os extremos dessa mecânica são os direitos e as liberdades, tendo como intermediário e catalizador, o dever. São estes os elementos que garantem vitalidade e dinâmica entre os dois pólos da Carta Africana.

A Carta Africana tem o cuidado de estabelecer uma reciprocidade de realização entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, tendo o desenvolvimento social, econômico e político como cerne da realização de ambos os direitos. Demonstra-se assim duas realidades humanas: o ser individual em si mesmo e este enquanto membro da sociedade organizada politicamente, a partir de princípios racionais.

O que se verifica de positivo é o modo que a Carta Africana coloca direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais em pé de igualdade para estimular o desenvolvimento econômico dos povos. Há uma reciprocidade entre essas duas dimensões de direitos que se universalizam para todos os povos. Com efeito, há uma simultaneidade entre uma dimensão econômica e civil que possibilita o exercício da liberdade e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos humanos.

Convencidos¹⁵² de que, para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos cívicos e políticos são indissociáveis dos direitos económicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos cívicos e políticos.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a Carta Africana defende a tese de que satisfazendo os direitos económicos, sociais e culturais, garante-se o gozo dos direitos cívicos e políticos desdobrando-se em desenvolvimento económico. Enquanto isto, a liberdade (independência) é a razão primária de toda essa discussão, porque é ela que tem provocado toda esta necessidade de se afirmar o indivíduo africano em suas especificidades, em sua humanidade com dimensões universalistas.

Pelo texto percebe-se que, no momento em que a Carta Africana foi elaborada, havia alguns países que ainda viviam subjugados pelas forças imperialistas ditadas pelas economias centrais, subtraindo de forma pertinaz recursos naturais e culturais de países considerados periféricos, localizados na própria África.

Os processos de dominações sociais e políticas são citados no 8º parágrafo do Preâmbulo da Carta Africana como: “colonialismo, neocolonialismo, apartheid, sionismo”, formas tipificadas de discriminação da pessoa humana. Enquanto o colonialismo preconizava a exploração de recursos naturais, dividindo a sociedade em cidadãos (assimilados) e não cidadãos (indígenas), o neocolonialismo, de forma sofisticada, utiliza-se de grandes empresas produtoras de bens e serviços de primeiras necessidades, através de políticas monopolistas e oligopolistas, de trustes e cartéis para impor suas políticas nefastas dentro do continente africano.

Com efeito, o princípio é a exploração que também fez-se presente em tempos históricos passados. Já o apartheid, especificamente na África do Sul, caracterizado como uma forma de segregação racial onde prevalece a ideia de identidade separatista, também

Constitui¹⁵³ um sistema social, económico e político constitucional onde prevalece a manutenção da supremacia de uma aristocracia branca, baseada numa rígida hierarquia e castas raciais, para as quais existe uma correlação direta entre a cor da pele e as possibilidades de acesso aos direitos e ao poder social e político.

Refere-se também ao sionismo como movimento político e religioso judaico, que visa ao restabelecimento da Palestina como um Estado judaico. Isto se deu através do apoio dado pela OUA e países africanos à causa do povo Palestino.

¹⁵² Parágrafo 8º do preâmbulo da Carta Africana dos direitos do homem e dos povos (1981).

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. ORG). *Dicionário de política*. Brasília:Ed. UNB, 2004, p.53.

A África sempre foi usada como local de instalações de bases militares estrangeiras de países como França, Estados Unidos, entre outros, com o objetivo de manter o poder de dominação, provocando com isso instabilidades políticas, sociais e econômicas através de apoio e sustentação de rebeliões armadas nos territórios dos Estados Africanos.

O texto é encerrado com uma enumeração de elementos que caracterizam os diversos modos de discriminação catalogados pelos estudos da temática: raça, etnia, cor, sexo, língua e religião ou opinião política, que em outros termos representam relações de poder explícito ou implícito, com o intuito de fazer prevalecer uma classe sobre a outra dentro do jogo social do poder.

Conscientes¹⁵⁴ do seu dever de libertar totalmente a África cujos povos continuam a lutar pela sua verdadeira independência e pela sua dignidade, e comprometendo-se a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política.

A liberdade (independência), como já se falou, está na ordem primeira dos elementos que visam toda a Carta Africana, visto que se prende ao fato de que é a partir dela que promanam todos os demais elementos que possibilitam o exercício pleno dos Direitos Humanos nas suas extensões, nas constituições, nos tratados internacionais e demais normatizações de cada Estado. De posse dessa ideia, a implementação de políticas anticolonialistas é considerada como primeira atitude do Estado Africano e subseqüentes políticas públicas, objetivando a erradicação das mais diversas formas de discriminação e dominação.

Patenteia-se a ideia de liberdade como anseio de todo o povo africano, expresso através da Carta, sem desrespeitar os princípios postos por outros mecanismos nacionais e internacionais de defesa e proteção dos Direitos Humanos. É uma forma cosmopolita em que dimensões territoriais assumem um ideal universalista de compromissos em torno de um propósito de país harmônico entre todos os humanos.

Reafirmando¹⁵⁵ a sua adesão às liberdades e aos direitos humanos e dos povos contidos nas declarações, convenções e outros instrumentos adoptados no quadro da Organização da Unidade Africana, do Movimento dos países Não-Alinhados e da Organização das Nações Unidas.

Verifica-se a preponderância de uma necessidade de unidade jurídica supra nacional, com um documento clássico com legitimação para todo o cidadão do mundo, tendo em contraponto ideias separatistas, particularistas e individualistas. Enfatizam-se, assim, os elementos morais e espirituais que os homens possuem em comum.

¹⁵⁴ Parágrafo 9º do preâmbulo da Carta Africana dos direitos do homem e dos povos (1981).

¹⁵⁵ Parágrafo 10º do preâmbulo do Carta africana dos direitos do homem e dos povos (1981).

Desta forma, são referendados de formar preambular os elementos que dão sustentação ao projeto de lei que se efetiva no provir desde já. “Firmemente¹⁵⁶ convencidos do seu dever de assegurar a promoção e a proteção dos direitos e liberdades do homem e dos povos, tendo na devida conta a primordial importância tradicionalmente reconhecida na África e esses direitos e liberdades”.

Finaliza o Preâmbulo com a palavra “convencimento” que significa, genericamente falando, “vencer com”, ou seja, todo e qualquer membro tem como dever tácito fazer cumprir de forma clara e concisa os ideais de liberdade, igualdade e de fraternidade entre todos os povos. Propostas essas já presentes no projeto iluminista, que sempre foram colocadas como condição essencial para “assegurar a promoção e a proteção dos Direitos do Homem e dos povos”. Caracteriza, assim, uma liberdade pontuada entre as nações, visando a um bem considerado necessário, fundamental e promissor da paz, do progresso e do desenvolvimento nas suas diversas modalidades entre os povos.

4.5 CONCEPÇÃO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS EXARADOS NA CARTA AFRICANA

É notória a diferença que está presente na maneira em que foi tratado este bloco de elementos constitutivos e iniciadores das grandes questões inseridas no direito, enquanto lugar comum de discussão.

[...],As potências¹⁵⁷ ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais.

Comparando-se com as Convenções Europeia e Interamericana sobre os direitos aqui tratados, a Carta Africana tem como peculiaridade ou diferencial teórico não separar os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, porque compreendia-os como algo indivisível e interdependente. Ou seja, a garantia dos direitos civis e políticos tem como desdobramento a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais. “[...], Os redatores¹⁵⁸

¹⁵⁶ Parágrafo 11º do preâmbulo da Carta Africana dos direitos do homem e dos povos (1981).

¹⁵⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.280.

¹⁵⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, p.280.

estavam bem conscientes de que o conjunto dos Direitos Humanos formam um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os Pactos é idêntico”.

Ao elencar os direitos, a Carta deu preponderância aos direitos econômicos, sociais e culturais como garantia do gozo dos direitos civis e políticos. Deste modo, a Carta Africana vem cumprindo o estabelecido ou proclamado na Declaração de Teerão, no seu parágrafo 13º que estabelece:

“Como¹⁵⁹ os direitos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social”.

Sendo assim, a Carta Africana mostra-se como o instrumento regional precursor desta Declaração de Teerão, quanto à matéria da indivisibilidades dos direitos.

Apesar de não ter uma separação teoricamente determinada, nota-se, pela exposição das matérias que há, implicitamente uma suposta separação entre as duas dimensões. Porém, isto não a faz idêntica aos Tratados da Europa e América. Enquanto esses tratados, inicialmente, preocuparam-se com a elaboração de direitos civis e políticos, a Carta Africana deu prioridade a uma elaboração conjunta de todos eles, a partir do princípio de que eles são interdependentes e intermitentes, levando a pensar em uma circularidade dinamizada pela reciprocidade de fatores. Com efeito, ela torna-se algo individual ao adotar esta maneira própria de tratar seus elementos constitutivos. A indivisibilidade e universalidade dos direitos dos povos do mundo é a marca patente da Carta Africana.

4.5.1 Direitos Civis e Políticos

Os direitos civis e políticos têm a sua origem na ideologia liberal ou clássica, que afirmava que a única missão do Estado era garantir a segurança e permitir que os indivíduos realizassem os seus direitos e liberdades fundamentais. O Estado era abstencionista deixando livre o jogo de interesses como regulador natural das relações sociais.

Esse conceito clássico passou por uma transformação histórica devido às mudanças percebidas no contexto social, levando o Estado a interferir nas relações sociais passando a ser

¹⁵⁹ *Ibidem, loc.cit.*

o maior regulador dessas mesmas relações. Isto é percebido por pesquisadores quando analisam a evolução dos Direitos Humanos na história dos povos.

Os direitos humanos¹⁶⁰ são conceitualmente o símbolo do estado mais avançado da consciência emancipadora do direito e da política moderna, sendo considerados intrinsecamente utópicos. Os direitos humanos foram marcos da luta política emancipatória das classes populares ao longo da história e, ao mesmo tempo, estiveram a serviço das lógicas reguladoras do Estado. Os direitos humanos foram afetados pelas disputas de interpretações por diversas concepções de caráter liberal, socialista, reformista ou revolucionário.

Pelo texto, os Direitos Humanos trazem um peso fundamental na análise que se pode fazer das relações de poder político efetuados ao longo da história. Diz-se serem considerados como paradigma do estado de consciência, referência sobre liberdade popular e, ao mesmo tempo, sofre interferências de políticas econômicas como liberalismo, socialismo e revolucionários. Todos estes mecanismos têm suas interpretações próprias do que sejam Direitos Humanos, ampliando ou retrocedendo as suas conquistas.

É neste contexto, também retratando um momento histórico da luta emancipatória de um povo, que a Carta Africana concebe direitos e deveres como fundamentais à existência digna do homem. A Carta, no seu artigo 1º, prenuncia o reconhecimento dos Estados-partes constitutivos de cumprirem e fazerem cumprir, dentro das possibilidades de cada membro, os princípios ali objetivados quanto aos Direitos Humanos e dos Povos.

Os artigos subsequentes até o artigo 14º tratam especificamente dos direitos civis e políticos a partir da garantia da liberdade, da igualdade, da integridade física e moral da pessoa, da dignidade, da segurança, da defesa perante os tribunais, liberdade de consciência, de crença, de opinião e expressão, de associação e de reunião, direito de ir e vir, o direito de acesso à vida pública e o direito de propriedade. São estes os direitos civis e políticos que a Carta apresenta de forma genérica nos seus artigos 2º a 14º, cujo escopo se baseou nas Convenções Europeia e Interamericana.

Para um povo, que até então vive subjugado por uma política colonialista, é natural que o anseio de liberdade fosse a necessidade primária a ser satisfeita. É o que se verifica claramente nestes artigos enumerados. Liberdade é condição basilar para a vida em sociedade, porque é dela que emergem as demais ferramentas estruturais de um sistema econômico politicamente organizado, tendo o direito como instituição normativa de convivência pacífica e igualitária.

¹⁶⁰ BUCAYUBA, Pedro Claudio Cunca. Os direitos humanos como roteiro de emancipação. In: *Proposta: Revista de debate da fase*, Ano 28, Jun./Ago. n.101, p.22.

A problemática dos direitos civis e políticos na África, ou dos direitos em termos gerais, deve ser analisada ou interpretada não só em termos teóricos-formais, mas numa perspectiva lógica-material, levando-se em conta os fatores reais do poder existentes nos Estados Africanos. São constantes e graves as violações dos Direitos Humanos por parte do próprio poder político, demonstrando a falta de engajamento dos Estados aos compromissos assumidos ao darem a fé e aceitarem cumprir as normas dos direitos e deveres presentes na Carta.

A África vive um grande problema que é a carência do Estado. Ele foi mal concebido por razões históricas da colonização. Os africanos herdaram regimes ditatoriais ou totalitários e a maioria dos dirigentes que assumiram o poder após a independência não eram verdadeiramente legítimos, não aprenderam a democracia. Amordaçaram os outros partidos políticos e transformaram, rapidamente, os regimes multipartidários em monopartidários, incompatíveis com os Direitos Humanos.

O continente africano, em comparação aos outros continentes (Europa e América), enfrenta muitas dificuldades na implementação prática dos Direitos Humanos, problemas esses aliados à falta de meios financeiros, falta de interesse político por parte dos Estados, falta de maturidade política, falta de unidade, falta de desenvolvimento da cultura, de respeito aos direitos humanos, a pobreza crescente e o analfabetismo, falta de boas políticas públicas de incremento de desenvolvimento, sem falar da corrupção endêmica que assola as administrações públicas, entre outros fatores que põem em risco o alcance de bons resultados no cumprimento dos Direitos Humanos previstos na Carta. Ou seja, a implementação dos Direitos Humanos na África tem sido muito limitada e, deste modo, é preciso que os Estados revejam ou avaliem, em primeiro lugar dentro dos seus territórios, as causas das persistentes violações aos Direitos Humanos. Só assim será possível a salvaguarda dos direitos, do bem-estar e da dignidade da pessoa humana na África.

4.5.2 Direitos econômicos, sociais e culturais

Enquanto os direitos civis e políticos¹⁶¹ têm como pressuposto para sua efetivação uma organização estadual, garantida através de práticas burocráticas em diversas instituições de

¹⁶¹ Critérios de distinção entre os direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais: a substância dos direitos; a característica do beneficiário e a forma de garantia ou efetivação (ROSA CÓ. *Op.cit.*, 2009, p.73).

poder, os direitos econômicos, sociais e culturais têm como pressuposto a presença de políticas públicas, que conduzem a uma satisfação progressiva das necessidades dos cidadãos de forma equitativa ou justa, sem perder de vista o respaldo da lei emanada pela administração estatal, conferindo, assim, a legitimação do próprio Estado¹⁶² além de traduzir os interesses individuais e coletivos da sociedade.

Todas as relações sociais são aqui mencionadas a partir do princípio da justiça de igual direito de oportunidade, de participação e usufruto de produtos resultantes da dinamização social. Dentre elas estão: patrão / empregado, traduzindo um direito ao trabalho e sua compensação monetária; acesso à saúde integral (física e mental) respaldada pelo Estado, conforme suas condições econômicas e financeiras; acesso à educação e cultura, com os seus desdobramentos na aquisição de valores morais e preservação da tradição; a família tem preponderância, por ser considerada a célula *mater* da sociedade; no âmbito da relação internacional determina igualdade entre os povos, excluindo o direito de domínio entre eles; por último, desses direitos tratados garante a Carta a autodeterminação, que consiste na conquista da emancipação pelos povos que vivem sobre regimes colonialistas e, por fim, convoca todos os Estados-membros à postura de solidariedade mútua, visando ao fortalecimento das ideias, paz e união entre todos os povos. Estas são as matérias dos direitos econômicos, sociais e culturais elencadas do art.15º ao 21º da Carta Africana.

Apesar disto, não se pode deixar de mencionar as duas realidades existentes no continente africano. A primeira delas é a realidade material, nua e crua, do grau de miserabilidade e carência de todas as ordens ou fatores determinantes à existência humana nos países africanos. A outra é aquela prevista e idealizada pela Carta Africana, que sugere uma correspondência de parceria entre capacidade social e econômica, traduzida pelo desenvolvimento de cada unidade política (Estado), e a promoção do exercício da cidadania, dinamizada pela observância dos Direitos Humanos. Portanto, muito há a ser feito ainda para que a legitimidade e a legalidade se efetivem entre os quadrantes do continente em suas dimensões territoriais, políticas, sociais e econômicas.

Tomemos como exemplo a Guiné-Bissau, o país que elegeu a educação como área nobre e prioritária de todas as suas políticas de governação, cujo registro encontra-se no artigo 49º da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB). Mas a educação na Guiné, é o setor que

¹⁶² O surgimento dessa categoria de direitos humanos é recente. São referidas as constituições de México (1917), ex-URSS (1918), República de Weimar (1919), Espanha (1931), ex-URSS e Irlanda, ambas de 1937, como sendo as primeiras a preverem os direitos econômicos, sociais e culturais (ROSA CÓ. *Op.cit.*, 2009, p.80).

está afundando cada vez mais, ao longo dos anos, após a independência. Graves problemas têm afetado o ensino, tais como: baixo salário dos professores e, conseqüentemente, não pagamento atempado, programas herdados do ensino colonial, que já não se adequam aos tempos modernos do ensino de qualidade, sem falar da falta de infraestrutura escolar em todas as localidades garantindo um processo digno de aprendizagem. O analfabetismo continua crescendo vertiginosamente, principalmente nas zonas rurais. O retrato feito sobre o setor educativo é extensivo aos outros setores - saúde, habitação, saneamento básico, água potável, emprego, entre outros -, sem que o Estado possa fazer nada para cumprir com os seus compromissos assumidos, tanto em nível interno (Constituição), como internacionalmente (convenções internacionais).

4.5.3 Direitos dos Povos

A menção aos direitos dos povos é considerada o referencial da Carta Africana quando comparada a outros tratados internacionais dos direitos humanos. Ratifica Comparato ao dizer que a grande novidade desse documento normativo,

[...], constituiu¹⁶³ em afirmar que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional. Até então, só havia o reconhecimento do direito dos povos à autodeterminação, [...], vai mais além, e afirma os direitos dos povos a existência enquanto tal, a livre disposição das suas riquezas e recursos naturais, ao desenvolvimento, a paz e à segurança, e também a preservação do meio ambiente.

Nesta passagem, o estudioso da Carta demarca como diferencial a visão universalista dos Direitos do Homem para além de suas dimensões políticas internas, assim enfatizando o fator primeiro que é a vida, da qual emergem os sentidos das demais relações que se possam estabelecer com o próprio homem.

As matérias tratadas até então sobre os direitos dos povos (art.22º a 26º), resguardando-se a falta de uma definição exata do que venha a ser entendido por povo, foram interpretados por este outro autor, da seguinte maneira: “São nomeadamente¹⁶⁴ os direitos dos povos à igualdade, a existência e a autodeterminação, a disposição das suas riquezas e recursos naturais e ao desenvolvimento”.

¹⁶³ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999,p.395.

¹⁶⁴ ROSA, C6 Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.85.

São considerados como direitos de terceira geração e o sentido para tal foi erigido a partir de uma ambiência política, em que Estados reivindicavam do Ocidente a autonomia para gerir recursos naturais e banir o jugo colonial, ainda presente em alguns países africanos.

O desdobramento destas questões foi feito pelo referido autor da seguinte maneira.

[...], o direito¹⁶⁵ à igualdade dos povos tem que ver com a necessidade de reforçar a política de luta contra a discriminação racista Sul-africana ; o direito à existência e à autodeterminação, por imperativos de conclusão da libertação total da África do jugo colonial; o direito à disposição das riquezas e recursos naturais, pela necessidade de fazer jus à reivindicações contra a espoliação colonialista e à recusa de pagamento de indenizações devidas à companhias coloniais em virtude das nacionalizações e expropriações feitas; por fim, o direito ao desenvolvimento vem como corolário da idéia de soberania permanente sobre os recursos naturais, porquanto um povo que vê a sua soberania sobre os recursos naturais posto em causa se vê impedido de se desenvolver.

Encabeça a citação mencionada a questão da discriminação racial, que é um direito assegurado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Segue-se a isto, a determinação de que cada povo, por natureza, traz em si capacidade de decidir sobre os rumos da sua sociedade. Essa determinação possibilita que ele faça uso de recursos naturais, modo de vida na sociedade, respeitando-se a livre iniciativa e, por extensão, a implementação de políticas desenvolvimentistas, culminando no exercício da cidadania conscienciosa dos elementos que engendram o poder social e político dos grupos em nível nacional e internacional, para não perder a identidade ou referencialidade cultural de cada agrupamento.

Com efeito, a atualidade do conteúdo da Carta, quanto aos direitos dos povos, é de se refletir, levando-se em conta os conflitos ainda existentes entre os povos africanos, quando se percebe que não mais existe o jugo colonial entre eles, o que era considerado um dos fatores essenciais ao desejo de liberdade dos povos africanos. A pergunta que se faz é: será que é possível ainda falar dos direitos dos povos, invocados no período colonial, como forma de reivindicação de independências para se justificar o atual contexto das guerras civis internas nos Estados Africanos?

Levando-se em consideração as violações dos Direitos Humanos e a instabilidade política, econômica e social, que põe em causa o direito ao desenvolvimento, no atual contexto da África, não se pode mais invocar o termo ‘direito dos povos’, como justificativa presente ainda na Carta Africana, porque, na altura em que foi usado, serviu de argumento para a reivindicação das independências e autodeterminação dos povos colonizados da África. E

¹⁶⁵ ROSA, Có Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.85.

hoje que a África está totalmente independente do jugo colonial, apesar das constantes guerras políticas e tribais produzidas em nível interno de cada Estado, é impossível invocar o direito dos povos, uma vez que é o povo do mesmo território que está em conflito, sem que seja uma guerra de ocupação estrangeira.

Por outro lado, as manobras políticas internacionais, traduzidas pelas novas formas de colonialismo, engendradas pelas economias centrais que não querem perder suas fontes de matéria-prima ou recursos naturais, essenciais à dinâmica de suas indústrias de bens e serviços necessários às populações, continuam sendo uma das causas dos conflitos internos nos países da África.

Percebe-se que esses direitos dos povos devem estar em causa de grandes grupos de interesses do poder através das suas manobras e o povo, conhecendo suas reais intenções, deve reivindicar ações voltadas à implementação da paz e estabilidade política, econômica e social. Isto porque não é possível a existência de desenvolvimento sem a presença da paz, da consciência da cidadania, ou seja, de que a vida em sociedade exige respeito às leis ou normas de convivência em grupo, fato que se percebe não existir, ainda, entre muitos povos africanos. O que em primeira ordem se percebe é a necessidade de implementar entre eles a consciência de grupo para que a ordem seja estabelecida.

Este fato conduz à posição de que a Carta Africana necessita ser interpretada ou reescrita, tendo como pressuposto o atual contexto em que se encontram os povos, não deixando de considerar também os fatores sociais e políticos que favoreceram a sua elaboração. Somente assim, ela será reconhecida como instrumento legítimo de poder para todos.

4.5.3.1 Deveres dos indivíduos

Neste item (art.27º à 29º), a questão central é iniciada pela enumeração dos deveres dos indivíduos para com a família, no sentido africano¹⁶⁶ do termo, tendo a compreensão da grande importância que ela exerce dentro do contexto social dos Estados Africanos. Os deveres dos indivíduos estão misturados em todas as instituições sociais reconhecidas, como

¹⁶⁶ Na sociedade tradicional africana o homem vive no grupo e a sua vida só faz sentido dentro dele. As relações de simbiose e harmonia que se estabelecem com o grupo impõem que deva ter um conjunto de deveres para com a comunidade dos presentes e dos antepassados (ROSA CÓ. *Op.cit.*, 2009, p.77).

garantidoras da vida nas relações, tais como família, sociedade e Estado, considerando-as configuradas nos termos da lei e também no âmbito internacional.

Elementos como liberdade, direito do outro, segurança coletiva, necessidade, interesse comum são decisivos no cumprimento dos deveres do homem nas relações sociais. Depois de avaliado, o homem, frente às instituições, o artigo 28º configura os deveres do indivíduo na sua unidade, na sua interioridade enquanto membro de uma sociedade, cabendo a ele o respeito ao semelhante e práticas ou hábitos salutareis e benéficos à preservação do princípio da tolerância recíproca, excluindo formas discriminatórias de comportamentos. Enquanto isso, o artigo 29º, também inserido no capítulo dos deveres-cidadãos, pode ser compreendido como um complemento dos dois artigos anteriores. Afirma a tomada de uma postura de respeito aos membros da família, em especial aos pais; prestação de colaboração pelo dispêndio de esforços físicos e intelectuais ao seu Estado; zelo pela segurança do Estado; também o esforço pela solidariedade entre as instituições e a nação no seu todo; luta pela independência nacional e garantia territorial da pátria - elementos constitutivos do Estado nacional.

Com efeito, mesmo sendo um número reduzido de artigos, o conteúdo desta epígrafe é muito vasto e apreende os deveres de qualquer indivíduo desde instituições familiares, perpassando pelo Estado e indo até aos institutos internacionais, dimensionando portanto, o indivíduo que tem deveres para com a comunidade mundial.

4.5.3.2 A Carta Africana, suas restrições e limitações dos direitos previstos

O mecanismo de restrição ou limitação de direitos previstos em tratados é algo comum, como precaução para futuras situações em que uma sociedade se veja circunscrita em situações de problemas, para os quais não haja outra solução senão a utilização destes instrumentos de manobra política. Os tratados ocidentais utilizam esses mecanismos com base em leis que já estabelecem quando um direito pode ser restringido, trazendo em si mesma uma própria limitação dessa restrição. Isto se explica a partir da justificativa de que não se deve restringir por completo o exercício de um direito, mesmo em situações consideradas anormais, o que se verifica no n° 2 do art.29º da Declaração¹⁶⁷ Universal dos Direitos do Homem:

No exercício dos seus direitos e liberdades, ninguém estará sujeito se não as limitações determinadas pela lei, com vista exclusivamente a assegurar o devido

¹⁶⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), n° do art.29º.

reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma sociedade democrática.

Entende-se por estas palavras que só a lei pode estabelecer limites de exercício de um direito, tendo em vista a defesa de outro direito, ou seja, o limite do exercício de certas liberdades, por motivos justificados pela preponderância de um outro direito considerado superior em relação ao que se pretende restringir. Isto se prende ao fato de que o exercício de qualquer direito é limitado pelas condições políticas, econômicas, sociais e culturais existentes num determinado local e em uma determinada época, historicamente datada. Neste caso, refere-se a uma tradição ocidental que traz em seu bojo ideias políticas de liberdades democráticas. Vale lembrar que teorias das restrições aos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos fundamentam as restrições na ideia de observância de parâmetros, tais como: legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade, não retroatividade das leis, não diminuição do conteúdo essencial dos direitos e aceitabilidade numa sociedade democrática.

A Assembleia Nacional Popular (ANP) é, para o caso específico da Guiné-Bissau, o órgão que traz em si a competência e o poder deliberativo de criar leis restritivas já previstas na Lei formal nº3 do art.30º da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB).

Quando passa a ser analisado este mecanismo a partir dos modos em que estão postas na Carta Africana, percebe-se que a Carta deixa uma lacuna quanto ao modo de restrição da lei, transferindo a responsabilidade para os Estados da Carta. Diz-se, por parte dos estudiosos do direito, que esta lacuna corresponde a um ponto que merece especial atenção, porque deixa ao critério dos Estados o estabelecimento do momento em que estes direitos serão restringidos, ficando ao arbítrio da autoridade o seu ‘a favor’ ou ‘contra’ a população.

[...],A definição¹⁶⁸ imprecisa dos direitos e a sua enunciação de forma ambígua e insuficiente, bem como a ausência de limitações específicas,[...], reduzem o conteúdo dos direitos, por vezes abaixo do nível mínimo exigido pelo direito internacional dos direitos do homem. [...]. Para além de uma objeção de natureza sistemática, a imprecisão de conceitos, deixa ao Estado uma larguíssima margem de apreciação, dado que será sempre possível encontrar um fim legítimo para justificar uma ingerência nos direitos e liberdades dos indivíduos.

A interpretação feita por Maria José Morais Pires chama atenção para as consequências advindas da lacuna deixada pelos elaboradores da Carta, em não terem limitado os direitos de restrições de certas liberdades políticas. Para um ambiente social e político, que traz na sua tradição experiências de um processo de jugo colonial sem maturidade para conviver com regimes democráticos independentes, é possível que haja futuros abusos de usos arbitrários de

¹⁶⁸ MORAIS PIRES, Maria José. *Direitos do Homem- principais Textos Internacionais*. 2. ed. Lisboa, Petrony, 1989, p.337.

poder, que conduzam autoridades políticas a fazerem mau uso deste mecanismo. É perceptível essa situação em Estados Africanos que conseguiram sua emancipação política recentemente.

4.5.3.3 A questão das reservas às disposições da Carta

A ideia central da formulação de uma reserva, parte da existência prévia de um tratado¹⁶⁹ já elaborado e que, posteriormente, venha a ser aceito por outras entidades. A partir desta realidade, a Convenção de Viena¹⁷⁰ sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986 em seu art.19º determina que as reservas estão fundamentadas em três situações problemas: que a reserva não seja proibida; que essa reserva, almejada pela parte em adesão, não venha de encontro aos determinantes do tratado, considerando que ele tem um objeto e um fim e essas reservas não podem, de modo nenhum, vir de encontro a isso.

Portanto, a Convenção de Viena deixa bem claras as condições de formulação de reservas; condições que, por sua vez, enfatizam a preponderância do tratado com o seu conteúdo em relação às partes que, possivelmente, venham a aderir ao tratado. Esta mesma Convenção determina a fórmula de se fazer reservas, verificando-se que as intenções de se reservar algo não venham a conflitar-se com o tratado em pretensão de adesão. Também as limitações impostas por esse próprio tratado, quanto à reserva, assim como não perder de vista as reais pretensões que nortearam a elaboração do tratado. Ou seja, as causas primeiras e as

¹⁶⁹ Doutrina Brasileira define o Tratado como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Ou ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais. Ou “a manifestação expressa de um acordo de vontade entre Estados ou entre sujeitos de Direito Internacional e destinado a produzir efeitos de direito” (BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.1 e 2).

Doutrina estrangeira- Tratado como encontro entre duas ou mais manifestação de vontade, por parte de sujeitos do direito internacional, dirigido a criar, modificar ou extinguir normas jurídicas internacionais

Para Saulo Casali, todos os conceitos dados sobre tratados são exemplificativos considerando a dificuldade em oferecer um conceito preciso. Para ele o Tratado Internacional é um acordo de vontades entre pessoas de Direito Internacional, regido pelo direito das gentes, (BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.3).

¹⁷⁰ Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e organizações Internacionais ou entre organizações internacionais de 1986, é um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos anexos e qualquer que seja sua denominação específica, art.2º da mesma convenção(BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.1).

respectivas finalidades que possibilitaram a elaboração do tratado internacional são consideradas o campo de atuação destas atitudes.

O art.20º da mesma Convenção enumera cinco critérios, a saber, sobre a aceitação ou rejeição de uma reserva: 1º) que uma reserva autorizada por um tratado carece de aceitação por parte dos outros Estados-parte, salvo haja contradição com o próprio tratado. Ou seja, que o próprio tratado, que permitiu a formulação de reserva, diga o contrário sobre aceitação. 2º) a reserva permitida, automaticamente, é aceita, desde que no próprio tratado não haja normas que determinem a aceitação posterior por parte de outros Estados-parte; 3º) se houver um número reduzido de Estados aderidos ao tratado, a aceitação deve ser formulada por parte dos outros Estados-parte. Isto se justifica a partir da ideia do carácter abrangente ou da repercussão que os efeitos destas normas reservadas venham a surtir, em relação ao número de pessoas. Ou seja, percebe-se que a produção de efeitos é o fator vinculante, uma vez que, sabido do seu campo de atuação, maior ou menor será a possibilidade de posicionar-se em relação a ele, e também ao próprio tratado, visando assim a preservação dos seus fundamentos. A aceitação das condições de reserva está restrita ao número de participantes do próprio tratado. Caso o número de participantes seja significativo, o critério muda de configuração, levando-se em consideração o carácter interno de cada Estado e a cultura.

O órgão vinculante do tratado é a instância jurídica que reconhece, tacitamente, a reserva ou a objeção dela por partes contratantes. Há uma preocupação premente com a legitimidade e credibilidade da organização internacional. O que está em jogo aqui é o carácter vinculante do próprio tratado internacional, com organização competente ou personalidade jurídica que responde pelas determinações dele advindas.

O 4º critério ou requisito trata de uma retrospectiva sobre os itens 1 a 3, enfatizando situações problemas posteriormente percebidas nestes itens quanto aos seus desdobramentos: a) se a reserva for aceita, os demais Estados-parte levarão essa reserva como pressuposto básico de reserva no futuro, ou seja, percebe-se um tratamento igualitário entre todos os Estados-parte; b) a objeção de uma reserva por parte de um outro Estado não impede a que o tratado entre em vigor e produza seus efeitos, desde que o Estado fundamente sua objeção de forma clara e compreensível a todos; c) o fato de que outro Estado tenha aceitado a reserva, é condição primeira para que posteriores Estados vinculantes aceitem as reservas determinadas pelo tratado. O que se percebe nesta determinante é a postura do Estado-parte em relação ao que foi posto pelo tratado e suas repercussões além fronteira.

O 5º critério representa a condição, dentro de uma temporalidade, para que seja reconhecida a aceitação expressa pelo Estado-parte. Sendo assim, passados 12 meses sem posicionamento do Estado-parte, entendem-se como aceitas as condições estabelecidas e reservas determinadas.

Os efeitos jurídicos das reservas e das objeções, referentes ao art.21º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, estão postulados dentro de três perspectivas: 1ª sobre o conteúdo dos arts. 19º, 20º e 23º; 2ª outros assuntos não reservados no tratado; 3ª limitação de efeitos por parte dos Estados-membros considerando a não aceitação de reserva.

Quanto ao 1º aspecto, que tem em vista os arts. 19º, 20º e 23º da Convenção, está relacionado à reserva e suas peculiaridades de efeitos jurídicos. Há uma modificação de efeitos em relação ao Estado autor da reserva e o outro Estado que objetou esta mesma reserva, tendo os dois, tratamentos diferenciados, conforme sua posição em relação à reserva em causa.

A relação dos Estados que fazem parte do mesmo tratado com reservas e objeções deferidas é de caráter diferenciada, sem levar em conta possíveis alterações dos seus vínculos contratuais com o tratado em causa. Isto demonstra uma flexibilidade do tratado quanto à caracterização específica de cada Estado com suas reservas e objeções específicas, sem com isso perder a sua posição sobre as demais disposições do tratado.

Em um terceiro momento, este artigo prevê o tratamento quanto ao Estado que formula objeção sobre uma determinada reserva, não se aplicando assim a reserva a dois Estados, mas sim ao Estado autor da reserva, porque a ela faz parte do seu próprio direito interno, assim respondendo pelas consequências advindas das suas reservas ou objeções.

O artigo 22º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais normatiza as questões relacionadas às retiradas das reservas e das objeções às reservas, a partir de três aspectos principais. O primeiro deles parte da seguinte ideia: “uma reserva pode ser retirada a todo tempo, sem que o consentimento do Estado que a aceitou seja necessário a retirada”. Entende-se que o Estado autor da reserva pode retirá-la a qualquer tempo, sem a consulta prévia dos outros Estados contratantes. É o princípio da autonomia privada (vontade) que prevalece nesta atitude de contratar; o princípio é o mesmo para a retirada de uma objeção: “uma objeção a uma reserva pode ser retirada a todo tempo”. Verifica-se que a objeção a uma reserva tem

natureza contrária à reserva propriamente dita, sendo, com efeito, tratada da mesma forma que a sua antípoda - respeitando o princípio da autonomia da vontade dos Estados contratantes.

No terceiro ponto, percebe-se a efetividade real da retirada da reserva ou da retirada da objeção feita, a partir da notificação elaborada pelo Estado autor da reserva ou da objeção da reserva. Em outras palavras, entende-se que uma reserva ou uma objeção à reserva só produz efeitos quando ela tenha sido notificada ou comunicada a outros Estados membros. Há um respeito ao princípio da reciprocidade, velado nestas atitudes quanto às matérias que regem os tratados internacionais, isto quanto ao aspecto exterior dos tratados. Quanto aos aspectos internos, estabelece-se que, em primeira ordem, estão os ditames constantes no próprio tratado. Este fato percebe-se a partir do cuidado de sempre dizer que “salvo disposição do tratado em contrário”.

O artigo 23º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais determina que o Estado que deseje fazer ou deixar de fazer reservas e / ou objeções, deve proceder em vista dos seguintes princípios:

1º Devem ser sempre elaboradas por escrito, endereçadas aos Estados contratantes e possíveis contratantes visando, assim, que a comunicação tenha ciência sobre todo o movimento em relação às reservas e objeções;

2º Em nível interno de cada Estado, a formalidade parte da efetivação de uma aceitação expressa, que deixa bem claro o anseio do Estado e também do organismo internacional que administra o tratado, para que não haja dúvidas entre as partes contratantes, com vigência a partir da data em que foi confirmada.

3º O ponto de referência é o momento da confirmação para que se possa avaliar a necessidade ou não de reserva ou objeção da reserva. Sendo a aceitação da reserva ou objeção da reserva anteriores a data da confirmação, prevalecerá a data de aceitação ou objeção. Sendo a data de aceitação posterior a data da confirmação, prevalecerá a vigência a partir da confirmação.

4º Por escrito devem ser feitas tanto as reservas como as objeções às reservas.

Em linhas gerais, os artigos 19º a 23º da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre as Organizações Internacionais patenteia os princípios gerais que devem nortear os Estados membros sobre reservas e objeções às reservas, tendo em vista o estabelecimento da justiça, fundamentada no princípio da livre escolha e do respeito mútuo entre todos.

Posta a análise dos artigos acima, cabe a comparação com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, com a pretensão de verificar o que há de comum entre ela e o conteúdo dos artigos e qual deve ser o seu procedimento, quando da confirmação da inexistência de observância ao conteúdo destes mesmos artigos.

Pedro Rosa Có¹⁷¹, estudioso do assunto, constatou que:

A Carta não prevê nenhuma disposição específica sobre a questão (reserva e objeção). Nestes termos, aplica-se o regime geral previsto na Convenção de Viena, que permite na ausência de proibição ou de incompatibilidade, a formulação de reservas, podendo os Estados parte objetarem ou não conforme as suas conveniências- grifo nosso.

O Direito dos tratados da Convenção de Viena é o recurso que deve ser aplicado quanto à inexistência de disposição de reservas e objeções na Carta Africana. Por isso, é sensato que seja observado o conteúdo e as formalidades na relação da União Africana (UA) com os seus Estados membros.

Vale lembrar que há registros de dois países membros que formularam reservas. Um deles é o Egito, que reserva o direito muçulmano a ser aplicado às mulheres de forma discriminatória e que tem suas reações por parte de alguns Estados membros, que defendem não ter aceito esta reserva por ferir os princípios dos direitos humanos que garantem a igualdade entre homens e mulheres.

A reserva zambiana restringe a liberdade de circulação dos cidadãos comuns aos órgãos do poder público que são encarregados da administração do Estado, ou seja, é vedada a circulação de cidadão comum em ambientes expressamente determinados, tais como Palácio da República, Assembleias, Parlamentos, entre outros.

A reserva do Egito tem provocado discussão pelo fato de se achar que tal aceitação vai de encontro aos princípios dos Direitos Humanos que, em matéria desta natureza, devem se posicionar acima dos princípios de reciprocidade política, fato que não se deu com o Egito, com sua formulação discriminatória de reserva sobre as mulheres, atreladas ao regime muçulmano.

Sugere-se, fundamentando nos princípios que estruturaram a Convenção de Viena sobre os tratados multilaterais quanto às matérias de reservas, que o Egito retire tal reserva porque é incompatível com a natureza da Carta Africana, que tem por objeto e propósito a defesa dos direitos humanos.

¹⁷¹ ROSA, Có Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.97.

Vislumbram-se dois horizontes com possibilidades de solução de impasse: após o Estado ter ratificado a Carta figurando-se como membro, pode ser demandada, por um outro Estado membro junto à Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Comissão), a retirada da reserva em causa. Assim como qualquer cidadão do Estado-membro do autor da reserva pode demandar o Estado na Comissão Africana, alegando a violação dos preceitos sobre os Direitos Humanos. O outro horizonte perceptivo é que com a criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos, tanto a Comissão, como os Estados-membros podem demandar ao Estado autor da reserva a sua retirada.

4.5.3.4 A aplicação da Carta em situações de conflitos - Generalidades

Os momentos de conflitos entre povos são considerados exceção às regras, fato este em que cabe às leis preverem posicionamentos em determinadas situações, considerando-se que a paz relativa é o que prevalece ou predomina na sociedade. Parece ser paradoxal exigir legislações específicas para momentos conflituosos, porque eles representam transgressão aos Direitos Humanos. Entretanto, eles são vitais à sociedade, quando determinado sistema legal se corrompe pelo arbítrio de representantes políticos e, por outro lado, é devido a eles que as leis são elaboradas, visando a disciplina destes estados irracionais que, muitas vezes, é acometida a sociedade. A Carta Africana tem esta particularidade como instrumento de promoção e proteção dos Direitos Humanos e sua eficácia garantida, quando aplicados os seus dispositivos no quotidiano da sociedade africana.

4.5.4.1 A derogabilidade ou não da Carta

Apesar da lacuna existente entre o que está posto na Carta e o que está se efetivando realmente, é de notória importância saber que a lei (Carta) é derogável. Isto se justifica a partir do conteúdo dos artigos 60º e 61º da Carta, que garantem a aplicação dos Direitos Humanos e dos povos aos instrumentos das Nações Unidas (Comitê dos Direitos Humanos em sede do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) e outras Convenções em matérias dos Direitos Humanos.

A violação dos Direitos Humanos na África é constantemente verificada dentro do quotidiano da sociedade, independentemente de períodos considerados de guerra ou de paz, perpetrados pelos próprios poderes públicos que, imbuídos de sentimentos de possessividade, demandam mecanismos políticos, fazendo prevalecer interesses individuais de ordem económicas e políticas em detrimento dos interesses dos indivíduos ou cidadãos.

A lacuna referida aqui entre o que está posto na lei e o que efetivamente a lei repercute é o motivo ou causa que tem suscitado a discussão entre os intérpretes da Carta. Uns afirmam que na ausência de uma cláusula de derrogação, tal como existe noutros instrumentos - art. 4º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), art. 15º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), art. 27º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) - todos os direitos são inderrogáveis, podendo os Estados violá-los a partir de um estado de necessidade presente ou justificando existir estado de necessidade. Outros defendem que, na ausência desta cláusula, todos os direitos são derogáveis, ou seja, independentemente de estado de necessidade, o que prevalecerá é o que está posto na lei. Isto é, pela boa interpretação que a Comissão Africana pode fazer dos preceitos da Carta, perante ausência da cláusula que garante os direitos dos cidadãos em caso de guerra. Esta é a posição já defendida no início deste item.

Há ainda uma posição moderada ou intermediária de alguns intérpretes, que justificam o hiato em discussão através de mecanismos ou estabelecimento de direitos fundamentais mínimos para a África, em caso de conflitos.

Percebe-se que esta posição não retrata o ideal do que pode ser a solução desta lacuna, pois minimizar direitos é tratar por baixo aquilo que se percebe ter possibilidade de um tratamento mais digno. É achatar mais ainda um povo que, por tradição, é legado aos processos exploratórios de diversas ordens - política, económica, religiosa, ideológica -, sem possibilidade de um desenvolvimento digno e igualitário. Esta posição é passível de muitas críticas.

Há ainda alguns que se posicionaram indiferentemente, isto é, sem tomar uma posição sobre a matéria. É o caso de Emmanuel G. Bello¹⁷², que entende que o silêncio da Carta abre caminho para interpretações especulativas e coloca a Comissão entre “espada e parede”. A “espada”, no sentido de obrigar a Comissão a ter uma postura mais progressiva, mais dinâmica na interpretação da Carta. Esta postura é um pouco complicada, porque pode levar a Comissão a

¹⁷² BELLO, Emmanuel G. - «African Charter on Human and Peoples' Rights», in *Recueil des Cours de Académie de Droit International*, Tome 194, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, .p. 70 e. 71.

tomar decisões diferentes sobre casos ainda semelhantes, favorecendo ou prejudicando os Estados, podendo criar agitação por parte dos mesmos, que terão sempre reclamações sobre essas decisões. A “parede”, no sentido de tomar sempre em consideração os interesses dos Estados em particular, tendo em conta que a situação não mudou desde a altura da aprovação da Carta.

Paul Sieghart¹⁷³ interpretou o silêncio da Carta no sentido de não permitir sua derrogação. Essa interpretação foi seguida ou confirmada pela Comissão na tomada de decisões sobre situação de emergência, já referida sobre os que defendem a inderrogabilidade da Carta na falta desta cláusula.

Fatsah Ougerdouz¹⁷⁴ apresenta três leituras possíveis deste silêncio. A primeira delas é de que, considerando a fragilidade dos Estados face suas obrigações assumidas na Carta, acharam desnecessário colocar uma previsão de mecanismos suplementares de aplicação da Carta em momentos de conflitos. Esta leitura não parece correta, uma vez que a Carta tem um valor jurídico intrínseco reconhecido e não é apenas um modelo de declaração e previsão. Aliás, o próprio autor rejeitou essa mesma posição.

A segunda consiste na proibição da derrogação da Carta na ausência desta cláusula. Justifica esta posição, dizendo que a Carta não proíbe expressamente a derrogação, a menos que exista um acordo entre Estados-parte neste sentido.

A terceira, e última leitura, defendida por esse mesmo autor consiste em dizer que os próprios Estados não quiseram regular, convencionalmente, a questão da derrogação. Abriram, porém, uma válvula de escape para invocar, em casos emergenciais, a aplicação do direito internacional geral, nomeadamente a Convenção de Viena sobre os direitos dos Tratados Internacionais, na sua previsão do art. 62º, que admite a não aplicação dos tratados na situação de alteração fundamental das circunstâncias, previstas no preceito citado acima e no

¹⁷³ Com. 102/93 Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c/ Nigéria, decidido a 31 de Outubro de 1998, parágrafo 67 e 68, onde a Comissão se expressa nestes termos: 67. Contrairement aux autres instruments internationaux des droits de l'homme, la Charte Africaine ne contient pas de clause dérogatoire. Par conséquent, les restrictions des droits et des libertés contenus dans la Charte ne peuvent être justifiées par les situations d'urgence ou les circonstances particulières. 68. Les seules raisons légitimes de limitation des droits et des libertés contenus dans la Charte sont stipulées à l'article 27.2, à savoir que les droits... "s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun".

¹⁷⁴ OUGUERDOUZ, Fatsah. L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: Les réponses de droit international général, in RGDIP, Tome 98/1994/2, Paris, p. 292.

que diz respeito ao estado de necessidade, como causa de exclusão da responsabilidade internacional do Estado.

Devido ao fato de os elaboradores terem tido a preocupação prioritária sobre os mecanismos de descolonização dos países africanos, deixaram de levar em consideração outros aspectos internos de violações dos Direitos Humanos, tais como problemas étnicos e luta pelo poder (a partir de uma má concepção de sua forma devida). Herdados do processo de colonização fundamentado na exploração, foram transferidos para os mecanismos de dominação política e ideológica da África, de tal forma que se percebem posturas autoritárias de representantes políticos semelhantes aos senhores coloniais, sentindo-se verdadeiros mandatários divinos, que lutam a todo custo pela prevalência no poder e sua transmissão aos familiares.

A posição da Comissão Africana, enquanto intérprete da Carta, deve ser mais ativa, de forma a fazer prevalecer, através de mecanismos de controle e fiscalização, o seu cumprimento para todos os Estados-parte, evitando interpretações incompatíveis ou distorcidas sobre um objeto e conteúdo. É neste sentido, como referido acima, que a falta desta cláusula não implica que os direitos previstos na Carta são inderrogáveis em situações de emergência, mas, pelo contrário, eles são derogáveis, visto que a Carta remete, nos termos dos art. 60º e 61º, à aplicação do direito internacional na interpretação dos seus dispositivos, o que justifica, na falta desta cláusula, serem os Direitos Humanos derogáveis em situações de emergência.

5 GARANTIA E SALVAGUARDA DA CARTA PELOS SEUS ÓRGÃOS

5.1 COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

O sistema africano de proteção dos Direitos Humanos e dos povos está ancorado praticamente na Comissão¹⁷⁵ do mesmo nome, que sempre se ressentiu da existência de uma Corte que atuasse como órgão de natureza jurisdicional na resolução dos conflitos no seio do sistema, evidenciando, deste modo, uma grande limitação e fragilidade na proteção dos Direitos Humanos. Ela foi criada em 1987, nos termos do artigo 30º da Carta, com a missão de promover os Direitos Humanos e dos povos e assegurar sua proteção na África.

Antes de entrar no estudo da própria Comissão, tratar-se-á, em primeiro lugar, de um órgão tão importante que, apesar de não constar na estrutura do texto da Carta, desempenha um papel determinante nas deliberações da Comissão. É a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana (OUA), atualmente designada de União Africana (UA).

5.2 A CONFERÊNCIA DOS CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO: COMPOSIÇÃO, COMPETÊNCIA E FUNCIONAMENTO

A Conferência dos Chefes de Estado e de Governo é um órgão político dentro da estrutura da OUA que, no quadro da proteção dos Direitos Humanos, é também um órgão da Carta Africana. É composta pelos Chefes de Estado de cada país africano e o seu respectivo Primeiro Ministro, que é o chefe de governo para aqueles países que adotaram este sistema político de governação.

Como referido acima, a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo não consta da estrutura dos órgãos de garantia e salvaguarda da Carta, no entanto é um órgão político muito importante, por ser a última instância de pronunciamento sobre o conteúdo dos relatórios da Comissão. No que concerne aos litígios que opõem os Estados- membros (arts.52º e 53º), bem

¹⁷⁵ GUERRA, Sidney. Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.125.

como sobre as comunicações dos indivíduos e das organizações não governamentais (art.59º), compete-lhe ordenar instruções à Comissão no que respeita a realização de estudos aprofundados quando, na sequência de uma deliberação da Comissão, constatar evidências de violações graves ou maciças dos Direitos Humanos (§ 1º e 2º do art. 58º da Carta Africana).

Deve-se salientar que, quando a Conferência delibera no âmbito da Carta, não tomam parte os países que não são membros da Carta, salvo se o assunto a discutir for da competência da União Africana ou for mais abrangente.

Portanto, verifica-se que a intervenção da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo na resolução dos conflitos, no âmbito da Carta, tem de ser feita pelo uso de métodos tradicionais africanos de resolução de conflitos, pelos mecanismos de conciliação. Mas isso não impede que a Conferência tome medidas obrigatórias para os Estados-membros, quando as circunstâncias forem necessárias, ou quando a situação assim reclamar.

A atitude da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana tem sido muito criticada devido a sua falta de vontade política e de poder, em certa medida. Mas também pela falta de vontade política dos Estados Africanos em restringirem as suas soberanias. A Conferência dos Chefes de Estado ainda é criticada por servir apenas aos interesses dos próprios Chefes de Estados e de funcionar como um sindicato deles.

5.2.1 Natureza jurídica, estrutura e composição da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Comissão)

A Comissão Africana¹⁷⁶ dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão) é um órgão político e ‘quase judicial’, composto por 11 membros eleitos pela Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da União Africana a partir de uma lista elaborada e apresentada pelos Estados-parte, por um mandato de seis anos.

A natureza não jurisdicional da Comissão Africana justifica-se pela própria concepção africana dos Direitos Humanos adotada na Carta. Diga-se que a sociedade tradicional africana desconhece os processos de litigância judicial, o que demonstra que um sistema inspirado na

¹⁷⁶ Observe-se que o secretariado da Comissão é sediado em Banjul, Gâmbia. A Comissão tem alternado suas sessões entre Gâmbia e outras capitais africanas. [...], Os membros da Comissão devem exercer suas funções a título pessoal, atuando com independência e não em defesa das prerrogativas dos Estados de origem, em conformidade com o artigo 31 da Carta (PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006,p.125).

base dessas tradições históricas e culturais, implica que o órgão encarregado da proteção dos Direitos Humanos tenha a mesma natureza, também não judicial, fato que ainda levou à ausência da Corte na estrutura de salvaguarda da Carta Africana, como explica M'Baye¹⁷⁷:

Mais le refus de créer une cours des droits de l'homme a aussi une explication philosophique. En Afrique, on hésite à s'adresser aux tribunaux pour obtenir une décision Judiciaire coercitive. Cet au cours des palabres que l'on recherche et trouve les solutions aux conflits qui oppose les individus et les famille. La justice africaine traditionnelle est essentiellement conciliatoire. La décision à intervenir est généralement en consensus. Cette philosophie du droit apparaît dans tous les traités initiés par l'OUA et bien sur se reflète dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Como se pode ver, essas ideias trazidas da cultura tradicional africana - forma de resolução de conflitos por via consensual, não recorrendo ao tribunal - serviram de modelo de base de inspiração de muitos instrumentos de caráter internacional, adotados no seio da Organização da Unidade Africana (OUA). Fato, também, que influenciou o jogo político no momento da redação da Carta, e que culminou em não constar no texto original da Carta, um tribunal africano de Direitos Humanos, como órgão jurisdicional de resolução dos conflitos no seio do sistema africano, atribuindo esse papel à Comissão Africana, como órgão conciliador dos conflitos.

Percebe-se que há todo um processo de escolha e seleção dos membros da Comissão, sujeitos a um critério rigoroso de sua seleção. Eles são escolhidos entre as personalidades africanas que gozem de mais alta reputação social, detentoras de alta qualificação moral e de conhecimentos jurídicos profundos em matéria dos Direitos Humanos. Conhecidas também pela sua integridade, imparcialidade e, sendo de particular interesse, pessoas com experiência no domínio de direito (art. 31º). Devem servir à Comissão através de suas competências individuais e não na figura de representante de seus respectivos Estados, sendo, por isso, vedada a participação simultânea, na Comissão, de dois cidadãos de mesmo país, como forma de garantir equilíbrio, imparcialidade e igualdade entre os Estados- parte. (art. 32º).

São eleitos por escrutínio secreto pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, que os escolhe com base na lista preparada e apresentada pelo Secretário-Geral da União Africana (UA) (art. 33º). Esta lista é composta por candidatos propostos pelos Estados-parte, no máximo de dois candidatos cada, devendo um dos candidatos não ter a nacionalidade do Estado proponente, caso forem dois candidatos propostos pelo mesmo Estado (art. 34º). Os candidatos são apresentados pelos Estados-membros ao Secretário-Geral da UA, dentro de um

¹⁷⁷ M'BAYE, Keba. A Organização de Unidade Africana. In: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*. Lisboa: Manual Unesco, 1983, p.88.

prazo de quatro meses antes das eleições, e este, no prazo de um mês, deverá apresentar a lista em ordem alfabética à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da UA (art.35°).

Os membros da Comissão são eleitos para um período de seis anos (supra) renováveis. Contudo, o mandato de quatro dos membros eleitos, quando da primeira eleição, termina ao cabo de dois anos, e o mandato de três outros, ao cabo de quatro anos (art.36°). Aqueles membros, cujos mandatos terminam após a primeira eleição ou mais cedo, são sorteados pelo Presidente da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da UA (art. 37°).

A diferença temporal de duração de mandatos da primeira Comissão visa garantir a estabilidade e continuidade dos trabalhos da Comissão, uma vez que a manutenção, em função, de alguns membros da primeira Comissão, vai assegurar a transição e transmissão de saberes e experiências anteriores. Fato que se justifica, pois se o mandato de todos os membros terminasse de uma só vez, corria-se o risco de renovação total e ter que recomeçar o processo *abnitio*, para a formação de uma nova Comissão.

Os membros da Comissão, depois de serem eleitos, exercem as suas funções a tempo parcial, devido à falta de condições de trabalho. Eles residem nos seus respectivos países e acumulam a sua qualidade de membro com o exercício de outras funções. Essa ausência de exclusividade acaba pondo em causa a independência e imparcialidade desejada, porquanto se expõem a sofrer influências por causa do exercício de outras funções, no âmbito das quais se submetem a outras entidades nacionais ou internacionais.

Eles gozam de privilégios e imunidades diplomáticos, previstos na Convenção sobre os privilégios e imunidades diplomáticos da UA (art. 43°), e os seus emolumentos e remuneração são assegurados no quadro do orçamento da UA (art. 44°). A Comissão conta com um secretariado que assegura o funcionamento dos seus serviços e apoio aos membros nas suas atividades.

Com base no seu regulamento interno, a Comissão se reúne, pelo menos duas sessões por ano tendo, cada sessão a duração de duas semanas. As sessões ordinárias, como as eventuais extraordinárias, são feitas ou realizadas normalmente na sua sede, em Banjul (Gâmbia) e são chefiadas pelo seu Presidente em exercício. No entanto, pela solicitação dos seus membros e mediante assentimento prévio do Secretário administrativo da Comissão, as reuniões podem ser feitas em outros locais que não em sua sede principal.

Portanto, durante os seus trabalhos, a Comissão é autônoma para decidir se vai realizá-los em sessões abertas ao público ou em portas fechadas. Destarte, pela necessidade de chamar para um amplo debate e a valorização da participação da sociedade civil na resolução dos conflitos e para melhor discussão dos temas e casos que compõem a sua agenda, pode-se optar em convocar os Estados, Movimentos de Libertação Nacional, Organizações Não Governamentais e entidades especializadas, entre outros, com o status de observadores e sem direito de voto nas suas deliberações.

Os trabalhos da Comissão inspiram-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos e dos povos, nomeadamente nas disposições dos diversos instrumentos africanos relativos aos Direitos Humanos e dos povos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da União Africana, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas disposições de outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas e pelos países africanos no domínio dos Direitos Humanos e dos povos, assim como nas disposições de diversos instrumentos adotados no seio das agências especializadas das Nações Unidas (art.60º). A Comissão Africana leva também em consideração, como meios auxiliares de determinação das regras de direito, as outras Convenções Internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados-membros da União Africana, as práticas africanas conforme as normas internacionais relativas aos direitos humanos e dos povos, os costumes geralmente aceitos como constitutivos de direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações africanas, assim como a jurisprudência e a doutrina (art.61º) da Carta.

5.2.2 Competências da Comissão - Generalidades

As competências ou funções da Comissão são exercidas sobre as mais variadas matérias dos Direitos Humanos: promoção dos direitos; órgão de consulta da UA e de outras entidades africanas; iniciativa legislativa em apoio aos Estados; proteção efetiva dos direitos previstos na Carta; cooperação com outras entidades e interpretação do sentido dos dispositivos da Carta.

5.2.3 Atividade promocional da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

A presença deste item neste documento explica-se a partir da apresentação maciça de um contingente populacional na África, como um todo, que carece de conscientização¹⁷⁸ deste dispositivo legal, quanto ao conteúdo e aos mecanismos ali implícitos, necessários à efetivação dos Direitos Humanos. A missão deste órgão da Carta está na pauta de buscar mecanismos para torná-la conhecida por todo e qualquer africano dos Estados-membros, enquanto instrumento ideológico da política de proteção dos Direitos Humanos.

O art. 45º da Carta deixa bem claro os modos em que os membros da Comissão devem agir para que esta promoção de direitos seja de fato realizada no contexto africano. Inicia-se o referido artigo com a ideia de “reunir documentação”, pois, a partir dela, é que as informações serão comunicadas aos Estados-membros e obterão retorno ou interpretações das ocorrências sobre respeito e desrespeito dos Direitos Humanos. Segue o texto dizendo sobre a obrigatoriedade da Comissão de “fazer estudos e pesquisas sobre os problemas africanos nos domínios dos direitos humanos”. Explica-se essa preocupação quando se constata a tradição existente na cultura africana de constante violação dos Direitos Humanos, por intermédio das guerras tribais, dos conflitos políticos, tendo o poder como a causa primeira. De posse dessas informações sobre as causas desses conflitos, buscam-se modos de solução dos problemas pelo diálogo entre os Estados-membros e também as ONGs, que têm uma atuação mais direta com as populações mais carentes, visando um retorno que subsidiará as próprias ONGs e a própria Comissão, através de novas perspectivas lançadas sobre a situação-problema.

Com efeito, sugere o texto sobre a necessidade de “organizar informações, encarregar os organismos nacionais que se ocupam dos Direitos Humanos e, se necessário, dar pareceres e formular recomendações aos governos”. O citado é entendido como mecanismo político de

¹⁷⁸ Nos continentes ou nos países subdesenvolvidos, onde as pessoas não têm a consciência dos seus direitos, ou têm pouca cultura jurídica; nas sociedades onde o direito ou a prática existente tem que ser modificadas, a promoção deve ser privilegiada e assumir um lugar de destaque nas competências do órgão não jurisdicional. Ou seja, num sistema dos direitos humanos, o enfoque pela promoção ou proteção depende da concepção que se tem do direito e dos direitos humanos e da própria realidade concreta de cada espaço geográfico e cultural. [...], É consensual que no continente africano a situação reinante de ignorância dos direitos e da falta de cultura jurídica de litigância requerem uma atenção especial no que toca à divulgação dos direitos e dos mecanismos existentes para a proteção das pessoas (ROSA CÓ, Pedro. *Op.cit.*, 2009,p.116-117).

Nas competências da extinta Comissão Européia dos direitos do homem a atividade promocional específica não fazia parte. A lógica disso se deve ao fato de o nível de conhecimento dos direitos, a cultura jurídica das pessoas e o próprio grau de preparação dos Estados, dispensam uma atividade promocional autónoma da que resulta indiretamente da simples existência e funcionamento da Comissão Européia dos Direitos do Homem. [...], O mesmo não se pode dizer do sistema interamericano. [...], por causa de uma certa semelhança com o continente africano, nomeadamente em termos de nível de cultura jurídica, regime político (não democrático) e nível de desenvolvimento econômico, tem claramente funções promocionais (ROSA CÓ, *Op.cit.*, 2009,p.117-118).

vitalização, em que todas as pessoas e órgãos envolvidos no processo de promoção conhecem as reais situações em que se encontram essas questões.

Percebe-se que a intenção é fazerem-se conhecer, entre todos os membros, as ocorrências sobre Direitos Humanos no contexto das unidades políticas, também em níveis locais e regionais, que compõem a sociedade africana na sua totalidade. Nota-se uma coerência de ação ao iniciar o texto com a reunião de documentos, organização e interpretação de dados e depois, na divulgação dos próprios dados, fazendo-os conhecidos por todos.

Formular e elaborar, com vista a servir de base à adoção de textos legislativos pelos governos africanos, princípios e regras que permitam resolver os problemas jurídicos relativos ao gozo dos direitos humanos e dos povos e das liberdades fundamentais.

A ideia aqui presente respalda-se na colaboração que a Comissão dá aos Estados-membros, quanto a uma assessoria técnica-jurídica e quanto à adaptação de princípios e regras em consonância com a promoção dos Direitos Humanos, frente a uma realidade caracterizada pela desinformação desses mecanismos. Completando este item, estabelece os limites desta atividade, restringindo-se apenas aos Estados-membros e outras organizações reconhecidas pela Organização da Unidade Africana (OUA), fazendo-se entender da exclusão dos demais Estados que não fazem parte deste Pacto Internacional, bem como aquelas organizações não reconhecidas em nível da OUA. “Cooperar com as outras instituições africanas ou internacionais que se dedicam a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e dos povos”.

O vínculo ao Pacto é que garante o subsídio técnico-jurídico de promover os Direitos Humanos pela Comissão; é o pré-requisito básico que se observa, para que os Estados-membros recebam informes sobre procedimentos e métodos de promoção dos Direitos Humanos, e também, interpretação da própria Carta Africana, quanto às suas intencionalidades implícitas na disposição de todos seus órgãos constitutivos. Sendo assim, o art.45º da Carta, ao colocar no seu texto o advérbio “nomeadamente”, visa que se compreenda que, dentre as funções da Comissão de promoção de Direitos Humanos, específica e principalmente, estão as ações elencadas nos itens a), b) e c), que já foram mencionadas ao longo da exposição, configurando-se assim como órgão detentor de autoridade, para fazer interpretação e emissão de pareceres sobre eventuais situações-problemas concernentes aos Direitos Humanos, consubstanciando nas atividades de promoção e consulta dos Estados e ONGs reconhecidas pela União Africana (UA).

Deve-se mencionar que, em face da atividade promocional da Comissão, já foram adotados

vários planos de ação¹⁷⁹. O primeiro foi adotado em 1988, seguindo outro em 1992, que se estendeu até 1996, o terceiro, intitulado Grand Bay, foi elaborado nas Ilhas Maurícias e cobriu todo o período subsequente.

A atividade promocional da Comissão fez-se mais na realização de seminários, colóquios, workshops, relacionados aos Direitos Humanos. Cada comissário é encarregado de fazer a cobertura de um conjunto de países, para efeito de realização de atividades promocionais, elaborando no final relatório que será apresentado à Comissão no início de cada sessão.

Pelo exposto, percebe-se que a atividade promocional da Comissão exige meios humanos e financeiros a serem disponibilizados a favor da mesma, para permitir-lhe a realização da sua tarefa de promoção: realização de estudos, divulgação de informações, deslocação de peritos para apuração dos fatos no terreno. Tudo isso pressupõe que a Comissão deveria dispor de meios avultados e disponibilidade de tempo por parte dos seus comissários para realização dessas atividades. E pelo visto, nota-se que a funcionalidade da Comissão está dependente da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana (OUA), que deve fornecer recursos financeiros, de um lado, e do outro que os membros da Comissão, e a própria Comissão, funcionam em tempo parcial e o desempenho das suas funções de membro é tipificado como acréscimo de responsabilidade, em relação às funções que desempenham regularmente em seus países.

Neste particular, a atividade promocional da Comissão vê-se muito limitada, ficando aquém das expectativas dos cidadãos dos Estados-parte. Este fato evidencia a dificuldade da Comissão em cumprir com a sua missão e prova, mais uma vez, que a questão dos Direitos Humanos na África está longe de ser uma realidade. É preciso que os Estados redobrem seus esforços em prol de uma cultura jurídica, com vista à defesa dos cidadãos e como forma de minimizar a falta de conhecimento dos direitos e mecanismos de sua tutela, quando são violados.

5.3 O PODER DE INTERPRETAÇÃO DA CARTA À LUZ DOS ART. 60º E 61º

A atividade da Comissão não se limita apenas à promoção dos direitos, isto é, fazer com que os cidadãos conheçam os seus direitos e mecanismos de procedimentos quando da sua

¹⁷⁹ ROSA CO, Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.118.

violação. É certo que a Comissão tem também a competência de interpretar a Carta no âmbito da resolução dos conflitos que opõem os Estados-membros entre si e os particulares, bem como no âmbito do art.45º n.º. 3 da Carta.

A atividade interpretativa da Comissão não só abarca as regras gerais de interpretação, em termos gerais, mas também do direito internacional em particular. Os autores da Carta tiveram o cuidado de especificar outras regras e princípios norteadores da atividade interpretativa da Comissão.

Neste particular, a Comissão, nos termos do art.60º da Carta, inspira-se no direito internacional relativo aos Direitos Humanos e dos povos, nomeadamente nos diversos instrumentos africanos que dizem respeito aos Direitos Humanos e dos povos, a Carta das Nações Unidas, entre outros instrumentos relativos aos Direitos Humanos e dos povos. E serve-se de meios auxiliares desta interpretação, aquelas de determinação das regras de direito aplicáveis, bem como as convenções internacionais gerais ou especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados-membros da Organização da Unidade Africana (OUA), as práticas africanas conforme as normas internacionais dos Direitos Humanos e dos povos, os costumes geralmente aceitos como constitutivos de direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações africanas, assim como a jurisprudência e a doutrina (art.61º da Carta).

A liturgia dos Direitos Humanos e da atividade interpretativa da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos povos, previstos nos artigos citados, parece suscitar uma grande controvérsia, em termos de fazer uma interpretação atualista desses mesmos artigos, visto que, a um olhar atento, parecem restritivos seus âmbitos de aplicação. Se não, vejamos: o art.60º estabelece que a Comissão inspira-se no direito internacional geral dos Direitos do Homem, colocando a expressão “nomeadamente”, elencando esses instrumentos de que a Comissão se deve inspirar. Portanto, quando se chega ao âmbito do direito produzido por organizações internacionais especializadas, restringe-se esse âmbito de inspiração a apenas aquelas de que são membros os Estados Africanos.

Portanto, nesta situação, coloca-se a questão da aplicação discriminatória, conforme o Estado seja ou não parte dessa organização especializada, a qual elaborou o instrumento em causa. Também é de excluir, no âmbito do direito das Nações Unidas, aqueles Estados Africanos que não são membros. É inaceitável uma aplicação do direito geral das Nações Unidas e exclusão do direito particular das organizações especializadas, como justificativa do vínculo ao Pacto da Carta Africana. A Carta Africana é um instrumento de aplicabilidade transfronteiriço, em

matéria de defesa dos Direitos Humanos, e não deve ser restringida aos países que a ela se aderiram, bem como àquelas instituições especializadas das Nações Unidas reconhecidas por Estados africanos.

O art.61º parece mais restritivo ainda. Ele coloca o recurso dos meios auxiliares de determinação das regras de direito as outras convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, mas condiciona apenas aquelas cujas regras são expressamente reconhecidas pelos Estados-membros da Organização da Unidade Africana (OUA). Esse caráter condicionador das regras convencionais, a apenas aquelas cujas regras são reconhecidas pelas nações africanas membros da OUA, implica também que as regras costumeiras, jurisprudenciais e doutrinárias estarão sujeitas ao reconhecimento das Nações africanas.

Percebe-se que existe certa incongruência, em termos de leitura e interpretação deste preceito, quando ele deixa entender que as regras constantes nas convenções gerais e especiais devem ser reconhecidas, expressamente, pelas nações africanas e que, ao contrário disso, a jurisprudência e a doutrina não devem seguir o mesmo mecanismo. Mais difícil ainda, quando se tratar de doutrina e jurisprudência refletidas nas referidas convenções gerais ou especiais.

Portanto, verifica-se que a própria Comissão Africana e alguma parte da doutrina servem-se destes artigos citados para fazer uma interpretação mais modernizada da Carta, quer na forma de preenchimento das suas lacunas procedimentais, quer para estender o leque dos direitos previstos, mostrando-se certa ousadia da Comissão na interpretação da Carta.

É nesse particular que, segundo Rosa C^ó¹⁸⁰, se chega, inclusive, a quase dispensar a revisão da Carta, quando faz o uso dos referidos artigos para admitir expedientes que deveriam ser excluídos. A Comissão, por exemplo, admite direitos não previstos na Carta. Transformou a análise das Comunicações dos particulares num expediente normal e não excepcional, como pretende o art. 55º conjugado com o art. 58º, ambos da Carta, e faz recomendações aos Estados sobre qualquer comunicação particular, independentemente da gravidade da violação, contrariando o espírito do art. 58º da Carta.

¹⁸⁰ ROSA CO. *Op.cit.*, 2009,p.125.

5.3.1 Atividade de garantia e de proteção dos Direitos Humanos pela Comissão

A atividade promocional da Comissão, como analisado (supra), tem uma natureza preventiva, visando a prevenir as violações futuras dos Direitos Humanos, ao passo que a atividade de proteção tem como fins a reposição da situação que existiria se não tivesse ocorrido a violação, ou seja, pretende-se com essa atividade repor a ordem ou a legalidade quebrada.

Portanto a Comissão, no exercício de funções de proteção dos Direitos Humanos, pratica duas atividades principais: a de análise dos relatórios periódicos dos Estados-membros e a de comunicações individuais ou particulares.

5.3.2 Princípios de admissibilidade das comunicações entre a Comissão e os Estados-membros

O princípio ou o processo¹⁸¹ de admissibilidade das comunicações entre os Estados-parte e a Comissão tem duas fases: précontenciosa e contenciosa. A abordagem deste item não vai seguir esta lógica, pois optou-se por uma análise mais genérica, sem, no entanto, perder de vista o conteúdo das duas fases.

A partir da compreensão de que a Comissão é um órgão político e ‘quase judicial’ (supra), que superviona as atividades dos Estados quanto à matéria do cumprimento das disposições da Carta, cabe a ela o uso de métodos de investigação compatíveis com cada situação, visando a compreensão exata do fato, assim posicionando-se frente a ele. Com isso, pode-se recorrer desde o Secretário-Geral da Organização da Unidade Africana (OUA) até mesmo “qualquer pessoa que possa esclarecê-la”.

Tratando-se da situação da violação dos Direitos Humanos, qualquer “pessoa” pode estar na posse de informações fidedignas e necessárias à precisão de fatos, podendo assim auxiliar a Comissão no desempenho das suas funções. Diferentemente do artigo anterior, que resguarda o vínculo aos Estados-membros e às Organizações reconhecidas pela OUA e que atuam no domínio dos Direitos Humanos, agora estende esta relação para toda e qualquer pessoa de

¹⁸¹ [...],o processo entre os Estados tem duas fases – pré-contenciosa e contenciosa. O pai da Carta, Keba Mbaye, utiliza as expressões “comiunication-negociation” (comunicação-negociação) e communication-plainte (comunicação-queixa). Esta terminologia, segundo diz o próprio autor foram depois adotadas pela Comissão no seu Regulamento Interno (ROSA CÓ apud M’BAYE, *Op. cit.*, 2009,p.137).

direito que seja solicitada a depor sobre o fato. Há uma abrangência maior neste sentido de atuação da Comissão, quando se sente a necessidade de informações precisas.

Entre os Estados-parte, o artigo 47º da Carta determina que um deles, percebendo o desrespeito a um dos princípios de Direitos Humanos previsto na Carta ou outros instrumentos a ela conexas, deve, de imediato, comunicar por escrito ao Estado infrator do fato e aguardar resolução dentro do prazo de 90 dias (vide art. 89º do Regulamento Interno da Comissão). O Regulamento Interno da Comissão vai ainda mais longe e define os requisitos que a comunicação ao Estado, suposto violador das disposições da Carta, deve obedecer. Deve ser por escrito, fazendo uma descrição detalhada e completa dos fatos denunciados, bem como a indicação das disposições da Carta consideradas violadas (n.º2 do art. 88º RI). Esta análise corresponde à fase précontenciosa.

Passado esse prazo, e não tendo o Estado infrator dado um posicionamento sobre a ocorrência, deve o Estado denunciante recorrer à Comissão, que já terá tido conhecimento prévio da ocorrência, pois no momento em que deu comunicação ao seu Estado parceiro, enviou uma cópia ao presidente da Comissão e ao Secretário-Geral da OUA com o intuito de fazer-lhes cientes da existência desta relação conflituosa. Ou seja, o art.47º formaliza a comunicação entre os Estados-parte a partir da comunicação escrita do Estado-membro, que constata violação dos dispositivos da Carta ou dos regulamentos por parte de outro Estado-membro, aguardando no prazo de 90 dias a solução e, passado esse tempo e percebendo a negligência do seu parceiro, deve comunicar através da notificação à Comissão (vide art. n.º 1 do art. 90º do Regulamento Interno (RI)).

O art.48º complementa o disposto no art.47º, quando afirma da possibilidade dos Estados em conflito buscarem soluções amistosas ou pacíficas, constatada a impossibilidade de um acordo bilateral, podendo a Comissão lançar luz sobre o fato na busca de um acordo, entrando já o processo na fase contenciosa. Enquanto isto, o art.49º retoma o conteúdo do art.47º ao dizer da possibilidade de qualquer Estado recorrer diretamente à Comissão, constatada a impossibilidade de um acordo imediato entre os Estados em conflito. A formalização se dá à Comissão “mediante comunicação endereçada ao seu Presidente, ao Secretário-Geral da OUA e ao Estado interessado”. Aqui a mobilização se realiza em três instâncias de poderes, caracterizando assim a gravidade da violação dos Direitos Humanos realizada e passível de correção imediata (vide o n.º1 do art.91º do Regulamento Interno da Comissão).

O ato de deliberar sobre uma questão, por parte da Comissão, só poderá ocorrer depois de constatada a ineficácia dos recursos internos e transcorrido o prazo estabelecido. É o que reza o conteúdo do art.50º sobre a deliberação da Comissão.

O levantamento das provas está formalizado no art.51º, que diz do direito que cabe à Comissão de solicitar dos Estados-parte “informações pertinentes”, desde a emissão de relatórios até mesmo depoimentos orais de pessoas envolvidas no fato (vide o nº1 e 2 do art.100º do Regulamento Interno da Comissão).

A comunicação à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo formalizar-se-á depois de ser constatado que todos os recursos foram esgotados para um acordo, sem que uma solução satisfatória fosse encontrada. A Comissão, estabelecendo um prazo de 90 dias, emite “relatório descrevendo os fatos e as conclusões a que chegou”.

Enviado o relatório da Comissão à Conferência de Chefes de Estado e de Governo, deve esta manifestar o posicionamento da própria Comissão sobre o caso em conflito, que pode ser favorável ou desfavorável, considerando-se que ela é o órgão máximo da Carta no capítulo da promoção, da proteção e da garantia e salvaguarda da mesma, conforme o art.54º. Por extensão, cabe à própria Comissão submeter a emissão de relatórios, conforme fizer-se necessário nas sessões ordinárias da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo.

5.3.3 Das Comunicações providas de indivíduos e organização não governamentais

A Carta Africana determina que a Comissão deve proceder elaborando uma lista, contendo as pautas ou queixas que determinam a violação dos Direitos Humanos entre países-membros do Pacto ou mesmo outros que não fazem parte dele, porém tenham praticado ações de desrespeito aos Direitos Humanos. Isto posto, comunica aos Estados em questão das ocorrências para que esses mesmos se posicionem frente à acusação. Ouvidas as partes, a Comissão faz a apreciação elaborando parecer conforme “a maioria absoluta dos seus membros”.

Os critérios postos no art.56º sobre as comunicações referendadas no art.55º da Carta abarcam os seguintes pontos: 1º identificação do autor¹⁸²; 2º deve estar em consonância com a proposta

¹⁸² A identificação dos autores vai permitir que a Comissão afere da sua legitimidade ativa nos termos da Carta, saiba o seu status, o seu endereço para efeito de contactos futuros, nomeadamente para solicitar informações

da Carta da OUA e da própria Carta Africana; 3º respeitar a integridade física e moral das instituições; 4º retratar fatos reais e não apenas aqueles veiculados através das mídias; 5º recorrer à Comissão somente depois de exauridas as possibilidades de consenso interno; 6º estabelecer uma razoabilidade no prazo, considerando as consequências advindas de cada questão; 7º respeitar o princípio da litispendência internacional¹⁸³. Observar também os mesmos requisitos no art. 115º do Regulamento Interno da Comissão (RI).

Enquanto o artigo, anteriormente citado, traz as diretrizes procedimentais de cunho normativo, entre a Comissão e as entidades que recorrem à mesma em busca de soluções, devido às violações dos seus direitos, o art.58º trata de procedimentos comunicativos entre a própria Comissão e a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, fundamentando-os no seguinte elemento: constatada a gravidade do fato, a Comissão deve informar à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo. Ciente do fato, esta retorna à Comissão instruindo-a no sentido de elaborar uma análise mais acurada da ocorrência, seguida de um posicionamento técnico da própria Comissão, devendo esta declarar a viabilidade de elaboração do estudo ou não, conforme o “caso de urgência devidamente constatada”.

Essas são as chamadas medidas provisórias ou intercalares, medidas imediatas, que a Comissão ordena a um Estado para interromper ou prevenir a violação dos Direitos Humanos. Essas medidas são chamadas assim porque visam acautelar a consumação da violação dos Direitos Humanos, e são imediatas, porque são tomadas antes da decisão final sobre o fato. Em uma situação de emergência, ou seja, quando está eminente a ocorrência de uma violação dos direitos, a Comissão pode exigir que o Estado tome essas medidas provisórias para evitar qualquer violação. A título de exemplo, a Comissão pode solicitar a um Estado-membro não aplicar a pena de morte a uma pessoa ou não mandar alguém para um país onde a sua vida possa estar em risco.

Outro aspecto tratado quanto às comunicações diz respeito à questão da confidencialidade e divulgação de resultado entre a Comissão e a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo. Inicialmente, todas as medidas descritas até agora devem ser mantidas em sigilo entre essas duas instâncias, somente rompendo-se este princípio a partir de análise feita pela Conferência de Chefes de Estado e de Governo na posse da Comissão. É neste momento que a

suplementares, e ainda para se assegurar do seu interesse em continuar o processo (ROSA CO. *Op.cit.*, 2009, p.159-160).

183 O ne bis in idem é um princípio geral da justiça, que proíbe que as pessoas sejam julgadas mais do que uma vez pelos mesmos fatos (§ 7º do art.56º da Carta). A proibição dessa duplicidade visa também evitar que haja eventual contradição de pronunciamentos de entidades internacionais sobre o mesmo assunto (ROSA CO, *Op.cit.*, 2009, p.177).

Comissão decide pela divulgação dos fatos e das medidas tomadas.

As atividades da Comissão trazem, subjetivamente em suas práticas, elementos que estruturam a sua formalização enquanto organismo da Carta Africana. Sendo assim, o conteúdo dos Tratados Internacionais versa sobre Direitos Humanos e dos povos de reconhecida importância internacional. Neste caso, a Comissão inspira-se no direito internacional relativo aos Direitos Humanos e dos povos, nomeadamente nas disposições dos diversos instrumentos africanos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da Organização da Unidade Africana, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas disposições de outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas e pelos países africanos, assim como nas disposições de diversos instrumentos adotados no seio das agências especializadas das Nações Unidas, de que são membros as partes na presente Carta (art.60º).

Servindo-se de meios auxiliares para a resolução de litígios, a Comissão, por meio do art. 61º da Carta, serve-se dos seguintes instrumentos: [...], as outras convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados membros da Organização da Unidade Africana, as práticas africanas conformes às normas internacionais relativas aos direitos humanos e dos povos, os costumes geralmente aceitos como constituindo o direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações africanas, assim como a jurisprudência e a doutrina. Por último está o princípio do comprometimento de cada Estado-membro em manter informada a Comissão relatando atividades que proporcionam a conscientização e aplicação dos Direitos Humanos em seu território, legitimando assim a razão de ser e existir da própria Carta.

De acordo com o novo regimento da Comissão, adotado em fevereiro de 1988, distingue-se dois tipos de comunicações de indivíduos: uma apresentada por um indivíduo que alega ser vítima de uma violação de um dos direitos previstos na Carta, e outra comunicação apresentada por um indivíduo da “União Africana”, alegando uma situação de violação grave ou massiva dos Direitos do Homem e dos povos.

Vale enfatizar que este sistema de comunicação não tem por objeto remediar as violações individuais dos Direitos do Homem, pois a própria Carta, no artigo 55º, estabelece que as denúncias constarão de uma lista de comunicações similares, que serão transmitidas aos membros da Comissão que têm a competência para indicar quais são as comunicações a serem levadas em conta, ou seja, a Carta não prevê um tratamento individual de petições admissíveis.

5.4 DAS DELIBERAÇÕES DA COMISSÃO

A deliberação da Comissão é resultante de um processo que se inicia com a reunião de todas as informações colhidas pelas partes, dando assim como resultado um relatório sobre a questão em litígio. Isto é implementado a partir do assessoramento dado por três comissários, na forma prevista no nº1 do artigo 120º do Regulamento Interno (RI). Em outras palavras, estas pessoas têm a mesma função do relator na arte judicial interna. A eles competirá estruturar um projeto que apresente os elementos essenciais de um processo, no sentido pleno do termo, e que, posteriormente, levará ao conhecimento da Comissão para efeito de apreciação, em vista das razões essenciais do próprio relatório e para deliberação final, que pressupõe uma aprovação de uma maioria simples dos membros da Comissão, conforme o conteúdo do nº1 do art.62º do Regulamento Interno (RI).

Em outras palavras, pode-se dizer que, chegando o processo à Comissão, a providência inicial a ser tomada é elaboração de um relatório que apresentará uma descrição minuciosa dos fatos e ocorrências, visando a apreensão plena da realidade dos fatos, dando-se, em seguida, o veredito final sobre a questão.

Existe a possibilidade de que a deliberação final possa ser considerada passível de alteração e, para tal, propõe-se de que as alterações sofram divisões em partes também, consideradas como exigências de uma das partes, podendo ser rejeitada a proposta na sua totalidade (art.66º do Regulamento Interno (RI)).

Variável é a essência ou conteúdo das deliberações da Comissão, em vista do que foi proposto pelo texto da Carta, havendo certa arbitrariedade por parte da Comissão sobre suas deliberações. É contestada esta postura por não se respaldar no conteúdo da Carta.

Aos comissários é dado o direito de desistência perante a deliberação da Comissão, bastando-lhe um voto, por escrito, fundamentando suas razões da opção, respeitando assim, um costume judicial em esferas de poder nacional e internacional em matéria de julgamento dos casos concretos.

O período de confidencialidade de todas as matérias tratadas pela Comissão, prevista na Carta, compreende desde o início da investigação até que seja deliberada, independentemente do que foi decidido pela Comissão, pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo - órgão como autoridade máxima na deliberação da Comissão, como se verá em frente. É o que prevê os § 1º e 2º do art.59º da Carta. Declarada a sua decisão final, ela é remetida à

Comissão que procederá a sua publicação, conforme o previsto no §3º desse artigo em discussão.

Portanto, todo e qualquer documento que tenha subsidiado a cominação da decisão final deve ser publicado com o intuito de fazer ciente toda e qualquer pessoa que tenha interesse sobre o fato e que também sirva como referencialidade para julgamentos futuros.

5.4.1 Natureza jurídica das deliberações da Comissão

Tanto no âmbito promocional, quanto no âmbito de proteção, a Comissão revela um caráter de órgão com funcionalidade mista, considerando ter uma natureza política enquanto órgão de divulgação da Carta, e natureza judicial verificável pela tomada de decisões relacionadas à proteção dos Direitos Humanos. Porém, na atividade promocional, ela é semelhante a um órgão administrativo, ao promover a simples divulgação dos Direitos Humanos previstos na Carta, ao apoiar os Estados-membros na elaboração de legislação, ao cooperar com outras entidades que tenham como finalidade a promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Enquanto função protetiva, a Comissão realiza a justiça material porque utiliza, conseqüentemente, critérios materiais de justiça nas suas deliberações, em atividades relacionadas à proteção dos Direitos Humanos, especificamente em contexto de comunicações de particulares ou individuais.

Percebe-se que a Comissão exerce o papel intermediador, nos casos de processos entre os Estados, ao elaborar a descrição de fatos e conclusões dando sugestões de conciliação entre os Estados em questão. Apesar disto, a Carta, em seu art.53º, reza que os relatórios da Comissão são desprovidos de força obrigatória, sendo uma simples constatação, manifesta através de descrição de fatos e conclusões chegadas ou simples recomendações, caso obedeçam aos termos previstos na Carta através do art.53º parte final.

A grosso modo, pode-se afirmar que a Comissão faz constatação dos fatos, produz relatórios em formas de recomendações a serem submetidos à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA, enquanto órgão político da Carta, com força de exigir dos Estados membros o cumprimento das recomendações, como também aplicar sanções legais, com o objetivo de corrigir a violação da Carta, ou como o pagamento de uma compensação ou realização de uma restituição.

5.4.2 Mecanismos de execução das deliberações da Comissão

As deliberações da Comissão são executadas a partir do mecanismo de aprovação do seu relatório pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA, que emite o parecer final e em seguida é retomado o processo à Comissão, que providenciará a divulgação do resultado final, fazendo cumprir os ditames da lei que prevê alternativa, podendo ser o pagamento de uma compensação ou restituição de uma situação, conforme o caso.

Não existindo, inicialmente, o Tribunal Africano de Direitos Humanos - que só veio a ser instituído pelo Protocolo de Adisa-Beba (Etiópia) de 2004 -, as deliberações eram executadas via Comissão e, posteriormente, pela autoridade da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, como órgão com mecanismos capazes de exigir dos Estados o cumprimento das decisões da Comissão. O papel da Conferência no processo das deliberações da Comissão será analisado no próximo item.

5.4.2.1 O papel da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo na execução das deliberações da Comissão

A descrição feita acima sobre os mecanismos de execução das deliberações da Comissão demonstra que, em princípio, devem ser aprovadas pela Conferência de Chefes de Estado e de Governo para poderem receber um cunho de força para efeito de execução, dado que o sistema africano, previsto na Carta, não tem nenhum mecanismo de execução com força obrigatória das deliberações da Comissão. Sendo assim, a única alternativa encontrada é o envio do relatório à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo para efeito de aprovação e de exercício de pressão aos Estados-membros, no sentido de obrigá-los a cumprir essas deliberações. Portanto, as deliberações são inseridas nos relatórios das atividades da Comissão, submetidos à Conferência nas suas sessões ordinárias, conforme previsto nos artigos 53º e 54º da Carta.

Percebe-se que os relatórios enviados, com as deliberações, à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo para efeito da aprovação não mudam de natureza; elas mantêm a mesma natureza de meras recomendações ou exortações, visto que a Conferência de Chefes de Estado e de Governo não é um tribunal e nem é órgão de execução capaz ou com poder de

transformar as deliberações da Comissão numa sentença. Apenas verifica-se que, depois de aprovadas, recebem uma força política derivada da autoridade política da Conferência, capaz de fazer com que os Estados cumpram essas recomendações, sendo, também, que ela é o último órgão responsável pelo cumprimento das recomendações da Comissão.

Perante esta situação de ausência de um órgão de monitoramento das recomendações da Comissão e da falta de um meio processual de execução no seio do sistema africano, a dificuldade aumenta ainda mais quando, um ou outro Estado se recusa, voluntariamente, a cumprir essas recomendações. Portanto, a alternativa possível é de a Conferência exercer pressão, chamando atenção aos Estados sobre a necessidade de cumprir as deliberações da Comissão, como forma de manter estável a efetividade da Carta na defesa dos Direitos Humanos.

Portanto, considerando a situação de dependência política e econômica dos países africanos face à comunidade internacional, no que concerne ao fornecimento das ajudas para a reconstrução das economias nacionais, os países africanos sentem-se constrangidos perante uma condenação internacional, fato este que os obriga a acatar uma deliberação desta natureza. Por outro lado também, considerando a cultura africana de não recurso aos tribunais para efeito de resolução de conflitos, gera-se uma sensibilidade em matéria de condenação. Deste modo, abre-se o caminho a um possível cumprimento dessas deliberações da Comissão.

Outra dificuldade de cumprimento das deliberações da Comissão prende-se ao fato de não ser a própria Comissão a publicar suas deliberações logo que são produzidas, pois que o ato de aprovação e publicação pela Conferência de Chefes de Estado e de Governo e de eventual pressão sobre o Estado condenado é muito fraco. Este lapso temporal acaba fazendo com que uma decisão perca sua força obrigatória. Mas, ao contrário disso, a Comissão tem desenvolvido uma prática própria em matéria de execução das suas deliberações. Logo que é aprovado seu relatório de atividade pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, no que respeita as matérias dos Direitos Humanos previstos na Carta, a Comissão envia imediatamente um aviso ao Estado condenado, alertando-lhe sobre a necessidade de cumprir com as suas obrigações assumidas nos termos do art.1º da Carta, que reza o seguinte: “Os Estados-membros da Organização da Unidade Africana (OUA), partes na presente Carta, reconhecem os direitos, deveres e liberdades enunciados nesta Carta e comprometem-se a adotar medidas legislativas ou outras para os aplicar”.

Apesar desta técnica, é ciente que a cultura tradicional¹⁸⁴ africana de resolução de conflitos por via amigável, através do conselho de anciões da comunidade, da etnia, do clã, é refletida na concepção africana dos Direitos do Homem adotada na Carta, o que demonstra que deve imperar o princípio de boa fé entre os Estados no cumprimento das suas obrigações. Portanto, deve-se entender que a África de hoje está muito distante da África tradicional de ontem, e que os valores atualmente existentes são frutos da assimilação da cultura europeia deixada durante a colonização, o que leva o africano a litigar como se litiga no ocidente, deixando aquela forma tradicional de conciliação amigável.

As questões dos Direitos Humanos são muitos sensíveis, mexem com a dignidade da pessoa humana e devem ser tomadas decisões convenientes e justas com força obrigatória para levar os grandes violadores (Estados) a cumprirem as suas obrigações.

Pelo exposto, evidencia-se a fragilidade do sistema africano de proteção dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, sua incapacidade de cumprir com os objetivos de promoção e proteção dos direitos humanos na África. Tanto a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA, como a Comissão Africana não têm poderes para fazerem vincar as suas decisões, visto que são órgãos políticos e não judiciais em matéria dos Direitos Humanos no sistema africano. Esta lacuna de falta de um órgão jurisdicional no seio da Carta levou à criação do tribunal africano em 2004, como forma de dar mais “garras” e “dentes” ao sistema africano.

Apesar destes constrangimentos, acredita-se que a boa vontade e o bom senso vão permitir que os africanos e, principalmente, os dirigentes se conscientizem sobre a problemática dos Direitos Humanos, só com a proteção da pessoa humana pode-se levar a África ao desenvolvimento. Por outro lado também, é preciso o apoio da comunidade internacional, dos países ex-colonizadores, porque continuaram a ter influência sobre políticas das suas ex-colônias e, muitas vezes, não contribuíram para a estabilidade e paz dentro dos territórios africanos.

É preciso também a reestruturação dos regimes políticos democráticos instituídos na África, visto que estes modelos importados do ocidente não correspondem às estruturas de poder tradicionais, que agora existem na África. É preciso moldar a democracia ao modelo social tradicional africano e não àquele das estruturas da sociedade europeia. Só assim a África pode

¹⁸⁴ A ideia de que na cultura africana os problemas se resolvem de forma amigável, e que não era preciso criar um órgão jurisdicional, porque o africano tradicional não litiga judicialmente, justificam o caráter não obrigatório das deliberações da Comissão, e a ausência de um meio de execução forçada (ROSA CÔ, Pedro. *Op.cit.*, 2009,p.191).

livrar-se das amarras do subdesenvolvimento.

Os conflitos políticos militares, que assolam quase todos os países africanos, devem-se à falta de estruturas políticas sólidas capazes de permitirem a alternância de poder através do sufrágio universal (voto) democrático, que é a única forma de atender à vontade do povo expressa nas urnas.

5.5 A CORTE AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

O sistema africano de proteção dos Direitos Humanos e dos povos, previsto na Carta Africana, não estabeleceu, no seu texto original¹⁸⁵ de 1981, uma Corte Africana como órgão judicial encarregado de funções jurisdicionais em nível do continente africano. Esta missão tinha sido confiada à Comissão Africana enquanto órgão político e ‘quase judicial’(supra), que desde sempre se ressentiu do apoio de uma Corte para poder cumprir as suas tarefas de promoção e de proteção dos Direitos Humanos na África. Esse vazio de um órgão tão importante na resolução dos conflitos criou dificuldades no seio do sistema africano, que sem “garras” e “dentes” não podia responder às exigências de constantes e graves violações de Direitos Humanos dentro do continente.

O argumento de não constar a Corte no texto original da Carta prendia-se à forma tradicional de resolução dos conflitos na África - por via de mediação e conciliação, e não pela via de recurso aos tribunais -, função essa que podia ser exercida pela Comissão Africana. Um outro argumento apontava também que a criação de uma Corte supranacional poderia ser vista como uma ameaça à soberania dos novos Estados Africanos independentes.

A ideia da criação de uma Corte Africana de direitos humanos foi fortemente influenciada¹⁸⁶ pelas ONGs do continente, que sempre tiveram um papel importante nos trabalhos da Comissão, bem como da Anistia Internacional e da Comissão Internacional de Juristas. Essas instituições imprimiram uma dinâmica, no sentido de dotar o sistema africano de uma Corte, capaz de proteger os direitos dos cidadãos e coadjuvar a Comissão nas suas funções. Como

¹⁸⁵ Diversamente da Convenção europeia e da Convenção Americana, a Carta Africana não estabeleceu, em sua redação original de 1981, uma Corte Africana, mas tão-somente a Comissão Africana, sem o poder de adotar decisões juridicamente vinculantes (PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.128).

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.128.

sustenta Julia Harrington¹⁸⁷:

[...], que os líderes africanos ao concordarem em princípio com o estabelecimento da Corte, eles aceitaram que o sistema de direitos humanos necessitava da maior formalidade, maior legalismo, mais força, mais ‘dentes’. Daí a criação da Corte Africana, como órgão jurisdicional supranacional aprimorar e fortalecer os mecanismos de proteção dos direitos previstos na Carta, uma vez que a Comissão tem sido vista mais como órgão de promoção, mediação e reconciliação e, no máximo, como órgão ‘quase judicial.

Após os trabalhos preparatórios em 1998, foi adotado um Protocolo adicional à Carta Africana visando à criação da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em Addis-Abeba (Etiópia). O Protocolo entrou em vigor em Janeiro de 2004, com a ratificação do seu instrumento de depósito, nos termos do artigo 34º do referido Protocolo. Vale salientar que dos 53 Estados-partes da Carta Africana apenas 21 haviam ratificado o mesmo Protocolo em 2005.

O preâmbulo do referido Protocolo estabeleceu que a Corte tem, por finalidade, fortalecer a proteção dos Direitos Humanos e dos povos, consagrados na Carta Africana, de forma a conferir maior eficácia à atuação da Comissão Africana. Textualmente, a missão da Corte é “complementar e fortalecer as funções da Comissão Africana dos Direitos do Homem”.

A Corte Africana de Direitos Humanos é composta por 11 membros entre juristas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos e dos povos. Estes membros devem ser naturais dos Estados Africanos, não devendo haver dois juízes da mesma localidade, situação igual à da composição da Comissão Africana. Devem atuar a título pessoal e não governamental, com independência em relação aos Estados, ter um mandato de seis anos e possibilidade de apenas uma renovação, trabalhar em tempo parcial, exceto o presidente, que trabalha em tempo integral, sendo eleitos em escrutínio secreto pela Assembléia dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana.

Ainda quanto à composição da Corte Africana, o Protocolo estabelece que deve ser levada em conta a representação das principais regiões da África e de suas tradições legais, bem como a questão de gêneros (art. 14º, §2º e 3º, do Protocolo).

¹⁸⁷ HARRINGTON, Júlia. «The African Court on Human and People’s Rights», *in* The African Charter on Human Rights and Peoples’ Rights. The system in practice, 1986 – 2000, Edited by Malcolm D. Evans and Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Melbourne/Cape Town/Singapore/São Paulo/, 2004, P.305.

5.5.1 Competências da Corte Africana dos Direitos Humanos

Quanto às suas competências, tal como as Cortes Europeia e Americana, a Corte Africana comporta duas ações: consultiva e contenciosa. A competência consultiva da Corte Africana consiste na emissão de opiniões consultivas a respeito da interpretação das disposições da Carta ou de qualquer outro instrumento relevante de Direitos Humanos, seja por solicitação dos Estados da União Africana, da própria União Africana e de seus órgãos ou de qualquer organização africana por ela reconhecida (art.4º do Protocolo).

Em relação à competência contenciosa, esta poderá apreciar casos submetidos pela Comissão Africana, por Estados ou por organizações intergovernamentais africanas nos termos do artigo 5º do Protocolo. No que concerne aos indivíduos e ONGs, existe uma cláusula que reza o seguinte: que só podem ter acesso à Corte quando houver uma declaração formal por parte do Estado de onde pertencem para este fim nos termos do(artigo 5º §3º e 34º,§6º do Protocolo); caso contrário, não têm acesso direito à Corte. Essa situação é pouco semelhante à da Corte Americana, que não dá acesso a indivíduos e organizações não governamentais. Nesse domínio, a maior parte dos países africanos signatários da Carta não elaboraram essa declaração; apenas Burkina Faso o fez em 2005.

Quanto à solução dos conflitos, a Corte Africana tem privilegiado soluções amistosas entre os peticionários. Ao contrário das outras Cortes, ela admite provas escritas e orais, bem como a realização de audiências. Preconiza também a realização de investigação nos países membros, com vista à apuração das denúncias formuladas, bem como a ordenação de medidas justas de solução do conflito, incluindo o pagamento de uma justa indenização (§ 1º do art.27º do Protocolo).

A Corte Africana, diferentemente da Corte européia e semelhante à Corte americana, tem poderes de tomar medidas cautelares com vistas a evitar danos irreparáveis, quando houver situações de extrema gravidade e urgência, previsto no (§ 2º do artigo 27º do Protocolo).

Inspirado no modelo do sistema europeu, a nova sistemática adotada pelo novo Protocolo adicional à Carta instituiu o Conselho de Ministros como órgão supervisor das decisões da Corte, sob o abrigo do §2º do artigo 29º do Protocolo. A Corte também é solicitada a fornecer informações, sob a forma de relatórios anuais, para a Assembleia Geral da União Africana sobre os Estados que não cumpriram suas decisão (artigo 31º do Protocolo).

5.5.2 Do cumprimento das decisões da Corte pelos Estados-parte

Sobre a matéria do cumprimento das decisões da Corte por parte dos Estados Africanos refere-se uma declaração do comissário africano, Mumba Mahla, quando da realização da 40ª sessão ordinária da Comissão em Banjul (Gâmbia), durante uma entrevista concedida à imprensa no dia 26 de novembro de 2006, que disse o seguinte:

“Com o estabelecimento do Tribunal Africano¹⁸⁸ dos Direitos Humanos e outros mecanismos da União Africana há indicações de que as violações dos Direitos Humanos com impunidade no continente vão acabar”. “Os violadores dos Direitos Humanos vão pagar o preço e os seus dias estão contados. O fim é iminente”.

Partindo das declarações deste alto responsável por um órgão tão importante na defesa dos Direitos Humanos no Continente Africano, resta apenas questionar o seguinte:

1. A África é um continente muito fértil de exemplos práticos de violações de Direitos Humanos, bem como de casos de impunidade. Afinal, quem tem coragem de contrariar os ditadores que abundam no dirigismo do Continente Africano?
2. Considerando ainda que, em cada Estado, em particular onde as estruturas não atuam sobre a quem de direito - por exemplo, sobre o poder violador de direitos humanos - como é possível um mecanismo continental de justiça, que é muito dependente de decisões políticas de entidades que reúnem o poder ditatorial no continente africano, fazer com que estas entidades cumpram as medidas que elas mesmas (dirigentes da União Africana) criaram e que desconsideram?
3. Como pode um Tribunal Africano, meramente legitimado pelo ato constitutivo da União Africana, julgar e punir o grande violador dos Direitos Humanos na África, neste caso o PODER, quando as estruturas nacionais, que deviam ter legitimidade de serem órgãos de soberania deixam-se manipular pelo poder político e militar?

São estas, entre outras, as questões que explicam como funciona o Tribunal Africano de Direitos Humanos e como é que as suas decisões são acatadas pelos grandes violadores dos Direitos Humanos na África. Não existe uma autonomia funcional do Tribunal Africano em relação à União Africana, entidade da qual depende financeiramente para o seu funcionamento. Não existe uma relação estreita entre a Corte Africana e a Comissão Africana

¹⁸⁸ Declarações de MUHLA, Mumba, membro da Comissão africana dos direitos do Homem e dos Povos. Disponível em WWW.dedinho.org (acesso 12 /06/09).

de Direitos Humanos e dos Povos, situação que não favorece a efetivação e maior eficácia do sistema na proteção dos direitos humanos na África.

A falta de cultura jurídica pelo respeito aos Direitos Humanos, somada às democracias incipientes em fase de consolidação na África contribuem para a fragilidade do sistema africano em cumprir a sua nobre missão de proteção dos Direitos Humanos, num continente onde existem muitos regimes ditatoriais violadores desses direitos e que também influenciam no não cumprimento das decisões da Corte.

É preciso dar maior independência e amplos poderes à Corte Africana para poder exercer cabalmente as suas funções. É inadmissível um órgão de tamanha importância, não poder efetivar ou executar as suas decisões, devido a sua dependência funcional e financeira da União Africana. Portanto, é preciso que os líderes da União Africana repensem a filosofia da proteção dos Direitos Humanos na África; só assim será possível restabelecer a proteção dos direitos previstos na Carta.

No quadro do processo de integração econômica e financeira, em nível das sub-regiões africanas, existem outros tribunais comunitários¹⁸⁹ que também aplicam as normas de direitos humanos, inclusive os dispositivos da Carta Africana. São, neste caso, o Tribunal de Justiça da União Africana, o Tribunal de Justiça da Comunidade dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), o Tribunal de Justiça da União Econômica e Monetária da África Ocidental (UEMOA) e o Tribunal de Justiça do Mercado Comum dos Estados do Leste e Sul da África.

As decisões desses tribunais têm eficácia em nível das esferas jurídicas das respectivas organizações econômicas, sendo que, em plano secundário, são analisadas as matérias dos Direitos Humanos no âmbito das suas competências *ratione materiae*.

¹⁸⁹ GINO J. Naldi. Future trends in human rights in Africa: the increased role of the OAU? The African Charter on Human Rights and Peoples' Rights. The system in practice, 1986 – 2000, Edited by Malcolm D. Evans and Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Melbourne/Cape Town/Singapore/São Paulo/, 2004, p. 13.

6 SISTEMA AFRICANO E OUTROS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O propósito neste capítulo é fazer uma abordagem comparativa entre o sistema africano e os sistemas europeu e interamericano de proteção dos Direitos Humanos, destacando as semelhanças e diferenças existentes entre eles.

6.1 SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Continente Europeu e o seu Conselho da Europa apresentam-se mais desenvolvidos em matéria da proteção dos Direitos Humanos em relação aos outros continentes e outros sistemas. Isto se mostra na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

A necessidade de proteção dos Direitos Humanos na Europa decorreu após a Segunda Guerra Mundial, devido às grandes atrocidades perpetradas no decurso desta guerra contra a pessoa humana, como explica Piovesan¹⁹⁰:

[...], nasce como resposta aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial, com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana. Tem ainda por vocação evitar e prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos, significando a ruptura com a barbárie totalitária, sob o marco do processo de integração europeia e da afirmação dos valores da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos.

A liturgia dos Direitos Humanos, na Europa, deu-se com o processo de integração que constituiu o cerne na sua afirmação e efetivação. Esse processo permitiu agrupar pela primeira vez os países vencidos e vencedores da Segunda Guerra Mundial numa mesma organização e possibilitou ultrapassar os grandes antagonismos políticos existentes entre os países europeus, principalmente entre a Alemanha e a França. A Europa, dos seis Estados em 1951¹⁹¹, hoje

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.63.

¹⁹¹ Em 1951, foi assinado em Paris o Tratado da CECA (Comunidade Econômica de Comércio de Carvão e Aço) que integra seis (6) países: A França, a Alemanha, Itália, Bélgica, Luxemburgo e os Países Baixos. Tem como objetivo, introduzir a livre circulação do Carvão e do Aço, bem como o livre acesso as fontes de produção. Além disso, uma alta Autoridade comum assegurava a vigilância do mercado, e a transparência dos preços. Este Tratado esteve na base das atuais instituições da União Europeia. http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Europeu. Europa. Síntese da legislação da UE. Assuntos internacionais. A construção da Europa através dos tratados). Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Europeu. Acesso 13/05/2009.

¹⁹¹ http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Europeu. Acesso 13/05/2009

conta com 27 Estados com maiores laços de solidariedade política, econômica, social e cultural.

Para que a União Europeia atingisse este nível de desenvolvimento, foi trilhado um longo caminho, sem embargo dos problemas que foram produzidos ao longo da sua história em relação aos Direitos Humanos. Foi esta lógica de fatores que levou à necessidade de criar um sistema de proteção dos direitos humanos no plano europeu que culminou com a criação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelo Conselho da Europa.

Tal Conselho¹⁹² é a mais antiga instituição europeia, fundada em 05 de Maio de 1949 pelo Estatuto de Londres e com sede em Estrasburgo (Alemanha). Tem como grandes objetivos a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Tem personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e conta com cerca de 800 milhões de habitantes no quadro dos 47 Estados-membros, incluindo os 27 Estados que formam a União Europeia.

Dentro desta importante instituição europeia encontra-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Essas duas instituições serão abordadas no estudo dos Direitos Humanos no sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

6.2 A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, acima citada, foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e entrou em vigor em 1953. É apelidada de “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, tendo como objetivo proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, permitindo um controle judiciário do respeito desses direitos individuais. Ela faz alusão à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Convenção Europeia reflete três propósitos: o primeiro é o da integração, não apenas de necessidades técnicas e de interesses econômicos, mas no sentido de estabelecer um sistema de valores capazes de cristalizar séculos de desenvolvimento político. O segundo é a preocupação no tocante às relações entre Estados e para além da Europa com a proteção dos

direitos humanos. O terceiro propósito é a expansão da democracia para os países da Europa central e do leste e a adesão desses Estados ao sistema de proteção dos Direitos Humanos enunciados pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Este importante instrumento europeu, inspirado nos ideais democráticos liberais, adotou uma formulação individualista, contemplando apenas na primeira fase um catálogo de direitos civis e políticos¹⁹³, tais como: o direito à vida, à proibição de tortura, à escravidão, ao trabalho forçado, aos direitos, à liberdade e à segurança, o direito a um julgamento justo, o direito a não ser punido sem processo legal, à liberdade de pensamento, consciência e religião, à liberdade de expressão, de reunião e de associação, entre outros.

A Convenção estabeleceu algumas previsões de que os Estados podem violar os direitos e liberdades fundamentais e nesse sentido foram retiradas essas liberdades no âmbito da competência exclusiva de cada Estado, tornando-os objeto de uma política europeia a ser protegida por órgãos supranacionais, como assevera Piovesan¹⁹⁴:

[...], os Estados estão preparados para aceitar a competência de um Tribunal Internacional para examinar questões atinentes ao seu próprio direito interno e práticas internas, porque eles se comprometeram, em resposta aos horrores e às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, a observar parâmetros protetivos mínimos de direitos humanos no continente europeu.

Nesta ótica, a existência de órgãos encarregados de fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais, plasmado na Convenção e julgar eventuais violações pelos Estados constituem grandes marcos ou avanços do sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos reconhecendo assim o indivíduo como sujeito do direito internacional. Destaca Comparato¹⁹⁵:

A existência de órgãos externos, incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Os Estados continuam a defender zelosamente sua soberania e a rejeitar toda e qualquer interferência externa em assuntos que consideram de sua exclusiva jurisdição. A própria Carta das Nações Unidas, de resto declara a não-ingerência em assuntos internos de cada Estado como um dos seus princípios fundamentais (art.2º, alínea7).

Com esse propósito cria-se uma harmonia ou compatibilização do direito interno com os padrões convencionais, permitindo a adoção de medidas legislativas internas ou mesmo a revogação de normas incompatíveis com a Convenção, dando assim maiores garantias na proteção ao indivíduo em escala internacional. Do mesmo modo, os Estados são obrigados a

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia *Op.cit.*, 2006, p.67.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.66.

¹⁹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Op.cit.*, 1999, p.270.

fornecer esclarecimentos¹⁹⁶ da forma como o direito interno assegura a efetiva implementação da Convenção com base no princípio da boa-fé.

O Tratado de Maastricht, de 1992, constituiu a pedra angular de todo o processo de integração europeia, ao completar e modificar os tratados anteriores da Comunidade Econômica Europeia (CEE), passando a designar-se então União Europeia, instituindo o mercado comum e a moeda única. A União Europeia, na visão de alguns autores, é constituída por pilares; um pilar central ou comunitário, que sustenta a União Europeia e coloca-a acima de todos os Estados membros, dando-lhe a vocação supranacional e dois pilares laterais de Cooperação Intergovernamentais de Política Externa e Segurança Comum (PESC).

A União Europeia respeitará os direitos fundamentais, como são garantidos pela Convenção Europeia e que bem assim resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, como dos princípios gerais do direito consuetudinário, o tratado sobre a União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992, nada mais faz do que constitucionalizar a construção pretoriana operada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de respeito dos direitos do homem.

O Tratado de Amsterdã¹⁹⁷, de 07 de outubro de 1997, que entrou em vigência em 01 de maio de 1999, veio aumentar o leque dos Direitos Humanos, dando um salto significativo no combate contra a discriminação, ao conferir amplos poderes à Comunidade Europeia para adotar ações de luta contra as discriminações nas novas áreas acrescidas ao Tratado (discriminação racial ou origem étnica, religião ou crença, deficiência e orientação sexual, art.13º).

O mesmo Tratado¹⁹⁸ dá seguimento à ampliação do reconhecimento dos direitos como sendo parte do direito comunitário como se vê a União respeitará os direitos fundamentais como se fossem garantidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma a 04 de novembro de 1950 e tal como resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros como princípios gerais do direito comunitário.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) salvaguarda os direitos fundamentais, reconhecendo os princípios jurídicos gerais, inspirados nas Cartas Magnas comuns dos Estados-membros, bem como nas Convenções internacionais em que os

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.66.

¹⁹⁷ GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na ordem Jurídica Internacional e Reflexões na Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.107.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.108.

países membros são partes signatárias. Dentre eles, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). A partir de então, o Tribunal elevou à categoria dos direitos comunitários fundamentais uma gama de liberdades, tais como o direito à propriedade, ao livre exercício de uma atividade profissional, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de opinião, o direito à proteção da personalidade, à proteção da família, à liberdade econômica e à liberdade de religião ou crença.

Com a adoção da Carta Social Europeia em 26 de fevereiro de 1965, quase 12 anos depois da criação da Convenção, acrescenta-se um rol de direitos sociais, econômicos e culturais¹⁹⁹ que são paulatinamente implementados, tendo-se adotado uma sistemática através de relatórios periódicos a serem elaborados pelos Estados-membros e submetidos à apreciação de peritos do Comitê Europeu de Direitos Sociais. A seguir foram adotados vários protocolos adicionais à Convenção sobre a proteção dos direitos substantivos como: o direito de propriedade (Protocolo nº1); o direito à educação (Protocolo nº2); à liberdade de movimento (Protocolo nº4); à abolição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº6); o direito de apelar em questões de natureza criminal, o direito à compensação por erro judiciário e o direito à igualdade entre os cônjuges (protocolo nº7); o direito à não discriminação (Protocolo nº12); e a abolição da pena de morte em tempo de guerra (Protocolo nº13).

Quanto à sistemática adotada pela Convenção Europeia para monitoramento dos direitos humanos, em princípio foram instituídos dois órgãos distintos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos.

6.2.1 Comissão Europeia dos Direitos Humanos

A Comissão Europeia dos Direitos Humanos é um órgão intermediário entre o queixoso e o tribunal. Ela tem a missão de filtrar as denúncias formuladas, de investigar os fatos e manifestar sua opinião com fundamento na ocorrência ou não da violação dos direitos. Neste caso qualquer Estado-parte da Convenção pode formular denúncias contra outro Estado alegando violações dos Direitos Humanos. Da mesma forma que esta possibilidade foi também estendida aos indivíduos²⁰⁰, organizações não governamentais ou grupos de indivíduos, com certa ressalva de que só poderiam formular uma denúncia contra um Estado

¹⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.67.

²⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, 1999. p.270.

que tivesse reconhecido a competência da Comissão (art.25º).

Este fato constitui um transtorno em termos de garantias dos direitos dos indivíduos, traduzido na fragilidade do sistema, uma vez que haveria violações aos direitos por parte de um Estado contra um cidadão sem que este tivesse possibilidade de denunciá-lo por aquele não ter reconhecido a competência da Comissão, ficando salvo da punição.

Por seu turno, a Comissão tinha o direito ou a legitimidade de propor uma ação contra um Estado-parte perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (art.48º,a). A fórmula de compromisso com a soberania de cada Estado-parte foi aplicada ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (art.46º). É a chamada cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição obrigatória.

O Protocolo nº11 adicional à Convenção, adotado em 01 de novembro de 1998, introduziu profundas mudanças no seio do sistema Europeu de proteção aos Direitos Humanos, ao substituir a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e a Corte Europeia por uma nova Corte permanente com competência de análise do juízo de mérito dos casos submetidos a ele. A grande parte das competências da Comissão foram transferidas para essa nova Corte que, na opinião de Comparato²⁰¹, foi uma infeliz iniciativa, uma vez que o Tribunal viu-se sobrecarregado de processos e sem condições de desempenhar a sua cabal missão. Mas na opinião de Piovesan²⁰², da qual partilhamos, esta nova sistemática veio fortalecer o sistema europeu, permitindo o acesso direto dos indivíduos à Corte, antes sem essa possibilidade.

O mesmo Protocolo, ainda, revogou a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição do Tribunal que dificultava o encaminhamento das petições pelos indivíduos e estabeleceu uma fórmula obrigatória para todos os Estados-parte às decisões do mesmo tribunal.

6.2.2 A Corte Europeia dos Direitos Humanos

O sistema europeu sofreu profundas modificações. Anteriormente funcionava com uma Comissão e uma Corte; com a entrada em vigor do Protocolo nº11 e sua emenda, a Convenção passou a funcionar apenas com uma Corte, reestruturando-se os mecanismos

²⁰¹ O mesmo protocolo, ainda, mas agora em decisão infeliz, extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos, transferindo grande parte das suas atribuições ao Tribunal. Com isso, o Tribunal viu-se em pouco tempo sobrecarregado de processos e sem condições de desempenhar o conteúdo as suas atribuições. (COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, 2007, p.271).

²⁰² PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.72.

originários. O Protocolo nº11 jurisdicionizou o sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos, permitindo o ingresso direto das vítimas (pessoas) à Corte. Essa jurisdicionalização total do processo, acompanhada necessariamente pelo direito de qualquer indivíduo que se encontra em um dos Estados-parte a demandar diretamente contra os Estados ante a um Tribunal Internacional, constitui um avanço considerável do sistema europeu. Ou seja, no período anterior à adoção do referido Protocolo ²⁰³ até novembro de 1998, a Convenção Europeia contemplava duas cláusulas facultativas: o artigo 25º, que conferia aos indivíduos o direito de peticionar perante a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, e o artigo 46º, que atribuía à Corte Europeia dos Direitos Humanos a competência jurisdicional para apreciar casos submetidos pela Comissão Europeia. Com o advento do novo Protocolo nº11, ambas as cláusulas facultativas foram substituídas por novas cláusulas obrigatórias previstas nos artigos 34º e 32º, respectivamente. O art.34º estabelece o pleno direito de petição à Corte Europeia, mediante o qual qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de indivíduos pode denunciar ser vítima de violações de direitos enunciados na Convenção ou em seus Protocolos por Estados-parte, ao passo que o art.32º prevê a obrigatoriedade de reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Europeia pelos Estados-parte.

De acordo com a nova estrutura adotada pela Convenção Europeia²⁰⁴, a nova Corte tem uma Câmara constituída por três Juízes, outra por sete e um tribunal pleno composto por dezessete juízes (nº1 art.27º). A Câmara de três juízes constitui o modelo ordinário de julgamento da Corte, que exerce as funções dantes atribuídas à Comissão (exame de admissibilidade, estabelecimento dos fatos, conciliação e decisão de mérito). Essa Câmara ou Comitê de três juízes pode decidir unanimemente sobre inadmissibilidade ou declarar inadmissível uma petição (art.28º). Neste caso, a petição individual será encaminhada a uma Câmara de sete juízes, que decidirá sobre sua admissibilidade e, depois de uma tentativa de conciliação, decidirá sobre o mérito (art.29º). Essa decisão, porém, não é definitiva, pois uma das partes pode pedir que o processo seja enviado a uma grande Câmara de dezessete juízes. Esse reexame está, porém, subordinado à aceitação de um colégio de cinco juízes e só poderá ter lugar, excepcionalmente, quando se tratar, por exemplo, de uma questão grave de interpretação ou de aplicação da Convenção e dos seus protocolos (art.30º).

A reestruturação, como se pode ver, continua ainda a deixar que subsista a diversidade funcional de antes (admissibilidade, conciliação, duplo exame de mérito); ou seja, o

²⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.73.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.78.

procedimento mantém-se o mesmo fundamentalmente. As alterações produziram as seguintes consequências principais: a exclusão do Comitê de Ministros como órgão de decisão - ele continua a fiscalizar a execução das decisões²⁰⁵ da Corte, mas deixa a jurisdição do sistema de controle -; extingue-se a Comissão, ou seja, o órgão que permite uma filtragem dos procedimentos, antes de considerá-los ou de submetê-los à Corte.

6.2.3 Competência consultiva da Corte Europeia

Como se pode observar no âmbito estrutural e funcional, a nova Corte Europeia comporta duas competências: consultiva e contenciosa. A competência consultiva está prevista nos termos do artigo 47º da Convenção, cabendo à Corte, por solicitação do Comitê de Ministros, formular opiniões consultivas sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus Protocolos. O nº2 do mesmo artigo vem estabelecer restrições: que tais opiniões não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos Protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê de Ministros. Acrescenta o mesmo artigo no ponto 3 que a decisão do Comitê de Ministros em solicitar um parecer ao tribunal será tomada por voto majoritário dos seus membros titulares. As restrições às opiniões consultivas referidas no nº2 do citado artigo, segundo Piovesan; foram alvos de duras críticas doutrinárias por limitarem em demasia a competência consultiva da Corte Europeia.

6.2.4 Competência jurisdicional ou contenciosa

No campo da competência contenciosa, revela-se maior vinculatividade²⁰⁶ por parte dos Estados-membros às decisões da Corte Europeia. Segundo alguns analistas, a Corte Europeia em relação às demais Cortes internacionais permanentes do mundo, é a que possui a maior jurisdição territorial, tendo em conta o total da população dos 41 Estados-partes, além de contar com os não nacionais e não residentes que podem submeter casos à Corte em face de

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.82.

²⁰⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*.

um Estado-parte da Convenção. Quanto à condição de legitimidade²⁰⁷ de acesso à Corte Europeia, o sistema europeu abre um leque de sujeitos - Estados-partes (art.33º), indivíduos, organização não governamental ou grupo de indivíduos (art.34º) – e a possibilidade de admissibilidade de petição diretamente ao tribunal alegando vítimas de violações dos seus direitos.

Quanto à admissibilidade da petição pela Corte, o artigo 35º estabelece os seguintes requisitos: a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de 06 meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; e f) não constituir um abuso de direito de petição. O Estado denunciado como violador do direito deve ser parte da Convenção Europeia. Com esses requisitos conclui-se que o aparato de proteção estabelecido pela Convenção é subsidiário aos sistemas nacionais de proteção dos Direitos Humanos, uma vez que o sistema ou a Convenção dá prevalência à resolução de conflitos pela via dos ordenamentos nacionais e, só ulteriormente, pelo sistema da Convenção. Contudo a jurisprudência²⁰⁸ da Corte deixa claro que não existe obrigação de ficar apegado a um remédio que não é eficaz para sarar uma enfermidade, o que pressupõe que as vítimas podem valer-se das disposições da Convenção sem que, no entanto, tenham-se esgotado os recursos internos como está previsto no seu artigo 35º.

A Convenção impõe aos Estados-partes a obrigação de fundamentar a petição com base na violação dos seus dispositivos ou dos seus protocolos. Assim como obrigações positivas dos mesmos (Estados) em serem responsabilizados em virtude da omissão na proteção dos direitos, o que obriga os Estados a adotarem medidas legislativas de salvaguarda e proteção dos Direitos Humanos.

Pelo sistema europeu não existe na Convenção nenhuma disposição que expressamente preveja ou que autorize a Corte a ordenar medidas de salvaguarda dos direitos das vítimas, ao contrário do que se pode observar noutras cortes (americana e africana) que têm faculdades de adotarem medidas urgentes, tendentes a salvaguardar os direitos das vítimas e evitar danos irreparáveis. A Convenção Europeia apenas salvaguardou, em caso de extrema urgência, que a Corte notifique o Estado a não tomar medidas que possam obstar o andamento normal do caso.

²⁰⁷ GUERRA, *Op.cit.*, 2008, p.112.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.77.

6.2.5 Cumprimento das decisões da Corte pelos Estados-partes

Quanto ao cumprimento das decisões da Corte, os Estados-partes comprometeram-se em cumprir as decisões em todos os casos em que forem partes, cabendo ao Comitê de Ministros a tarefa de supervisionar a execução das decisões. Se a Corte declarar que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos e o direito interno do Estado-parte permitir apenas uma reparação parcial, neste caso, cabe à Corte, pelo exposto no artigo 41º da Convenção, determinar uma justa reparação.

Com relação ao não cumprimento das decisões da Corte pelo Estado violador da Convenção ou dos Protocolos, a sanção última a aplicar seria a de ameaça de expulsão do Conselho da Europa nos termos dos artigos 3º e 8º dos seus Estatutos. O artigo 3º reza o seguinte: “Cada Estado-membro deve aceitar os princípios do Estado de Direito e do pleno exercício dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais por todas as pessoas submetidas a sua jurisdição”. Por sua vez, o artigo 8º do mesmo Estatuto estabelece que: “O Estado-membro que tenha seriamente violado o art.3º dos Estatutos pode ter seus direitos de representação suspensos e ser solicitado pelo Comitê de Ministros a se retirar do Conselho da Europa com base no seu artigo 7º e se não acatar essa medida, poderá ser expulso”.

Em termos gerais, apesar das profundas modificações operadas no seio do sistema europeu desde a sua origem até a fase atual, as decisões da Corte Europeia têm revelado impacto positivo, seja em virtude da credibilidade da própria Corte, seja pela consistência e solidez de rede de cooperação entre Estados na afirmação dos direitos humanos, seja pelo grau de respeito aos Direitos Humanos no plano interno dos Estados.

Embora a União Europeia tenha atingido um patamar excelente no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos, existem alguns impasses, principalmente no que toca à coexistência de três direitos autônomos: Direito Interno, Direito Internacional e Direito Comunitário. Existe, por conseguinte, a necessidade de se harmonizar uma pluralidade de normas, tribunais e juízes. A proteção da pessoa humana na União Europeia depende dessa harmonização. Isto se soma também a duas deficiências no seu mecanismo de controle: sua complexidade tornava o procedimento de controle pouco visível para os petionários; seu caráter híbrido, meio jurisdicional, meio político, afetava sua credibilidade. A verdade, entretanto, é que o sistema inicial adotado (Comissão, Corte e Comitê de Ministros do Conselho da Europa) não se adaptou ao volume de denúncias individuais apresentadas. Com tudo isso, é o sistema mais

eficaz em matéria de proteção dos Direitos Humanos em relação aos outros sistemas.

Ressalte-se que o sistema Europeu tem revelado alto grau de cumprimento das suas decisões da Corte, seja por envolver países que tradicionalmente acolhem o princípio do Estado de Direito, seja por expressarem a identidade de valores democráticos e de respeito pelos direitos humanos compartilhados por aqueles Estados pobres da Europa central e do leste, na busca da integração política, seja ainda pela credibilidade alcançada pela Corte, por atuar com justiça, equilíbrio e rigor intelectual.

6.3 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, tal como outros sistemas regionais de proteção, nasceu de circunstâncias históricas específicas que caracterizaram o continente americano.

A América Latina é uma região marcada por um elevado grau de exclusão e desigualdade social²⁰⁹, à qual se somam as democracias em fase de consolidação. A região conviveu por muito tempo com as reminiscências do legado dos regimes autoritários, com uma cultura de violência e de impunidade, com baixa densidade de Estados de Direito e com precária tradição de respeito aos Direitos Humanos no âmbito interno de cada Estado. Neste contexto era necessária a criação de uma instituição capaz de consolidar as democracias e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.

Durante o período em que vigoraram os regimes ditatoriais nas Américas houve, as constantes violações aos direitos e liberdades fundamentais aos cidadãos: execuções sumárias, desaparecimentos forçados²¹⁰, torturas sistemáticas, prisões ilegais e arbitrárias, perseguição política e ideológica, proibição completa da liberdade de expressão, reuniões e associação.

²⁰⁹ [...], Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico (Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva 2006, p.85). SIDNEY, Guerra, [...], quando da criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) estabeleceu-se, já no preâmbulo do referido tratado internacional, que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar no Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2008, p.113).

²¹⁰ [...] Caso “Valasquez Rodriguez” que fora violentamente preso, sem autorização judicial em Honduras (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.106).

Tudo isto caracterizou o clima de instabilidade nesta região do mundo, determinante na busca da paz e afirmação dos regimes democráticos (sua consolidação), o que significa, nas palavras de Piovesan: romper em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos Direitos Humanos amplamente considerados - direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais - como está descrito na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, que estabelece uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento.

Ainda segundo Piovesan²¹¹, dois períodos marcaram o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares, na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos nasce assim como uma resposta a estas atrocidades e como estratégia eficaz na consolidação das democracias, paz e na proteção dos Direitos Humanos. Ele comporta quatro instrumentos normativos fundamentais²¹²: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de São Salvador de direitos sociais, econômicos e culturais.

Para este estudo interessa apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que atualmente constitui o instrumento mais importante do sistema americano na proteção de seus direitos. Este sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos é superior ao antigo sistema da OEA, por abarcar um conjunto de direitos maiores que os existentes na Carta e na Declaração Americana de Direitos e Deveres, sendo ainda mais detalhados.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada em São José da Costa Rica²¹³, na Conferência Intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 1978, aberta a assinatura dos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). É também denominada de Pacto de São José da Costa Rica simbolizando o local da sua assinatura.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.85.

²¹² O primeiro sistema é o da Organização dos Estados Americanos (OEA), que utiliza os preceitos primários da Carta da própria OEA e a Declaração Americana dos Direitos e deveres do Homem. O segundo é o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo integrante deste sistema apenas uma parte dos países americanos (RAMOS, Andre de Carvalho. *Op.cit.*, 2001 p.54).

²¹³ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.87.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos reitera²¹⁴ o previsto no Preâmbulo da Carta da OEA de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outra coisa se não o de consolidar no continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdades individuais e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem.

Os Estados americanos proclamaram os direitos fundamentais da pessoa humana como princípios que devem pautar a atuação dos Estados-membros, sem discriminação de raça, nacionalidade, credo ou sexo. Complementaram ainda o anunciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos no que tange à ideia de que o ser humano somente pode ser realmente livre e isento de temor e miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa o gozo dos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Neste sentido apela-se à ideia do princípio da responsabilização internacional do Estado em caso de violação futura dos dispositivos da Convenção e dos seus Protocolos.

A Convenção aumenta o número de direitos já existentes na Carta da OEA e na Declaração Americana, reconhecendo e assegurando um catálogo de direitos²¹⁵ civis e políticos similares aos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como dos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, destacando entre outros: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito de não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e de expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito à liberdade, ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participação no governo; o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção jurídica.

Ao tratar do catálogo desses direitos, a Convenção Interamericana não descreveu de forma clara os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, não constava no texto original da Convenção esses direitos e, portanto, limitou-se a remeter a preocupação aos Estados-membros no sentido de, progressivamente, zelarem pela realização desses direitos mediante adoção de medidas legislativas e técnicas com vista à efetivação dos mesmos, como explica Piovesan²¹⁶:

²¹⁴ Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 1996, p.223.

²¹⁶ *Ibidem*, p.224.

A Convenção americana não anuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art.26º da Convenção.

Essa transferência de preocupação aos Estados-membros de adotarem medidas com vista à implementação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais não encontrou respaldo no interior de cada Estado, porque a situação de extrema pobreza em que viviam as populações desses países aumentou a desigualdade entre as camadas sociais da população. Existe um desnível de distribuição de renda entre as populações, com a minoria ostentando a riqueza e milhares a viverem na situação de extrema miséria. Tudo isso se deve à falta de boas políticas públicas com o objetivo de incrementar o desenvolvimento, o que torna difícil verificar o cumprimento deste mandado do preceito convencional por parte dos Estados membros. O Protocolo adicional à Convenção (Protocolo de São Salvador²¹⁷), adotado em 1988, entrou em vigor em novembro de 1999, facilitando aos Estados membros o cumprimento dessas medidas e imprimindo certa dinâmica na realização desses direitos.

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Sistema Interamericano conta ainda com outros instrumentos internacionais²¹⁸ como: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), o Protocolo Adicional à Convenção Relativo à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994). Deve-se salientar que essas Convenções ou instrumentos do Sistema Interamericano foram quase todos ratificados pelo Brasil enquanto membro desse sistema de proteção aos Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, previsto na Convenção de mesmo nome, estabeleceu uma sistemática de monitoramento e implementação por meio de dois importantes órgãos²¹⁹: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte

²¹⁷ Posteriormente, em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em novembro de 1999, quando do depósito de 11º instrumento de ratificação, nos termos do art.21 do Protocolo (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 2006, p.89). Andre de Carvalho Ramos, O mais importante deles é sem duvida, o Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996 (RAMOS, Andre de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.62).

²¹⁸ RAMOS, Andre de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.62.

²¹⁹ A Parte III do “Pacto de São José” diz respeito aos “Meios de Proteção” aos direitos humanos dentro do sistema interamericano. Seus capítulos Sexto, Sétimo e Oitavo estabelecem como órgãos competentes do sistema para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes” a Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH - e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Interamericana.

6.3.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o principal órgão de monitoramento da Convenção Interamericana. Criada²²⁰ em 1959 pela Organização dos Estados Americanos, tinha como simples objetivo promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Embora com poucas atribuições àquela altura, ela desempenhou importantes atividades de proteção dos Direitos Humanos, incluindo a de admissão de petições e investigações de reclamações de indivíduos e de organizações não governamentais, inspeções nos territórios dos Estados-membros e solicitação de informes, como explica o jurista brasileiro Carvalho Ramos²²¹:

Nos seus primeiros anos, a Comissão restringiu-se a “promover” os direitos humanos consagrados pela Declaração Americana no continente. O Estatuto da Comissão aprovado pelo conselho da OEA em 1960, não estabeleceu outros poderes ou funções para assegurar o respeito aos direitos humanos. A IIª Conferência interamericana Extraordinária de 1965 aprovou modificações no Estatuto da Comissão, ampliando suas funções. A Comissão transformou-se em verdadeiro órgão internacional de supervisão do cumprimento, pelos Estados da OEA, de seus compromissos (elencados na Carta da OEA e na Declaração Americana) de respeito ao direito humano.

Este desenvolvimento institucional da Comissão transformou-a no verdadeiro e principal órgão de supervisão dos direitos garantidos, tanto em nível da própria OEA como da Convenção, autorizada a receber e examinar petições individuais sobre pretensas violações de Direitos Humanos, bem como inquirição dos Estados sobre os fatos apurados e recomendação

(ALVES, José Augusto Lingren. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p.279).

²²⁰ Após a adoção da Carta da OEA e da Declaração Americana, iniciou-se um lento desenvolvimento da proteção internacional de direitos humanos no continente americano. O primeiro passo foi a criação de um órgão especializado na promoção e proteção de direitos humanos no âmbito da OEA. Na 5ª Reunião de consultas de Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile em 1959, foi aprovada moção pela criação de um órgão voltado para a proteção de direitos humanos no seio da OEA, que veio a ser a Comissão Interamericana de direitos humanos (RAMOS, André de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.57).

Originária, como a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de uma simples resolução - a Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores (Santiago, 1959)-, a CIDH, composta de sete personalidades eleitas a título pessoal, teve, de início, funções apenas de promoção dos direitos humanos. Decisões similares posteriores no âmbito da organização dos Estados Americanos estenderam-lhe o mandato para atividades de proteção: o recebimento e o exame de comunicações sobre violações, visitas de inspeção dos Estados que autorizassem elaboração de relatórios por sessões, por ano e sobre países específicos (ALVES, José Augusto Lingren. *Op.cit.*, 1997, p.275-276).

²²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.57.

de condutas a serem cumpridas pelos mesmos. Essa função permite a responsabilização internacional do Estado perante a Corte.

Feitas estas primeiras observações sobre a origem e evolução da Comissão, faz-se necessária a análise da sua composição, competências e mecanismos de funcionamento no atual contexto do sistema da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão é constituída por sete²²² membros, eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos para um mandato de quatro anos em tempo parcial, permitida uma única renovação e não podendo haver dois membros da mesma nacionalidade (artigo 34º a 37º de Convenção Americana). Os membros integrantes da Comissão devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matérias de Direitos Humanos.

A Comissão tem como principal função promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América. Associada a essa função, ela ainda denota outras como: conciliar governos e grupos sociais; assessorar; criticar para informar sobre situação dos Direitos Humanos nos Estados-membros; deve ser ainda legitimadora, promotora e protetora dos Direitos Humanos, como assevera Piovesan²²³:

[...], fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A Comissão tem ainda a competência, nos termos do artigo 44º da Convenção, de receber e examinar as comunicações dos indivíduos ou grupo de indivíduos e de entidades não governamentais que contenham denúncia de violação de direitos consagrados na Convenção. E para tal, a própria Convenção estabeleceu a aceitação automática e obrigatória pelos Estados dessa competência para o exame das comunicações, não necessitando de uma declaração anterior ou posterior.

No que tange às comunicações interestatais a serem apreciadas pela Comissão, prevalece o princípio, ou a chamada cláusula facultativa, que visa não só à ratificação da Convenção pelos Estados, mas também o reconhecimento da competência interestatal da Comissão através de uma declaração expressa pelos dois Estados em conflitos (nº 1 e 2 do art.45º). O nº3 do mesmo artigo estabelece a indicação do tempo de reconhecimento dessa competência, bem como os casos específicos nela tratados. Por fim, o nº4 do mesmo artigo indica a Secretaria-

²²² PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, 1996, p.227.

²²³ *Ibidem*, *loc.cit.*

Geral da Organização dos Estados Americanos como órgão depositário da referida declaração para efeitos de publicação para todos os Estados-membros da organização.

Quanto a essas duas comunicações (de indivíduos e de Estados), alguns analistas sustentam que o sistema interamericano faz a inversão ao atribuir às petições individuais obrigatoriedade para a adesão dos Estados, enquanto que as petições interestatais são facultativas dependendo da aceitação expressa. No caso do Sistema Europeu e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o sistema das petições individuais é facultativo e o sistema das petições interestatais é obrigatório. Cogita-se que, neste caso, o sistema interamericano dá mais garantias ao indivíduo protegendo-o da violação dos seus direitos pelos Estados do que o sistema europeu, como sustenta Piovesan²²⁴ [...], É indiscutível que a disponibilidade do direito de petição individual assegura a efetividade ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Ao garantir que os indivíduos encaminhem suas próprias reclamações, o direito da petição individual torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental. O sistema interamericano permite ainda que qualquer pessoa, vítima ou não (terceiros), peticione perante a Comissão, alegando a violação dos seus direitos.

Comparando-o ainda com outros sistemas (europeu e global), o Sistema Interamericano admite o procedimento das petições individuais, de grupos de indivíduos ou de organismos não governamentais, como foi referido acima, estabelecendo certos requisitos²²⁵ quanto à admissibilidade dessas petições: prévio esgotamento dos recursos internos, salvo no caso de injustificada demora processual ou ausência do devido processo legal no sistema interno; inexistência de litispendência internacional e observação do prazo de seis meses a partir da notificação da decisão definitiva, vide art.46º da Convenção.

Quanto ao requisito ou à regra de prévio esgotamento de recursos internos, sustenta Cançado Trindade que esta regra permite dar oportunidade ao Estado infrator de reparar um suposto dano no âmbito do seu próprio ordenamento jurídico interno antes de invocar a sua responsabilidade internacional, salientando que²²⁶:

[...], o dever de provimento pelos Estados-partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais. Com efeito, é

²²⁴ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.98.

²²⁵ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 1996, p.230-231.

²²⁶ TRINDADE, Augusto Cançado .A II conferência mundial dos direitos humanos: o legado de Viena. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito Brasileiro*. São José da Costa Rica: IIDM, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p.44.

precisamente porque os tratados de direitos humanos impõem aos Estados-partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados ou direito interno), que, reversamente, requerem de todo reclamante o prévio esgotamento dos recursos de direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional.

Esta regra permite exigir do Estado uma conduta mais ativa, porque ele tem o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos que porventura tenham causado aos indivíduos. Salaria Carvalho Ramos²²⁷ que, no caso de inadequação destes recursos, o Estado responde duplamente: primeiro pela violação de direitos humanos e segundo por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado.

Quanto as outras regras (a litispendência e exceção da coisa julgada), o que se pretende prevenir ou evitar é a insegurança jurídica e a incoerência entre as decisões dos diversos órgãos que podem provir de uma nova apreciação do caso perante o tribunal internacional de fatos idênticos. O prazo de seis meses está condicionado ao prévio esgotamento dos recursos internos, uma vez que, subsidiariamente, o tribunal internacional pode ser chamado a apreciar os fatos.

Cumpridos os requisitos, depois de ter recebido a petição e analisado as condições da sua admissibilidade de acordo com as regras estabelecidas no artigo 46º da Convenção, o procedimento seguinte é a solicitação, pela²²⁸, a Comissão, de informações ao governo denunciado; essas informações servem para averiguar a suposta existência ou não de motivos de petição ou comunicação. E, caso não existam os motivos, a petição é arquivada. Existindo motivos, a Comissão é obrigada a realizar algumas diligências para apurar a veracidade dos fatos, com vista à solução amistosa entre as partes (denunciante e Estado) que culminará com a elaboração de uma informação entregue às partes em conflito, como também a todos os outros Estados-partes da Convenção e ao Secretário-Geral da OEA (art.48º e 49º da Convenção).

Caso a solução amistosa não seja alcançada, cabe à Comissão redigir um relatório mostrando fatos e sugerindo conclusões, relativos à resolução do caso que, após três meses, será encaminhado à Corte Interamericana (art.50º e 51º da Convenção).

A grande novidade do Sistema Interamericano encontra-se no novo regulamento²²⁹ adotado em maio de 2001, que introduziu uma nova sistemática de resolução de questões em matéria de não cumprimento das recomendações por parte do Estado denunciado. Este novo

²²⁷ RAMOS, Andre de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p. 76.

²²⁸ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.95.

²²⁹ *Ibidem*, p.97

procedimento vem judicializar o Sistema Interamericano, na medida em que o encaminhamento faz-se agora de forma direta e automática, reduzindo a seletividade política e o uso discricionário sem observância de parâmetros objetivos de envio de informações dos casos em que não se obtenha uma solução amistosa na Corte Interamericana por parte da Comissão (art. 44º do novo regulamento).

O novo regulamento²³⁰ da Comissão estabelece ainda uma forma de providência cautelar nos artigos 25º e 74º sobre os casos de extrema gravidade e urgência que põem em perigo a vida ou a integridade física, permitindo à própria Comissão atuar por sua iniciativa própria ou mediante uma petição da parte solicitando ao Estado a adoção de medidas cautelares tendentes a prevenir ou evitar os danos irreparáveis. Pode ainda a Comissão solicitar à Corte Interamericana a adoção dessas medidas cautelares com vista a evitar os prejuízos irreparáveis. Essas novidades não se encontram no sistema europeu e dão maior dinâmica ao sistema interamericano na solução dos casos e na defesa dos direitos humanos dos cidadãos.

Cabe assinalar ainda que os informes da Comissão sob a forma de recomendações têm sido objetos de discussão entre os juristas, para saber da sua força vinculativa, ou seja, se são meras “recomendações” sem força vinculativa, ou se são deliberações internacionais com uma força vinculativa, devendo os Estados cumpri-las conforme o princípio da boa-fé. À primeira vista, observando o prescrito no nº 2 do artigo 51º da Convenção que reza que a Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada. Essa recomendação seria uma mera exortação ao Estado de cumprir determinadas orientações dentro de um prazo estabelecido, pois que ela não tem caráter definitivo, carecendo assim de uma vinculatividade para o seu cumprimento. Transcorrido o prazo, sem que o Estado cumpra as referidas medidas, a Comissão por deliberação de voto da maioria absoluta dos seus membros, toma uma medida definitiva (segundo informe) por meio de um relatório elaborado. Daí vem o caráter vinculativo da recomendação que nesse caso, o Estado é obrigado a acatar.

A jurisprudência²³¹ da Corte Interamericana tem variado muito quanto a esta matéria, ao longo da sua história, e aos casos submetidos à Corte, sempre se servindo do princípio da boa fé, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para justificar a sua posição, apelando dessa forma aos Estados a redobrem esforços para cumprirem as deliberações da Comissão como órgão principal da OEA. É verdade que os Estados-membros

²³⁰ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.98.

²³¹ RAMOS, Andre de Carvalho. *Op.cit.*, 2001, p.84.

da Convenção Americana têm se empenhado muito em cumprir tais recomendações, assim como as decisões da Corte, como será visto na análise deste último órgão do Sistema Interamericano; contudo, há muita coisa a desejar quanto a este assunto.

6.3.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos²³² é um órgão jurisdicional autônomo do Sistema Interamericano, tal como a Corte Europeia no sistema europeu. Sediada em São José da Costa Rica, é composta por sete juízes nacionais de quaisquer Estados-membros da OEA e não necessariamente partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, eleitos a título pessoal pelo voto secreto da maioria absoluta dos Estados-partes da Convenção na Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos em tempo parcial, renovável uma só vez (vide artigos 52º, 53º e 54º da Convenção). A personalidade requerida para o exercício das funções de juiz nesta Corte consta do art.52º que estabelece que os juízes devem ser pessoas de alta competência em matéria de direitos humanos, reconhecidas pela lei nacional do Estado do qual são originários ou do Estado que os propuser como candidatos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício das suas funções previstas nos nº 1 e 2 do artigo dos seus Estatutos, bem como os artigos 61º a 65º da Convenção, exerce duas competências essenciais: consultiva e judicial.

6.3.3 Competência Consultiva da Corte Interamericana

A competência consultiva consiste na interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Esta função é aceita automaticamente pelos Estados-membros da Convenção e consiste na emissão de comentários e pareceres sobre a compatibilidade entre quaisquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais mencionados no nº2 do art.64º da Convenção. O ato de reconhecimento desta competência é incondicional e é dirigido ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos.

No âmbito consultivo, ainda a Corte Interamericana tem desenvolvido profundas análises a

²³² ALVES, Lingren. *Op.cit.*, 1997, p.282.

respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção, como argumenta Mônica Pinto ao dizer que:

[...], a Corte²³³ tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspetos substanciais da Convenção, dentre elas: o alcance de sua competência consultiva, o sistema de reservas, as restrições à adoção da pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo ‘leis’ quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, etc.

6.3.4 Competência Jurisdicional ou Contenciosa

A competência jurisdicional²³⁴ (contenciosa) objetiva solucionar os casos em que se imputa a um Estado-parte a violação da Convenção e de outros instrumentos que integram o sistema interamericano, conforme consta dos artigos 61º, 62º e 63º da Convenção. No entanto, para que isto aconteça, é necessário que haja indicativos claros de omissão ou ineficiência na atuação das autoridades incumbidas da resolução do caso e ainda a responsabilização dos culpados no âmbito interno dos Estados, prevendo que sejam esgotados meios internos previstos nos artigos 48º a 50º da Convenção. Neste caso, a Corte tem uma função adicional, coadjuvante e complementar das jurisdições internas, uma vez que só em última instância ela é chamada para intervir na resolução do caso.

Diferentemente do sistema europeu, o recurso à Corte no sistema interamericano cabe apenas à Comissão e aos Estados-partes da Convenção que tenham declarado expressamente o reconhecimento da sua competência, restringindo assim aos indivíduos e às organizações não governamentais o acesso direto à Corte, conforme o argumento de Piovesan²³⁵: “[...], apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61º da Convenção Americana”.

Esse impedimento de indivíduos e organizações não governamentais ao acesso direto à Corte Interamericana reduziu as garantias processuais dessas individualidades, tornando, deste modo, frágil o Sistema Interamericano na defesa e proteção dos direitos individuais dos

²³³ PIOVESAN. Apud MONICA PINTO, 2006,p.101).

²³⁴ [...]. As funções judiciais são aceitas facultativamente pelos Estados-partes da Convenção, que, para tanto, necessitam fazer declaração expressa de sua aceitação. Dizem respeito ao julgamento de casos específicos a ela submetidos pelos Estados-partes ou pela CIDH, não sendo acolhidas comunicações de pessoas ou ONGs (ALVES, Lingren. *Op.cit.*, 1997, p.,282).

²³⁵ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.102.

cidadãos. Do mesmo modo, argumenta Cançado Trindade que o direito de acesso à justiça no plano internacional é aqui entendido *lato sensu*, configurando um direito autônomo do ser humano à prestação jurisdicional, a obter justiça, à própria realização da justiça, no marco da Convenção Americana. Com efeito, o acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui, em nossos dias, uma grande conquista no universo conceitual do Direito, que possibilita ao ser humano reivindicar direitos que lhe são inerentes contra todas as manifestações de poder arbitrário, dando, assim, um conteúdo ético às normas tanto de direito público interno, como de direito internacional.

Sustenta Cançado Trindade²³⁶ ainda que

[...], ao reconhecimento de direitos deve corresponder à capacidade processual de reivindicá-los, devendo o indivíduo peticionário estar dotado de *locus standi in judicio*, em todas as etapas do procedimento perante a Corte. [...] a cristalização deste direito de acesso direto dos indivíduos a jurisdição da Corte deve ser assegurada mediante um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos para este fim.

Foi no sentido de procurar de dar uma melhor solução aos indivíduos e às organizações não governamentais garantias e possibilidade de acesso à Corte que, em 2001, foi feita uma revisão das regras de procedimento da Corte Interamericana no intuito de possibilitar, de forma mais efetiva, a participação²³⁷ das vítimas, seus parentes ou representantes, dando acesso à Corte, apresentando argumentos, provas de forma autônoma durante a propositura da ação pela Comissão. Portanto é o denominado acesso indireto das pessoas e organizações não governamentais à Corte, uma vez que só através da Comissão eles poderão pleitear ou apresentar argumentos.

Outro aspecto que mereceu atenção ou crítica foi o que está estipulado no artigo 62º da Convenção, que apenas estabelece no âmbito da competência contenciosa uma limitação aos Estados-partes que tenham reconhecido expressamente a competência contenciosa ou jurisdicional da Corte à faculdade de acesso a ela, restringindo de forma categórica os outros Estados-membros que não tivessem reconhecido expressamente esta competência. Este preceito representa um retrocesso do Sistema Interamericano no capítulo da defesa dos Direitos Humanos e deve ser ultrapassado no sentido de automatizar a jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-membros da Convenção sem uma Convenção especial.

A jurisdição da Corte Interamericana contempla os casos de denúncia de violação de direitos

²³⁶ TRINDADE, Augusto Cançado. *Op.cit.*, 1991, p. 10-11 e 36.

²³⁷ PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.104.

previstos na Convenção bem como ²³⁸ dos seus Protocolos, cabendo determinar medidas com vista à restauração do direito violado e eventualmente à condenação do Estado violador o pagamento de uma justa indenização à vítima.

Diferentemente ainda da Corte Europeia, mas já numa perspectiva evolutiva, a Corte Interamericana tem faculdades de tomar medidas provisórias para evitar danos irreparáveis em situações de extrema gravidade e urgência, conforme está previsto do nº2 do artigo 63º da Convenção.

6.3.5 Cumprimento das decisões da Corte pelos Estados-partes

Relativamente às decisões da Corte, vê-se que no plano formal, conforme previsto nos artigos 67º, 68º e 69º da Convenção, elas têm força jurídica vinculativa e obrigatória, sendo de cumprimento imediato por parte do Estado condenado, valendo ainda como título executivo conforme os procedimentos internos de execução de sentenças, sendo ainda inapeláveis, reiterando-se que servem apenas para os Estados que tenham reconhecido de forma expressa a competência da Corte. Ora, a verdade dos fatos tem revelado que os Estados, em geral, têm cumprido as sentenças que editam uma reparação ou indenização de caráter pecuniário, revelando dificuldades no sentido contrário por parte da Corte em fazer os Estados cumprirem aquelas decisões que refletissem as investigações efetivas dos fatos que originaram tais decisões, bem como a identificação e sanções dos responsáveis.

Essas dificuldades são causadas pela ausência²³⁹ no sistema interamericano, de um órgão de fiscalização ou supervisão do cumprimento das decisões, tal como existe nos sistemas europeu e africano (Comitê de Ministros e Conselho de Ministros, respectivamente). A falta deste órgão tem dificultado muito a execução das decisões, quer por parte da Comissão, como também por parte da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que se traduz na ineficiência deste sistema em cumprir a sua missão de defesa, proteção e promoção dos

²³⁸ Os Tribunais internacionais de Direitos Humanos existentes - as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos - não 'substituem' os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos (CANÇADO, Trindade. *Op.cit.*, 1993, p.33).

²³⁹ [...], a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão e da Corte, embora a Assembléia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do artigo 65 da Convenção Americana (PIOVESAN, Flavia. *Op.cit.*, 2006, p.115).

Direitos Humanos naquele continente.

A Corte Interamericana tem se empenhado, por si mesma, em exercer essa função de supervisão devido à carência institucional deste órgão, dedicando-se arduamente e apelando à boa fé dos Estados no cumprimento das mesmas.

Cabe enfatizar a importância do sistema interamericano, no papel que tem assumido em relação à defesa dos Direitos Humanos no continente americano, salvando centenas de vidas dos cidadãos, além de contribuir amplamente na consolidação do Estado de Direito e na afirmação das democracias na região como forma de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

6.4 COMPARAÇÃO ENTRE OS TRÊS SISTEMAS

Os três sistemas regionais abordados preconizam o mesmo objetivo comum de defesa e proteção dos Direitos Humanos, levando em conta as particularidades de cada região ou continente. O sistema europeu é o mais consolidado e amadurecido em termos de eficácia. Nascido no quadro do processo de integração europeia após a Segunda Guerra Mundial, agrupa países que partilham os mesmos valores no que diz respeito aos Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito, isto é, cada Estado apresenta, no plano interno, elevado grau de proteção dos Direitos Humanos, o que permitiu a este sistema ganhar maior credibilidade e justicialização das suas decisões.

Quanto aos outros dois sistemas (americano e africano) podem-se traçar as mesmas conclusões: nasceram num contexto histórico muito difícil, caracterizando as regiões pelo elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam as democracias incipientes em fase de consolidação. Verifica-se em ambos uma baixa densidade de Estados de Direitos com precária tradição pelo respeito aos Direitos Humanos no âmbito interno de cada Estado.

O Sistema Americano, apesar das características apontadas acima, tem consistência mais sólida, mostrando certo grau de eficiência no cumprimento das suas decisões por parte dos Estados-membros. O Sistema Africano é ainda incipiente em matéria de proteção dos Direitos Humanos, dado ao seu caráter embrionário. Emerge, na África, a criação de espaços de instituições de cooperação intergovernamental vocacionados na defesa dos Direitos Humanos, da democracia e de Estado de Direito.

Acredita-se que nestes dois sistemas o apoio das ONGs e da sociedade civil vai ajudar no fortalecimento das instituições no que concerne ao cumprimento das suas decisões pelos Estados membros, permitindo a defesa e a proteção dos Direitos Humanos.

7 A GARANTIA E SALVAGUARDA DA CARTA NA ORDEM JURÍDICA GUINEENSE

7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O anterior direito internacional clássico tinha como principais destinatários os Estados como únicos sujeitos de Direito Internacional, com capacidades e faculdades de atuação derivadas desta ciência jurídica. Portanto, com a elevação dos indivíduos a essa categoria jurídica internacional como sujeitos do direito internacional em geral e do direito internacional dos Direitos Humanos em particular, rompeu-se automaticamente esse velho paradigma, estabelecendo, neste sentido, uma espécie de equiparação entre indivíduos e Estados nesse âmbito de atuação internacional, uma vez que os próprios indivíduos passaram a ter a capacidade processual de pleitearem nesse domínio.

Contudo, apesar desta evolução trazer maiores benefícios para o indivíduo, principalmente na defesa dos seus direitos no plano internacional, deve-se admitir que eles não têm territórios próprios; eles vivem nos territórios dos Estados e a aplicação efetiva das normas do direito internacional depende, em grande medida e essencialmente, da vontade dos Estados. Esse fato justifica que no direito internacional e, fundamentalmente, no direito convencional os Estados têm mais obrigações a cumprir no âmbito desses tratados.

Percebe-se isto na Carta Africana que, como instrumento de direito internacional em matéria dos Direitos Humanos, não fugiu à regra. No seu artigo 1º estabelece: “Os Estados- membros da Organização da Unidade Africana, partes na presente Carta, reconhecem os direitos, deveres e liberdades enunciados nesta Carta e comprometem-se a adotar medidas legislativas ou outras para os aplicar”.

Isso posto, permite-se afirmar que a garantia e a salvaguarda da Carta começa na ordem interna de cada Estado-parte, sendo que é necessário a disponibilização de meios com vista ao seu efetivo cumprimento sob pena de responsabilização do Estado pelo não cumprimento desse dispositivo convencional. As autoridades administrativas e judiciais de cada país são, neste sentido, os principais órgãos com missão de garantia e cumprimento efetivo da Carta no plano interno de cada Estado- membro.

Por conseguinte, quando essas entidades (administrativas e judiciais) estão suficientemente sensibilizadas e habilitadas para exercer as suas funções de aplicação do direito internacional na ordem interna, melhor ainda para o Estado e fundamentalmente para os cidadãos, pois que estes últimos são os maiores beneficiários de tal proteção. De outro modo, também a efetiva aplicação do direito internacional na ordem jurídica interna limita o recurso aos mecanismos internacionais de garantia e defesa dos direitos quando são violados, visto que o recurso a essas instâncias é alternativo ou subsidiário às garantias internas.

Deve-se frisar que em nível dos países africanos e nomeadamente em nível da cultura tradicional africana, o recurso à litigância é quase nulo, dado o papel assumido pela conciliação na resolução dos conflitos, como já foi destacado nas páginas anteriores sobre a influência das tradições culturais na concepção adotada na Carta Africana, sendo motivo para não constar no texto original da Carta o tribunal africano. Assim sendo, não existe uma cultura nesses países do recurso à litigância internacional, restando, neste particular, as instâncias internas como as únicas de recurso alternativo de resolução de litígios.

A Guiné-Bissau é membro signatário de muitos tratados internacionais do sistema global sobre os Direitos Humanos e, de forma particular, das convenções regionais dentro do quadro da União Africana, visando com isso à cooperação com os demais parceiros desses tratados em relação à erradicação das violações dos direitos humanos e dos crimes que afetam a dignidade da pessoa humana. Contudo, percebe-se que, mesmo com a adesão do país a essas instituições internacionais e regionais e, conseqüentemente, a incorporação das suas normas na ordem interna guineense, continuam a existir violentas atrocidades contra a pessoa humana. A título de exemplo, aconteceram trágicos assassinatos do Presidente da República e do seu Chefe de Estado Maior das Forças Armadas em janeiro de 2009, sem que os autores fossem presos, julgados e condenados, além de outros crimes contra cidadãos comuns.

Tudo isto certifica a carência de instituições com poderes de garantia e defesa do cidadão guineense. O crescente desrespeito e atrocidade contra a pessoa humana torna urgente que se busque tanto no direito interno como no direito internacional mecanismos eficazes de solução desses problemas, que afetam a sociedade guineense no capítulo de violação dos Direitos Humanos.

7.2 EMQUADRAMENTO GERAL DO DIREITO INTERNACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU (CRGB)

Em termos de direito comparado, o sistema guineense ou a Constituição da Guiné-Bissau (CRGB), tal como a Constituição portuguesa²⁴⁰, art.8º e a Constituição do Brasil²⁴¹, §2º do art.5º, têm uma cláusula geral aberta de recepção do direito internacional na ordem interna. Essa cláusula permite a incorporação de normas internacionais de direitos humanos de forma automática no ordenamento constitucional interno guineense. É o que consta dos nº 1 e 2 do art.29º da Constituição da Guiné-Bissau, que reza o seguinte: nº1 os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional. O nº2 acrescenta: os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

É notória, na maioria das Constituições dos países africanos e, principalmente, dos países de língua portuguesa, a referência formal à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, considerando o contexto histórico-político em que nasceram esses países e tendo em conta a preocupação com a defesa da pessoa humana na esfera internacional.

A Constituição da República da Guiné-Bissau, de 1973²⁴², não tinha nenhum título sobre os direitos fundamentais, apenas fez uma referência formal à Declaração Universal dos Direitos do Homem como sendo aplicada na Guiné-Bissau. Essa referência desapareceu na Constituição de 1984 e na atual constituição (1993), que já apresenta uma estrutura do tipo de Estado Social de Direito com os direitos fundamentais mais densos.

Relativamente à cláusula geral de recepção automática do direito internacional na ordem interna guineense prevista no art.29º (supra) da Constituição, alguns juristas guineenses simplesmente ignoram-na, alegando não existir. Ou seja, a Constituição da Guiné-Bissau não recepciona por meio de cláusula geral o direito internacional. Fundamentam essa posição na

²⁴⁰ Constituição Portuguesa nº1 do art.8º prevê que as normas de Direito Internacional geral ou comum fazem parte do Direito português.

²⁴¹ Constituição da República Federativa do Brasil § 2º do art.5º declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁴² NUVAIS, Jorge Reis. Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense. Associação Acadêmica, Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1996, p.7.

referência genérica ao direito internacional prevista no nº1 do art.18º²⁴³ como a única forma que a Constituição faz ao direito internacional. É o caso de Pedro Rosa C6²⁴⁴ que afirma o seguinte: na Constituição da República da Guiné-Bissau não encontramos nenhuma cláusula geral de recepção do direito internacional semelhante ao artigo 8º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Seria injusto ignorar um preceito de tamanha importância como o art. 29º que faz uma abertura ao direito internacional. As proclamações previstas no art.18º (supra) nunca podem ser consideradas como constituintes de uma cláusula geral de recepção do direito internacional na ordem interna, uma vez que não indicam como é recepcionado esse direito internacional na ordem interna guineense.

Quanto ao direito internacional não convencional, as suas normas entram direta e automaticamente na ordem jurídica guineense sem, portanto, a necessidade de um ato formal para sua recepção. É o que se pode tirar da interpretação do nº1 do art. 29º da CRGB em remissão ao art.24º, que estabelece os princípios de igualdade e universalidade: “Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica”.

E, relativamente ao direito internacional convencional, a Constituição estabelece os seguintes procedimentos de conclusão de convenções internacionais conforme as matérias em questão. O processo de negociação e assinatura de convenções internacionais compete ao Governo al. f) do nº1 do art. 100º da CRGB; à Assembleia Nacional Popular (ANP) a competência de aprovação, al.h) do art.85º da CRGB e a ratificação ao Presidente da República, al. e) do art.68º da CRGB.

Dada a importância do papel da ANP no tocante à aprovação dos instrumentos que envolvem a participação da Guiné-Bissau no concerto das nações, bem como de algumas matérias de âmbito interno, pode-se concluir o seguinte: todas as matérias expressamente reservadas nos termos da al.h) do art.85º da CRGB devem ser obrigatoriamente submetidas à aprovação da Assembleia Nacional Popular (ANP), bem como aquelas convenções que incidem sobre as

²⁴³ Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB) nº1 do art.18º A República da Guiné-Bissau estabelece e desenvolve relações com os outros países na base do Direito Internacional, dos princípios da independência nacional, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos e da reciprocidade de vantagens, de coexistência pacífica e do não alinhamento.

²⁴⁴ ROSA, C6 Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.194.

matérias de reserva absoluta ou relativa da ANP previstas nos arts.86º e 87º CRGB²⁴⁵. A única exceção a essas regras refere-se àquelas convenções cujas matérias não são de aprovação obrigatória por parte da ANP e nem estão incluídas nas esferas de reserva absoluta e relativa. Essas matérias só podem ser submetidas à aprovação da ANP quando forem da conveniência do Governo para o efeito al.h) do art.85º parte final. “Aprovar os tratados que envolvem a participação da Guiné-Bissau em organizações internacionais, tratados de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e de quaisquer outros que o Governo entenda submeter-lhe”.

Percebe-se que, neste jogo político de envolvimento do país no sistema das convenções internacionais, o governo negocia e conclui os tratados, a Assembleia aprova. Entretanto, o ato de ratificação do Presidente da República figurará sempre obrigatório, uma vez que a Constituição não prevê o sistema ou a figura de assinatura das convenções internacionais. Portanto, pode-se concluir que o sistema constitucional guineense não admite convenções em forma simplificada, apenas tem o sistema de convenções menos solene, isto é, aquelas que não são da aprovação obrigatória da ANP, mas sempre sujeitas à ratificação do Presidente da República.

Portanto, ao contrário do que se possa imaginar, existem convenções que têm a possibilidade de serem submetidas diretamente à ratificação do Presidente da República sem que sejam submetidas à aprovação pela ANP. Mas a prática, que se tornou o costume na Guiné, é que todas as convenções, independentemente do tipo de matérias em análise, serão submetidas à aprovação da ANP. Isto porque, no regime existente antes da revisão da Constituição em 1991, era obrigatória a aprovação das convenções pelo Conselho de Estado, que é um órgão da ANP que se reúne nos intervalos das suas sessões. Essa prática foi transitada para o novo regime, ainda sendo feita a aprovação das convenções pela ANP.

²⁴⁵ Artigo 86º: É da exclusiva competência da Assembléia Nacional Popular legislar sobre as seguintes matérias: a) Nacionalidade guineense; b) Estatuto da terra e a forma da sua utilização; c) organização de defesa nacional; f) Sistema monetário; g) Organização judiciária e estatuto dos magistrados; h) Definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal; i) Estado de sítio e estado de emergência; j) definição dos limites das águas territoriais e da sua zona económica exclusiva; k) Direitos, liberdades e garantias; l) Associações e partidos políticos; m) Sistema eleitoral.

²⁴⁵ Artigo 87º: É da exclusiva competência da Assembléia Nacional Popular legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização conferida ao Governo: a) Organização da administração central e local; b) Estatuto dos funcionários públicos e responsabilidade civil da administração; c) Expropriação e requisição por utilidade pública; d) Estado e capacidade das pessoas; e) Nacionalização dos meios de produção; f) Delimitação dos setores de propriedade e das atividades económicas.

7.2.1 Recepção da Carta na ordem jurídica interna da Guiné-Bissau

Em matéria dos tratados internacionais em geral e da convenção sobre os direitos dos tratados internacionais em particular, pode-se qualificar a Carta Africana como um tratado internacional assinado pelos Estados-parte membros da Organização da Unidade Africana (OUA). Sendo e pertencendo ao direito convencional, é recepcionada na ordem jurídica guineense nos mesmos termos em que é recepcionado o direito convencional.

O Governo da Guiné conduziu a negociação, a ANP procedeu à aprovação e o Presidente do Conselho de Estado (figura do atual Chefe de Estado) fez a ratificação. A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos foi ratificada pela Resolução nº20 de 07 de dezembro de 1985, publicada no 1º suplemento do Boletim Oficial nº 49/85.

Deve-se salientar que, até a última revisão constitucional de 1991, o Presidente da República fazia também parte, como membro, do Conselho de Estado. Ou, para melhor dizer, ele era ao mesmo tempo Presidente do Conselho de Estado, um órgão colegial que funcionava nos intervalos da ANP. Portanto, a ratificação de qualquer documento era um ato colegial desse órgão, que depois era assinado pelo Presidente, chamado Chefe de Estado. Neste sentido, era difícil distinguir as formalidades de aprovação por Conselho de Estado e da ratificação pelo Chefe de Estado, uma vez que eram atos quase simultâneos e a mesma figura do Presidente da República participava na prática das duas instâncias.

7.2.2 A comparação do catálogo dos direitos previstos na Carta e os da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB)

Segundo Sgarbosa²⁴⁶, a ideia da comparação pressupõe um certo conteúdo axiológico, valorativo. Não que a comparação tenha necessariamente de basear-se em juízo de valor sobre qual dos dois elementos em comparação é o melhor. A comparação pode ser levada com efeito apenas para identificar e evidenciar semelhanças ou diferenças sem emissão de juízos de valor. Tal é a opção nessa comparação dos dois instrumentos de tamanha utilidade para a Guiné-Bissau e para os guineenses, sem, no entanto, fazer um grande juízo de valor entre os

²⁴⁶ SGARBOSA, Fernando Luís; JENSEN, Geziela. *Elementos de Direito Comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.21.

dois, apesar de sempre não se poder negar que, naturalmente, a comparação tende a desencadear um juízo de valor acerca dos elementos em comparação.

A Carta Africana dos Direitos Homem e dos Povos é um instrumento de natureza internacional, voltada para a proteção do indivíduo em nível internacional. Apresenta um catálogo dos direitos civis e políticos de um lado e do outro dos direitos econômicos, sociais e culturais, apesar de não criar uma nítida separação entre eles. Em seguida há um catálogo de dispositivos sobre deveres do indivíduo, primeiro para com a família, a sociedade, o Estado e a comunidade internacional. Carta faz, pois, uma separação entre direitos e deveres, diferenciando-se muito da concepção ocidental da doutrina positivista da dialética, que pressupõe um direito e um dever correspondente, baseado no direito como um conjunto de prerrogativas que origina essa reciprocidade.

Na Carta ainda se pode ver os chamados direitos de terceira geração e também do denominado direito dos povos. Ainda nela, pode-se encontrar o uso da cláusula de recuperação, que consiste no envio ao direito interno para a definição de condições do exercício dos direitos e o estabelecimento das restrições e limitações. Na Constituição da Guiné também se pode ver essa cláusula, mas no sentido de só remeter para a lei. Por fim, a Carta procura conciliar os interesses dos Estados.

Quanto à Constituição da Guiné-Bissau (CRGB), pode-se dizer que todos os direitos civis e políticos previstos na Carta têm o seu correspondente nela em termos de definição e formulação. No Título II da CRGB dedicado aos Direitos, Liberdades, Garantias e Deveres Fundamentais, não se encontra a previsão específica de elaboração dos deveres tal como existe na Carta. Isto porque, a CRGB recebeu a concepção ocidental da doutrina positivista da dialética direito-dever e não aquela de separação dos dois, prevista na Carta.

Também, a Constituição não estabelece uma separação formal entre direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas diferencia-os em termos de regimes. Por exemplo, no TÍTULO I dos Princípios Fundamentais, relativo à natureza e aos fundamentos do Estado, dos arts.15º a 17º, o Estado anuncia os seus objetivos na área de saúde, educação, cultura e desporto, além de determinar no art.58º que, em conformidade com o desenvolvimento do país, o Estado criará progressivamente as condições necessárias à realização integral dos direitos de natureza econômica e social, reconhecidos neste título. Já os direitos civis e políticos encontram-se anunciados num único bloco do Título II dedicado aos direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais.

Numa análise crítica é preponderante destacar o nível de preocupação do Estado na promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Verifica-se que estes direitos não existem em termos práticos. A falta de educação de qualidade (que vem promovendo o alto índice de analfabetismo no país), a saúde precária, a falta de segurança social, entre outros fatores que intervêm no índice de desenvolvimento humano, demonstram a falta de políticas públicas, o descaso e a falta de responsabilidade dos governantes no cumprimento deste mandamento constitucional e comprova a não efetivação destes direitos como reza a Constituição da Guiné-Bissau e da Carta Africana.

A CRGB não reconhece os direitos da terceira geração (direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente), bem como os chamados direitos dos povos, os quais, em contrapartida, têm os seus correspondentes previstos na Carta. A CRGB²⁴⁷, no art.18º, também faz uma referência genérica sobre o direito dos povos, o direito à autodeterminação dos povos, numa alusão a um princípio geral de enquadramento do Estado da Guiné-Bissau nas relações internacionais.

A Carta, em matéria de liberdade de associação, é muito mais restritiva do que a Constituição. Na Carta, a liberdade de associação pode ser restringida quando põe em risco a solidariedade entre os membros de uma comunidade. É o que consta do nº2 do art.10º em conjugação com o art.29º ambos da Carta. Ou seja, poderá haver situações em que será obrigatório fazer parte de uma associação para garantir a solidariedade entre os membros de uma determinada comunidade, ao passo que na CRGB nos termos do art.55º, as associações são de livre criação, sem dependência de qualquer autorização ou interferências de qualquer autoridade, desde que não tenham como fim promover a violência, ou fins contrários à lei.

Portanto, comparando os dois instrumentos neste particular, pode-se dizer que a Carta revela-se menos protetora que a CRGB em matéria da liberdade de associação. Pelo exposto é o que se pode concluir da relação comparativa da Carta Africana e a Constituição da Guiné-Bissau em matéria dos direitos previstos nos dois instrumentos.

²⁴⁷ Art. 18º: nº. 1 A República da Guiné-Bissau estabelece e desenvolve relações com os outros países na base do Direito Internacional, dos princípios da independência nacional, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos e da reciprocidade de vantagens, da coexistência pacífica e do não-alinhamento.

Nº2 A República da Guiné-Bissau defende o direito dos povos à autodeterminação e à independência, apóia a luta dos povos contra o colonialismo, o imperialismo, o racismo e todas as demais formas de opressão e exploração; preconiza a solução pacífica dos conflitos internacionais e participa nos esforços tendentes a assegurar a paz e a justiça nas relações entre os Estados e o estabelecimento da nova ordem econômica internacional.

Nº3 Sem prejuízo das conquistas alcançadas através da luta de libertação nacional, a República da Guiné-Bissau participa nos esforços que realizam os Estados Africanos, na base regional ou continental, em ordem à concretização do princípio da Unidade Africana.

7.2.3 A força jurídica da Carta na ordem interna guineense

Antes de ser destacada a força jurídica da Carta na ordem interna guineense, convém, em primeiro lugar, estabelecer a posição dela dentro da hierarquia jurídica das normas que compõem o sistema guineense.

Na pirâmide da hierarquia das normas que compõem o sistema ou a ordem jurídica guineense, a Carta ocupa o segundo lugar depois da Constituição, seguindo depois as leis em geral; ou seja, o traço da pirâmide é o seguinte: Constituição, direito internacional e as leis em geral sem, no entanto, estabelecer uma sub-hierarquia entre essas últimas.

Em termos de Direito Comparado, essa questão tem levantado polêmica no Brasil no que diz respeito à localização, dentro dessa pirâmide da hierarquia, daqueles tratados sobre direitos humanos não submetidos à aprovação disciplinada no §3º do art.5º da Constituição Federal Brasileira. Mas não é o foco deste trabalho discutir essa questão, uma vez que não constitui o objeto em análise.

A Carta, tratado convencional sobre os Direitos Humanos aprovado, ratificado e incorporado na ordem jurídica guineense, ocupa o segundo lugar na hierarquia das normas no direito interno guineense, mas com uma força jurídica que extrapola esse âmbito, considerando o previsto no nº 1 do art.29º da CRBG (supra) que estabelece uma regra ou princípio de recepção automática do direito internacional na ordem jurídica guineense, gozando de um regime reforçado, atribuído aos direitos fundamentais, cuja aplicação direta e imediata das suas disposições sobre os direitos, liberdades e garantias, vinculando-se às autoridades públicas e privadas (nº1 do art.30º da CRGB).

Assim, percebe-se que todas as leis internas que pretendem restringir as disposições sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais, previstos na Carta e na Constituição devem ter caráter geral e abstrato; devem-se limitar ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não terem efeito retroativo, não diminuir o conteúdo essencial dos direitos que pretendem restringir (nº3 do art.30º da CRGB). O nº2 do mesmo artigo acrescenta que os direitos só podem ser suspensos ou limitados em caso de estado de emergência, nos termos da lei e na Constituição. E que só podem ser parcialmente suspensos em caso de estado de emergência (nº3 do art.31º).

O nº2 do art.31º da Constituição enumera alguns direitos que não podem ser restringidos ou afetados em caso de declaração do estado de sítio, considerando-os absolutos. São eles: o

direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, o direito à não retroatividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

Este preceito é criticável, na medida em que não existe um direito considerado absoluto em qualquer circunstância que for. Isto justifica que em cada caso e circunstância própria haverá sempre um direito que prevalecerá sobre o outro, levando-se em conta a ponderação dos valores em causa, como sustenta Robert Alexy na sua teoria geral sobre os princípios.

Segundo Alexy, existe uma conexão muito próxima entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão é extraída na base da natureza dos próprios princípios, porque a máxima da proporcionalidade com os seus requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) deriva desta natureza:²⁴⁸:

Princípios são mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos das leis em colisão.

Com efeito, as leis de colisão entre os princípios observam-se em termos de um caso concreto de colisão entre dois princípios antagônicos, com a análise dos requisitos da proporcionalidade que pressupõem a ponderação na avaliação dos fatos e na tomada de decisões, isto é, observando os três requisitos, adequação, necessidade (requisitos fáticos) e proporcionalidade em sentido estrito (requisito jurídico). Só assim é possível uma tomada de decisão mais razoável, como o mesmo autor sustenta²⁴⁹:

para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A lei da ponderação pressupõe que quanto mais alto for o grau de um princípio tanto maior deve ser a importância do cumprimento do ato - juízo racional.

Por fim, há que admitir que a Carta Africana e a Constituição são dois instrumentos complementares e de reforço mútuo, tal como são o sistema global e os sistemas regionais na

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 117.

²⁴⁹ *Ibidem*, p.117-118.

medida em que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias fundamentais são alargados pela Carta podendo servir de interpretação e de esclarecimento a alguns preceitos constitucionais menos claros.

7.2.4 A prática dos tribunais

Antes de falar da efetividade da Carta em termos da prática dos tribunais guineenses, convém, em primeiro lugar, fazer uma análise da atual situação do poder judiciário guineense e do modo do funcionamento dos próprios tribunais. O sistema judiciário guineense foi herdado do colonialismo português e, até hoje, sofreu poucas mudanças. É caracterizado como um sistema arcaico, burocrático, fechado, rígido e com poucos profissionais formados em Direito.

A carência de tais profissionais deve-se ao fato de o país não ter tido a escola de Direito por muitos anos após a independência. A faculdade de Direito de Bissau foi instituída em 1991 substituindo a antiga escola de Direito, que nunca chegou a produzir juristas ao longo dos anos de funcionamento. Essa carência de magistrados formados em direito fez com que os tribunais guineenses funcionassem por muitos anos com pessoal menos qualificado, que minimamente estava habilitado para exercer a atividade jurisdicional.

Além da carência do pessoal da magistratura, ainda se verificava a falta de infra-estrutura, sem condições razoáveis para garantir o funcionamento do expediente, sem deixar de lado o pessoal da secretaria menos qualificado e da falta de materiais (máquinas de escrever, mesas, cadeiras, canetas, resmas de papel, entre outros) para os serviços do dia a dia. A tudo isto, acresce-se ainda, a falta de meios para transferência dos detidos e a falta de instalações prisionais adequadas para albergar os detidos.

A Guiné-Bissau, ainda em pleno século XXI, não possui nenhuma instalação prisional em condições mínimas, no que diz respeito às regras de direito internacional de tratamento dos detidos, além de não ter uma política de ressocialização, o que aumenta o nível de delinquência, na medida em que, albergando diferentes detentos de categorias de crimes diferentes, influencia a própria moral destes sujeitos, tornando-os mais criminosos.

Tudo isto mostra o grau de deficiência do sistema judiciário em geral e das dificuldades dos intérpretes aplicadores do direito, em particular, no exercício das suas funções. Se é verdade que muitos magistrados guineenses têm dificuldades na aplicação do direito interno devido à

falta de formação acadêmica, é concluído ainda que as dificuldades tornam-se maiores quando se trata da aplicação do direito internacional. A prática judicial guineense sobre a matéria do direito internacional é uma tarefa muito difícil e complicada pelos fatores acima apontados e, por outro lado, também não existe a prática da tradição de coleção e publicação de acórdãos (jurisprudência) dos tribunais ou em particular do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) guineense.

Pela observação feita e dos contatos incetados com outros operadores de justiça (juízes, advogados), concluiu-se que não existe na Guiné a prática de recurso ao direito internacional, em geral, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em particular, para a resolução de litígios nos tribunais e muito menos o recurso de instâncias internacional, caso da Comissão²⁵⁰ Africana para resolução de conflito.

A jurisprudência nacional tem pouca expressão do direito internacional, reflexo da falta de cultura jurídica internacional dos operadores de justiça. Tudo isso, mais uma vez, evidencia o grau de dificuldade de proteção dos Direitos Humanos na Guiné, de modo mais generalizado na África, porque o diagnóstico feito à Guiné é extensivo a muitos países africanos.

²⁵⁰ [...], Muitos processos que vêm desde anos 80 ainda continuam pendentes nos nossos tribunais. Um recurso para a Comissão poderá desembocar na condenação do Estado da Guiné-Bissau e permitir uma saída para a solução do problema (ROSA CÓ, Pedro. *Op.cit.*, 2009, p.202-203)

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das informações recolhidas sobre a marcha do processo da proteção dos Direitos Humanos no continente Africano e do surgimento da Carta Africana, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A discussão dos Direitos Humanos tem os seus registros históricos em momentos remotos da convivência humana em sociedade, tanto nas suas formas mais rudimentares como também nas sociedades mais modernas até então conhecidas.
2. A ideia da proteção da pessoa humana, surgida antes da formação do Estado, foi evoluindo até o momento em que surgiu o Estado com o seu aparato de normas, a limitar o poder dos representantes do povo.
3. O tratamento dado à questão dos Direitos Humanos tem suas configurações específicas a cada ideal de humanidade elaborado pelas culturas de cada época.
4. O que fica demarcado como ponto comum entre todos esses momentos é a carência de uma efetivação plena, e de que os direitos se coadunem com a prática quotidiana do exercício de poder político e ideológico do homem enquanto ser político, - ser fadado à convivência na “*polis*”. Cuida-se de efetivar os princípios de igualdade e justiça frente às oportunidades de fruição dos produtos resultantes do desenvolvimento cultural e político do homem, no seu fanal de conquista de bem estar material e moral.
5. É neste contexto que se expôs os conteúdos dos internacionais quanto aos Direitos Humanos e suas peculiaridades e diferenças determinadas pelo contexto social e político de cada um deles, tendo como preocupação a proteção da pessoa e dos seus direitos.
6. O processo de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, iniciado após a 2ª Guerra Mundial com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é resultante da barbárie do totalitarismo que rompeu com o paradigma dos Direitos Humanos, nominados de direitos fundamentais.
7. O surgimento de várias declarações, tratados e convenções internacionais e regionais de proteção dos Direitos Humanos têm como foco o fortalecimento da proteção dos Direitos Humanos no âmbito internacional e regional.

8. No contexto africano a evolução da proteção dos Direitos Humanos e dos povos tem sua conotação relacionada aos princípios da moralidade e da religiosidade, dada a ausência de previsões legais no sentido do termo que se tem hoje.

9. No período pré-colonial africano, a proteção dos direitos estava vinculada à moral fundamentada no contexto da comunidade que, por sua vez, era vitalizada pelos princípios de solidariedade e religiosidade - estudos elaborados por especialistas constataam isto em tribos, clãs, entre outras comunidades consideradas tradicionais.

10. Devido à falta da presença da lei escrita, levou-se a afirmar que neste período na África não havia proteção aos Direitos Humanos. Entretanto, constata-se a presença do cuidado que era dado à preservação da vida a partir de instituições ou práticas que davam certa margem de garantia à vida, enquanto primeiro de todos os bens.

11. Percebe-se que no período colonial da sociedade africana, os valores tradicionais, culturais e as instituições criadas por seus povos sofreram uma ruptura, uma segregação através de estratégias políticas com o intuito de fazer prevalecer valores culturais de sociedades europeias, bem diferentes daqueles tradicionalmente elaborados no contexto da cultura africana.

12. Em consequência disto, houve mudança de valores. Estabeleceu-se como modo nobre os valores europeus, em detrimento de valores africanos, considerados em planos inferiores de racionalidade, criando-se com isso uma perda de identidade cultural do povo africano.

13. No período colonial na África verificou-se uma perda de Direitos Humanos para os povos nativos. Estes não tinham acesso aos direitos civis e políticos e nem sociais, em razão de sistemas repressivos estabelecidos pelas metrópoles.

14. No processo de colonização, o que ficou demarcado foi, basicamente, uma organização territorial e política (divisão do continente africano) através da implementação de leis que garantiam a legitimidade de um poder hierarquicamente organizado, semelhante aos Estados europeus, com sua burocracia e processos que engendraram a máquina estatal dentro de uma idealização colonial.

15. Com a independência das colônias, o que permaneceu foi, em primeiro plano, uma preocupação com o *status quo*, o que dava garantia à soberania de toda aquela máquina estatal deixada pelos colonizadores, assimilada pelos africanos ao longo do processo de colonização e criando mecanismos de adaptação à nova realidade enquanto Estados independentes.

16. Em segundo plano, assim, ficaram as questões relativas à promoção e proteção dos Direitos Humanos.

17. A Organização da Unidade Africana (OUA), sendo instituição essencialmente voltada para a proteção dos Direitos Humanos, deu prioridade às estratégias de erradicação do colonialismo e a garantia das soberanias dos Estados recém independentes, deixando no esquecimento as questões dos Direitos Humanos.

18. Durante o período pré-colonial, os Direitos Humanos estavam relacionados aos princípios de moralidade e de solidariedade, enquanto que no período colonial os Direitos Humanos deixaram de existir para os africanos nativos, isto é, prevaleciam valores de uma cultura estranha e imposta pelos europeus, que deixaram patenteadas práticas de poder público através de uma estrutura estatal-colonial.

19. O marco da história da criação do sistema africano de promoção e proteção dos Direitos Humanos na África está vinculado às conferências da Comissão Internacional de Juristas africanos que tencionavam discutir questões relacionadas aos direitos humanos e que correspondiam aos anseios das Nações Unidas, pressionando representantes políticos africanos a elaborar projetos voltados para a proteção dos Direitos Humanos na África.

20. Os conflitos registrados durante os debates dos Direitos Humanos foram resultantes de muitas tensões políticas e ideológicas reinantes no continente e tiveram grande influência na estrutura da Carta.

21. A Carta, reconhecendo os instrumentos aprovados pelas Nações Unidas, de inspiração ocidental, não deixou de fazer prevalecer a concepção africana dos Direitos Humanos, baseada nas tradições e valores da civilização africana.

22. A maior preocupação com a promoção do que com a proteção, a atribuição formal da prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos e a criação da Comissão em vez de um Tribunal são os propósitos de salvaguarda dos valores da cultura tradicional da sociedade africana previstos na Carta.

23. É notória a distância entre o que está posto na Carta, que representa uma preocupação primeira na preservação das tradições africanas, e uma desvalorização das inovações ocorridas nas instituições sociais, fruto do próprio processo de evolução em escala nacional e internacional. Essa questão merece atenção, pois visa uma melhor adequação entre essas duas realidades para que se obtenha melhor aplicabilidade técnica e social dos dispositivos da Carta.

24. Outro aspecto da Carta é a relação que se estabelece entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, não fazendo uma separação entre eles. Entretanto, no texto formal, há uma prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais sobre os direitos civis e políticos, enquanto que na prática há uma situação inversa do que foi posto. Ou seja, na Carta, teoricamente falando, não há correspondência ao que, quotidianamente, se objetiva, devido ao desenvolvimento dos Direitos Humanos na África. Deve-se destacar a impossibilidade de haver efetividade do respeito aos Direitos Humanos, uma vez que eles são fundamentados a partir de uma ordem econômica e social, fruto de políticas públicas implementadas pelo próprio Estado em comunhão com a comunidade ou sociedade organizada.

25. A valorização excessiva das tradições culturais africanas, explícita na própria Carta, não se respalda na realidade social e política vigente nos territórios africanos, porque atualmente os Estados estão politicamente organizados a partir de comandos normativos do tipo europeu, demonstrando, assim, uma contradição entre a concepção africana de Direitos Humanos prevista na Carta e o perfil da sociedade africana atual, fundamentada em uma política capitalista e desenvolvimentista, tendo como ponto principal o mercado de bens e serviços contrabalaçado pela oferta de matérias-primas fornecidas aos mercados internacionais.

26. A Carta Africana, inspirada na base das tradições culturais africanas, dá prevalência ao grupo em detrimento do indivíduo, diferenciando-se de outros tratados internacionais que privilegiam o indivíduo e colocam em planos secundários as questões de grupos e interesses sociais, políticos e econômicos.

27. A ideia de conciliação estruturada a partir da concepção do grupo organizado já não mais prevalece nas práticas quotidianas africanas que priorizam a questão do indivíduo detentor de propriedade privada, que deve ser protegida pelo próprio Estado. Com isso, cresceu a cultura de litigância entre os próprios indivíduos.

28. A promoção dos Direitos Humanos postos na Carta está relacionada com as políticas públicas voltadas ao conhecimento dos Direitos Humanos e dos povos. Entretanto, para que isso se efetive, pressupõe-se a existência de recursos financeiros que não estão presentes no contexto africano, não tendo assim a legitimidade e aplicabilidade efetivas para que, de fato e de direito, isto se objetive.

29. Continua a prevalecer a violação dos Direitos Humanos na África devido à falta, entre outros fatores, de interesse do Estado e da sociedade de que os Direitos Humanos sejam

realmente promovidos. Isto está atrelado à conjuntura política da sociedade africana e sua situação interna conflituosa.

30. Quando comparada a efetividade da proteção dos Direitos Humanos em relação aos outros continentes, verifica-se que na África é presente uma ausência desta atividade, devido à falta de uma consciência jurídica da população, tendo em conta as práticas democráticas predominantes. A ausência delas tem provocado posturas arbitrárias que levam infrações aos Direitos Humanos por parte do próprio Estado.

31. A criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos como complemento da atividade da Comissão, foi um avanço em direção à modernização da Carta, que, no entanto, foi tímido, uma vez que o acesso de particulares a esta instância judicial está dependente da aceitação expressa por parte dos Estados no momento da vinculação definitiva. A falta da inclusão do tribunal no texto original da Carta, talvez se deva mais à falta de vontade política do que à força da concepção africana dos Direitos Humanos.

32. Supõe-se que se efetive uma revisão voltada para uma atualização do que foi posto inicialmente na Carta e das reais necessidades do povo africano, enquanto parte de um sistema nacional e internacional vinculado aos aspectos sociais, políticos e ideológicos que se interdependem. Com isso, possibilitar-se-á uma parceria entre o que está posto nos tratados internacionais da contemporaneidade, sem deixar de considerar os anseios dos povos africanos. Buscar-se-á que os direitos previstos na Carta e nas constituições dos Estados Africanos possam ser de fato garantidos e vivenciados, de forma que todos os sujeitos africanos, independentemente de etnia, faixa etária, gênero e situação social, possam usufruir seus direitos de cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgrem. *A arquitetura dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997 (Coleção Jurista da Atualidade, Coordenação Helio Biondo).

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UnB, 2004, v.2.

BORELLA, François. *Organisations internationales regionales, Lês regionalisme africain*. Paris: Editora AFDI, 1964.

_____. *Le système Juridique l'OUA*. Paris: AFDI, 1971.

BUCAYUBA, Pedro Claudio Cunca. *Os direitos humanos como roteiro de emancipação*. Proposta: Revista de debate da fase:, Ano 28, Jun./Ago., n.101, p.22-27.

BUERGENTHAL, Tomas. In: *A proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos jurídicos e Instrumentos Básicos*. Prólogo de Cançado Trindade. São Paulo. Saraiva,1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. São Paulo: Nova Cultura, (coleção dos pensadores)1991.

_____. *Dicionário de Sociologia*. Porto Alegre: Globo, 1974.

CRUZ, Maria Arlete Pereira da– *O multipartidarismo em África*. O exemplo senegalês, Lisboa: Ed. Instituto Superior de Ciências Políticas e Internacionais, 1995

DIALLO, Issa Bem Yacine. *Le nouvel espace africain et ses fondements*. Bruylant – Bruxelles : LGDJ, 2005.

BELLO, Emmanuel G. *African Charter on Human and Peoples Rights*. Recueil des Cours de Académie de droit International. Tome 194, Martinus Nijhorff Publishers, Dordrecht/ Bóston/Lancaster R.C.A.DI, 1985, p. 13-268

_____. In: *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A Legal Analysis*. Dordrecht/ Bóston/ Lancaster R.C.A.DI, 1985.

FAITANIN, Paulo. Pessoa: a essência e a máscara! Disponível em [www.aquinate](http://www.aquinate.com). Acesso em 26 de junho de 2009.

FAUSTO, de Quadro. *A proteção da propriedade privada pelo Direito Público*. Coimbra: livraria Almedina, 1998.

FEINBERG, Joel. Direitos humanos: *direitos morais, direitos humanos, razões para igualdade, direitos humanos absolutos e não absolutos*. In: Filosofia social, Cap. IV. Rio de janeiro: ZAHAR, 1974, p.127-142.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Salvador/ Bahia: Editora Artenova, 1974.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUINÉ-BISSAU. Documento Estratégico para a Redução da Pobreza na Guiné-Bissau (DENARP). Governo da Guiné-Bissau. Disponível em <http://www.stat-guinebissau.com/denarp.pdf> acesso em 09 de outubro de 2009.

HARRINGTON, Júlia. “The African Court on Human and Peoples’ s Rights”, In: *The African Charter on Human Rights and Peoples’ Rights. The system in practice, 1986-2000*, Edited by Malcolm D. Evans and Rachel Murray, Cambridge University press, Cambridge/new York/ melbourne/Cape Town/Singapore/São Paulo,2004.

ISAAC, Nguema. “Human Rights perspectives. In: U.Oji Umozurike-The African. V2 HRLJ, 1990.

KAREL, Vasak. *As Dimensões Internacionais dos direitos do homem*: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: Ed. Livros Técnicos e Científicos, LDA, 1985.

KI-ZERBO, Joseph. *Para quando a África?* Entrevista com René Holenstein. Rio de Janeiro: PALLAS, 2006

SILVA NETO, Manuel Jorge e. *Proteção Constitucional á Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Atualizado até a EC nº 52/2006*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

MARTINS, Daniele Comin. *Direitos humanos*: historicidade e contemporaneidade. In. Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

M'BAYE, Keba. *Direitos Humanos em África*. In dimensões internacionais dos direitos do homem Direitos Humanos em África. In: Dimensões internacionais dos direitos do homem. Manual UNESCO. Lisboa: Ed. Livros Técnicos e Científicos, LDA, 1985.

_____.L' Organisation de l'Unité Africaine. In: Les Dimensions Internationales des droits l'Homme. Paris: (UNESCO), 1980

_____. A organização de Unidade Africana. In: Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem. Lisboa: Ed. LTC, LDA. Manual UNESCO, 1983.

_____.*Les droits de l'homme en Afrique*. 2 ed. Paris: A Pedone, 2002.

MIRANDA; Jorge. O Homem e o Direito. Direitos do Homem e Democracia. In *Actas do colóquio sobre os Direitos Humanos*, Edição da Sociedade Científica da Universidade Lisboa: Católica Portuguesa, 1998.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. v. I e II. São Paulo: Nova cultura, 1997.

MOYNARD, Alain. Réflexions sur l'introduction l'Etat de droit em Afrique noire francophone. *Révue Internationale de droit Comparé*, nº4, Octobre/Décembre,1991.

MORAIS PIRES, Maria José. *Direitos do Homem- Principais Textos Internacionais*. 2 ed. Lisboa: petrony, 1989.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NALDI, J. Gino. Future trends in human rights. In African: the increased role of the OUA? in the African Charter on Human Rights and peoples' Rights. The system in practice, 1986-2000, Edited by Malcolm D. Evans and Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Melbourne/Cape Town/Singapore/São Paulo/, 2004, 17 e 31.

NUVAIS, Jorge Reis. *Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense*. Associação Acadêmica, Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1996

NDIAYE, Birame. *Lugar dos Direitos do Homem na Carta da Organização de Unidade Africana*. In: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*. Lisboa: Manual Unesco, 1983.

NDOKO, Nicole Claire. Les manquements au droit de la famille en Afrique noire. *Revue Internationale de droit compare*, n. 1, Paris: Janvier-Mars, 1991.

PAUL, Sieghart. *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c/ Nigeria*, decidido a 31 de Outubro de 1998, parágrafo 67 e 68.

PIOVESAN, Flavia. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

POPPER, Karl. *Lógica da pesquisa científica*. Tradução Henzenberg e Octanny Silveira da Mota. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo: comentários dos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RODRIGUÊS, João Carlos. *Pequenas histórias da África negra*. São Paulo: Globo, 1990.

ROSA Co, Pedro. *A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: Entre a tradição e a modernidade*. Lisboa: Editora, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 4.ed. São Paulo: CórteX, 2006

STRENGER, Irineu. *Responsabilidade do dano em Direito Internacional privado*. São Paulo: RT, 1973.

SGARBOSA, Luis Fernando e JENSEN, Geziela. *Elementos de Direito Comparado*. Ciência, política legislativa integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio António Fabris Editor, 2008.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Artur Augusto da. *Usos e costumes jurídicos dos mandingas* (Ensaio), Centro de Estudos da Guiné-Portuguesa, n.º23, Bissau, 1969.

SILVA, Alberto Costa e. *A enxada e alavanca: A África antes dos portugueses*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 edição revista e atualizada (até a Emenda Constitucional nº56, de 20.12.2007) São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

SINOPSE. Simplicando a Verdade Bíblica. HYPOSTASIS. Disponível em <http://www.synopse.com.br/glossario/hypostasis.htm>. acesso em 26 de junho de 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador- Bahia: Editora JusPODIVM, 2008.

TRINDADE, Augusto Cançado. Generalidade e expansão da proteção internacional dos direitos humanos. In: *A proteção Internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básico*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A II conferencia mundial dos direitos humanos: o legado de Viena. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito Brasileiro*. São José da Costa Rica: IIDM, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

OUGUERDOUZ, Fatsah – *L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: Les réponses de droit international général*, in RGDIP, Tome 98/1994/2, Paris, p. 289 a 336

VAN BOVEN, Theodoor C. Os critérios de distinção dos Direitos do Homem. *In: As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem- Introdução*. Lisboa: ED. Livros Técnicos e Científicos, 1983.

VICENTE, Dário Moura. Unidade e diversidade nos actuais sistemas jurídicos. *Separata da revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2004.

VISSCHER, Charles. *De Théories et réalités em Droit International Public*. 2.ed. Paris: Pédone, 1953.